



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 32.428 — SP (2003/0227332-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Norma Regina Emílio Cunha (presa)

Sustentação oral: José Eduardo Rangel de Alckmin (p/ pacte.) Ministério Público Federal

EMENTA

Habeas corpus. Prisão preventiva. Organização criminosa. Operação Anaconda.

Prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, manifestamente demonstrada a presença desses pressupostos.

Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 27 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 07.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Insurge-se Norma Regina Emílio Cunha, por seus ilustres patronos, contra a decretação da sua prisão preventiva pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da ação penal ali em curso (Relatora Desembargadora Federal, Drª. Therezinha Cazerta), instaurada contra ela e mais 11 co-réus pela prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), na chamada “Operação Anaconda”.

Alega-se, em resumo:

a) o fundamento da garantia da ordem pública para a decretação da prisão provisória é inconsistente, eis que não evidenciado de que forma a paciente continuaria a cometer crimes, cingindo-se a expressar considerações genéricas acerca de eventual possibilidade;

b) presos os integrantes da quadrilha que realmente reuniriam condições de beneficiar acusados em processo criminal, de modo indevido (Juiz Federal João Carlos da Rocha Mattos e os Delegados da Polícia Federal), desaparece a necessidade da sua custódia para evitar prática de novos crimes;

c) o apelo à necessidade da prisão para assegurar a credibilidade da justiça e dos Poderes Públicos em geral, ante a gravidade do crime, é repellido pelo STF e pelo STJ;

d) no que se refere à garantia de aplicação da lei penal não se sustenta ante a alegação da existência de valores no exterior e o fato de ter filho de nacionalidade americana e parentes residentes no estrangeiro, porquanto esses fatos, **de per si**, são insuficientes para significar pretensão de evasão do País. Negada a liminar (fls. 116/118), prestou informações a ilustre Relatora (fls. 122/124).

Parecer ministerial de fls. 126/131, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Consta do voto, na origem, condutor da decisão que recebera a denúncia à fl. 96:

“A inicial acusatória aponta a existência de organização criminosa, revelando o concerto de vontades dirigido à associação para o fim especial de praticar crimes, contando com a participação de agentes e delegados da Polícia Federal, em atividade e aposentados, advogados, magistrados federais e outros auxiliares. Relata o **modus operandi** da mesma, infiltrando-se em companhias telefônicas, órgãos policiais e judiciais e outras instituições públicas e privadas, para obtenção de informações privilegiadas sobre dados cadastrais, procedimentos criminais, investigações policiais, influenciando ilegalmente nas atividades desses organismos, para obtenção de vantagens em favor de ‘clientes’, através de indevidas interrupções de investigações, precipitação de conclusões favoráveis, liberação de mercadorias, e até absolvição em ações judiciais.

(...)

A denúncia, protocolada sob n. 2003.03.065344-4, ofertada contra João Carlos da Rocha Mattos, Casem Mazloum, Ali Mazloum, José Augusto Bellini, Dirceu Bertin, Jorge Luiz Bezera da Silva, César Herman Rodriguez, Wagner Rocha (vulgo Peru), Norma Regina Emilio Cunha, Carlos Alberto da Costa Silva, Afonso Passarelli Filho e Sérgio Chiamarelli Júnior, pela prática do crime de quadrilha, previsto no art. 288 do Código Penal, tem como base elementos colhidos através do monitoramento de conversações telefônicas, inicialmente autorizado pela autoridade judiciária federal de 1ª instância de Maceió — AL, a partir da suspeita de envolvimento de policiais federais, aposentados e da ativa, e ações delituosas relativas a tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, prevaricação e outras.

Apurou-se, após mais de um ano de investigação, a participação dos denunciados em diversos delitos, através da associação voltada para esse fim específico. Uma vez detectado possível envolvimento de magistrados federais subordinados a este Tribunal Regional Federal, vieram os autos redistribuídos. Os indícios da participação dos denunciados na formação de quadrilha, bem como a atuação desta na prática de crimes, podem ser extraídos dos relatórios da autoridade policial nos Autos de n. 2003.03.0048044-6, elaborados a partir dos áudios contendo as conversas interceptadas, e constam, detalhadamente, das denúncias apresentadas.

No que tange à formação de quadrilha, a inicial acusatória indica como mentores da organização, o magistrado João Carlos da Rocha Mattos, o agente da Polícia Federal César Herman Rodriguez, o delegado aposentado Jorge Luiz Bezerra da Silva e o delegado da Polícia Federal José Augusto Bellini. Contam com a colaboração de auxiliares, intermediários e informantes, o delegado da PF Dirceu Bertin, a ex-companheira do juiz João Carlos, Norma Regina, os advogados Passarelli e Carlos Alberto, além de Wagner Rocha e Sérgio Chiamarelli.”

E adiante, quanto à paciente, à fl. 105:

“Na casa de Norma Regina Emilio Cunha apreendeu-se a soma de quinhentos e cinquenta mil, quinhentos e quarenta e nove dólares americanos. Ainda, euros, francos suíços, francos franceses, dólares neozelandeses, dólares australianos, pesos chilenos, pesos argentinos, guaranis paraguaios, levs búlgarianos, pesos uruguaios. Norma é ex-mulher de João Carlos da Rocha Mattos. São indícios de que seria contadora e caixa da organização, pois é incomum, para dizer o menos, uma pessoa guardar vultosa quantia em casa.”

Ao justificar a custódia prévia, fê-lo o acórdão às fls. 109/111:

“Podem, além disso, influir na investigação criminal, ameaçando testemunhas, subornando, matando (*César Herman* já teria matado 8, segundo ele próprio). Podem destruir outras provas, podem corromper, ameaçar, aliciar as pessoas que começam a aparecer após o desate da *Operação Anaconda*.

Os elementos que encontrei na investigação levam a crer que é justificadíssimo o receio de fuga e de que possa haver influência na investigação criminal, caso sejam os acusados colocados em liberdade.

Os atos da quadrilha são reiterados, estão sendo monitorados por quase dois anos. Por longo tempo estão ofendendo a ordem constituída, bazofinando, blasonando, a ponto de *Affonso Passarelli*, em uma das conversas monitoradas, alardear que ‘o crime perfeito só é possível se você pensar em tudo’, e que consegue cometer o crime perfeito porque pensa em tudo.

João Carlos determinou que as fitas do caso de Santo André fossem destruídas, mas guardou no apartamento de *Norma* cópias por mais de seis meses. É informação que consta de ofício por ele mesmo encaminhado a esta relatora.

Todos se relacionam constantemente. *João Carlos da Rocha Mattos*, *César Herman Rodriguez*, *José Augusto Bellini*, *Jorge Luiz Bezerra da Silva*, *Norma Regina Emílio Cunha*, *Wagner Rocha*, *Sergio Chiamarelli Junior*, *Affonso Passarelli Filho* e *Carlos Alberto da Costa Silva*. Um ‘guarda’ documento do outro, *César Herman* possui sala no escritório de *Passarelli*. *João Carlos* é amigo de *César Herman* e mora no apartamento de *Carlos Alberto*. *Norma* é ex-mulher de *João Carlos*. *Passarelli* tem em seu escritório documentos de *João Carlos*, de *Norma*, de *Belline*. *Wagner Rocha*, *César* e *Belline* ‘trabalham juntos’.

Pode a prisão preventiva ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Garantir a ordem pública e impedir que o autor da infração continue praticando atos criminosos, o que causaria perturbação no meio social. Dar crédito à Justiça. Não se pode deixar de levar em conta, a *Operação Anaconda* ganha proporção a cada dia. Novos fatos, novas pessoas, novas acusações.

Prevenir não apenas a reiteração de crimes, mas também acautelar o meio social e a credibilidade dos Poderes Públicos em geral, e, em especial, a da Justiça, em face da gravidade dos delitos e da sua repercussão.

Crimes como os que aqui se investigam abalam sobremaneira a estrutura do Estado, revelando menoscabo ao Direito, justamente por aqueles que têm o dever legal de por ele zelar, gerando intranqüilidade e comoção pública, em virtude da extrema periculosidade e audácia dos agentes.

A apreensão revelou um verdadeiro arsenal em poder do bando. Armas de todo o tipo, de todos os calibres, muita munição. Dinheiro de vários países. Equipamento de escuta telefônica, enorme quantidade de aparelhos celulares e rádios comunicadores, documentos originais da Polícia e da Justiça Federal.

Armas, dinheiro, um delegado da Polícia Federal aposentado, outro na ativa, dois advogados, a ex-mulher de um juiz federal, agentes da Polícia Federal e um juiz federal, ao lado de informantes, auxiliares, funcionários públicos, facilitadores em aeroportos, todos com fácil trânsito no meio policial e judicial, usando do poder monetário, do poder bélico, do Poder Público, todos eles, custa muito pouco para que possam empreender fuga. Há ainda, referência à existência de imóveis e dinheiro no exterior. O filho de *Norma* e *João Carlos* tem dupla nacionalidade, é também cidadão americano, parentes residem nos Estados Unidos.

No dizer de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, a ordem pública 'é a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, ou se ele já vinha cometendo outras, sem que a polícia lograsse prendê-lo em flagrante; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública'.

As denúncias foram oferecidas, existem elementos suficientes que colidem com o princípio constitucional da presunção de inocência. Não se trata de mera suspeita, sabe-se do **modus operandi** da quadrilha, existem relatórios minudentes da atuação de seus membros, 'diagramas de relacionamento', os contatos são constantes entre os acusados.

Concluo com **Carrara**: 'a prisão preventiva corresponde a três necessidades: de justiça para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas; de defesa pública, para impedir a certos facínoras que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio'.

Posto isso, convolo em prisão preventiva a prisão temporária de *José Augusto Bellini*, *Jorge Luiz Bezerra da Silva*, *César Herman Rodriguez*, *Wagner Rocha*, *Norma Regina Emilia Cunha*, *Carlos Alberto da Costa Silva*, *Affonso Passarelli Filho* e *Sérgio Chiamarelli Junior*."

Das informações de fls. 123/124, extrai-se:

“A peça acusatória do Ministério Público imputa a doze denunciados o crime de formação de quadrilha, entre eles *Norma Regina Emílio Cunha*. Lá são narradas ações delituosas em que se vê a participação de todos na organização criminosa, ‘mediante concerto de vontades para o fim especial da prática de crimes, envolvendo a colaboração de agentes e delegados das polícias Federal e Civil, aposentados e em atividade, magistrados federais, advogados e outros auxiliares’.

Norma é ex-mulher do denunciado *João Carlos da Rocha Mattos*, identificado pelo Ministério Público Federal como um dos mentores da organização. Na casa de *Norma*, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, foram encontrados quinhentos e cinqüenta mil e quinhentos e quarenta e nove dólares americanos. Também, dinheiro de vários países, entre euros, francos suíços, francos franceses. Barras de ouro. *João Carlos* foi preso na casa de *Norma*.

Norma, pela expressiva quantidade de dinheiro encontrado em sua morada, desconfia-se que seja caixa da organização. Diga-se, de passagem, dinheiro suficiente para influir na instrução, para intimidar testemunhas, até mesmo tentar obstruir o bom processamento da ação penal.

Com o bando foi apreendida impressionante quantidade de armas. Muita munição. Decorrência dos mandados de busca, o exame de material apreendido pode revelar novos fatos.”

Do parecer ministerial, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dr^a. Ela Wiecko V. de Castilho, sublinha-se às fls. 130/131:

“Na verdade, a experiência policial mostra que a liberdade de qualquer um dos componentes de uma organização criminosa que já se infiltrou no aparelho estatal traz a forte probabilidade de prática de novos crimes, agora principalmente direcionados a ocultar e destruir provas, bem como de inviabilizar tanto a aplicação como a execução da lei penal, mediante fuga ou transferência de ativos financeiros. É evidente que, desarticulada a organização, os seus integrantes, até porque desmoralizados e afastados dos cargos, não voltarão de imediato às práticas de advocacia administrativa, tráfico de influência e corrupção. A liberdade lhes é imprescindível para ocultar o produto dos crimes anteriormente praticados e buscar fragilizar a acusação das mais variadas formas.

Basta ouvir os áudios das interceptações telefônicas, para perceber que a paciente, em liberdade, tem condições de promover a ocultação de dinheiro

proveniente da corrupção, bem como de criar obstáculos à aplicação da lei penal. Ao mesmo tempo é uma potencial vítima da própria organização, pois detém muitas informações sobre o dinheiro já 'lavado'. João Carlos da Rocha Mattos se refere a ela como a pessoa que 'faz a conta' há 5 anos. Cartões apreendidos demonstram os contatos de Norma com empresas no exterior, bem como com casas de câmbio.

Os julgados trazidos à colação não se aplicam ao caso. Ou porque se referem ao clamor público — que não é a hipótese dos autos — ou porque as situações fáticas são diferentes.

Diante do exposto, opino pela denegação da ordem.”

Estou que o decreto de prisão preventiva se reveste de justificativa mais do que suficiente, necessária a garantir a ordem pública, a evitar a possibilidade de perseverança no comportamento delituoso e, sobretudo, para assegurar a instrução criminal a realizar-se de maneira lisa, equilibrada e imparcial em busca da verdade real, sem influência deletéria na apuração da responsabilidade penal.

Ante o exposto, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 32.996 — SP (2004/0000685-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: João Roberto Egydio Piza Fontes

Impetrada: Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Paulo Roberto Faria Lima

EMENTA

Habeas corpus. Vários acusados e procedimentos e múltiplas condutas delituosas. Conexão ou continência. Reunião numa mesma serventia. Prevenção. Medida prevista pela lei processual.

A reunião dos processos numa mesma serventia, relativos a vários sujeitos e correspondentes a múltiplas condutas penalmente relevantes, é medida salutar quando as ações tidas por delituosas decorrem de um mesmo núcleo, isto é, manifestam-se da suposta coligação voluntária e preestabelecida pelos acusados.

Na esteira do que preceituam as normas processuais pertinentes, é até esperado que a unificação proporcionada pela conexão ou continência

dê uma melhor visualização dos fatos, máxime porque, em princípio, presentes circunstâncias subordinativas entre eles, tornar-se-ão eficazes ao convencimento do julgador, bem assim, à correta condução da verdade real.

Ordem concedida para conferir a competência da 19ª Vara Criminal da Capital de São Paulo, por onde tramitam todas as demais ações penais e que primeiro tomou assento no embrionário esquema delituoso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 28 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: A decisão liminar trouxe a seguinte exposição (fl. 112):

“Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar impetrado em proveito de Paulo Roberto Faria Lima, contra acórdão proferido pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos do Conflito de Jurisdição n. 92.954-0/1-00.

Colhe-se dos autos que o paciente, ao lado de outros co-réus, responde a vinte e três ações penais por suposta incursão nos arts. 316, **caput**, e 288, c.c. os arts. 29 e 69, todos do Código Penal, sendo que vinte e duas delas tramitam perante a 19ª Vara Criminal da Capital — SP. Quanto à vigésima terceira Ação Penal, de n. 1.350/2001, estabeleceu-se conflito negativo de competência entre os Juízos da 19ª e 21ª Vara Criminal da Capital — SP, suscitado pelo primeiro, o qual foi dirimido pela Câmara Especial do Tribunal paulista em favor da competência do Juízo da 21ª Vara.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante, por entender que o competente para o julgamento da Ação Penal n. 1.350/2001 é o Juízo da 19ª Vara Criminal

da Capital — SP, alega que a decisão atacada ‘está a permitir sejam o paciente e os demais co-réus processados por autoridade judiciária incompetente, em flagrante violação ao art. 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988, também por desconsiderar a ocorrência e mesmo os efeitos da prevenção e conexão no caso dos autos, ofendendo destarte o disposto nos arts. 76 e seguintes do CPP’ (fl. 8).

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da decisão do Tribunal **a quo** e, por conseguinte, o sobrestamento da Ação Penal n. 1.350/2001, que ora tramita na 21ª Vara Criminal da Capital — SP, até final julgamento deste *writ*.”

No mérito, aguarda seja confirmada a competência da 19ª Vara Criminal da Capital de São Paulo.

A liminar foi indeferida.

Autos ao MPF, sobreveio parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A reunião dos processos numa mesma serventia, relativos a vários sujeitos e correspondentes a múltiplas condutas penalmente relevantes, é medida salutar quando as ações tidas por delituosas decorrem de um mesmo núcleo, isto é, manifestam-se da suposta coligação voluntária e preestabelecida pelos acusados.

A propósito, de acordo com as normas processuais, é até esperado que a unificação proporcionada pela conexão ou continência dê uma melhor visualização dos fatos, máxime porque, em princípio, presentes circunstâncias subordinativas entre eles, tornar-se-ão eficazes ao convencimento do julgador, bem assim, à correta condução da verdade real.

Por essa razão, há de prevalecer o entendimento da competência do Juízo da 19ª Vara da Capital, que primeiro tomou assento no caso e que conduz as demais ações penais.

Outra não foi a opinião ministerial, vazada nos seguintes termos (fls. 116/120):

“Colhe-se dos autos que o ora Paciente está sendo processado, juntamente com Oswaldo S. Kawanami, Fábio de Simoni Pacheco Nobre, Maria Theresa R. de Almeida Ferrari e Maria das Dores Roberto e mais 13 pessoas, perante a 19ª Vara Criminal da Capital — SP, porque no período compreendido entre setembro de 1997 e dezembro de 1998, teria exigido vantagem indevida dos

proprietários das empresas Área Parking Systems Estacionamentos Ltda, Maxipark Estacionamentos S/C Ltda, Estapar Estacionamentos, Empresa Paulista de Estacionamentos e Rede Park Estacionamentos Ltda. Apurou-se que todos os denunciados estariam ligados à Administração Regional de Pinheiros, no que pertine à participação num estratagema complexo e altamente especializado que contava, inclusive, com uma estrutura hierarquizada. A denúncia dá conta de que:

‘(...) O caso em espécie, trata da extorsão específica praticada em relação aos estacionamentos irregulares existentes na circunscrição da Administração Regional de Pinheiros, que pagavam em média R\$ 13.100,00 (treze mil e cem reais), que representava mais de 10% do total de R\$ 120.000,00 que era arrecadado mensalmente na forma de valores ilegais naquela Regional e que se destinava ao vereador *Paulo Roberto Faria Lima*. O ‘esquema dos estacionamentos’, como era conhecido, consistia no pagamento, que cada um dos estacionamentos localizados na área de abrangências da A. R. de Pinheiros deveria fazer no valor fixo de R\$ 100,00 (cem reais) mensais.

(...).

A par disso, o destinatário final da meta financeira total de R\$ 120.000,00 mensais não seria os singelos agentes videntes ou meros funcionários da A. R. de Pinheiros, surgindo a figura do vereador, ora denunciado Paulo Roberto Faria Lima, delatado expressamente nos vários depoimentos prestados em sede policial. Insurge constatar que, naquele período, ele exercia o controle político da Administração Regional de Pinheiros, dispondo de grande influência e poder, inclusive para ordenar a arrecadação e extorsão da quantia de R\$ 120.000,00 mensais para patrocinar a campanha política de seu genitor Roberto Faria Lima, que era candidato a deputado estadual no mesmo ano de 1998’ (fls. 56 e 62).

7. Dessa forma, foram o ora Paciente e os co-réus denunciados pelas condutas descritas nos arts. 316, **caput**, e 288, c.c. os arts. 29 e 71, todos dos Código Penal, aplicando-se o disposto na Lei n. 9.034/1995.

8. De outro canto, os Pacientes, Oswaldo S. Kawanami, Fábio de Simoni Pacheco Nobre, Maria Theresa R. de Almeida Ferrari e Maria das Dores Roberto estão sendo processados perante a 21ª Vara Criminal da Capital — SP porque, entre março e dezembro de 1998, exigiram, em razão de suas funções, vantagem indevida a cidadãos que tinham seus imóveis e/ou estabelecimentos sujeitos à atividade fiscalizatória da Administração Regional de Pinheiros. Extrai-se da denúncia de fls. 89/91 que:

‘(...) De Oswaldo Kawanami o dinheiro era repassado, por si ou por terceiros, a Paulo Roberto Faria Lima, o qual providenciava, juntamente com o seu pai José Roberto Faria Lima, a sua utilização com a finalidade de promover o nome deste último na disputa das eleições.

(...).

Com essa estratégia rotineira da organização criminosa *Maria das Dores Roberto*, agente vistor, em razão de suas funções (**sic**), encaminhou a vítima a ‘conversa’ com Marco Antônio Zeppini para que esse lhe exigisse dinheiro ilicitamente, conforme a planificação e as ordens dos superiores hierárquicos e principalmente do vereador Paulo Roberto Faria Lima, arrecadando aquele valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) para integrar o objetivo final de arrecadação de valor em torno de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) mensais.

(...).

Atendendo àquela solicitação, em data incerta do mês de março de 1998, *Fábio de Simoni Pacheco Nobre* e *Maria Theresa Ribeiro de Almeida Ferrari de Castro*, no interior da sala de Fábio da A. R. de Pinheiros, exigiram de seu subordinado Marco Antônio Zeppini que este repassasse aos demais agentes vidores a ordem de arrecadar dinheiro — ou seja, R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) por mês, que seria destinado ao Vereador Faria Lima; determinando-lhe ainda que recebesse esse dinheiro dos agentes vidores e entregasse-lhes as quantias em espécie’.

9. Desta forma, foram denunciados pela prática do delito previsto nos arts. 316, **caput**, e 288, **caput**, c.c. os art. 29 e 69, todos do Código Penal.

10. Assim, nota-se que há um estreito liame entre os fatos narrados nas duas denúncias supratranscritas, eis que os co-réus ajustavam-se para praticar o crime de concussão e o faziam com o intuito de financiar a campanha eleitoral do genitor do ora Paciente. Nesse sentido é a lição do Professor **Tourinho Filho, verbis**:

‘(...) Na conexão intersubjetiva por concurso: a) as infrações podem ser praticadas, também, ao mesmo tempo, conquanto o sejam por duas ou mais pessoas em concurso, isto é, havendo entre elas concerto prévio, ajuste, combinação; b) as infrações podem ser praticadas ao mesmo tempo, mas em lugares diversos ou em tempo e lugares diferentes, desde que entre os autores haja combinação, ajuste, concerto prévio’, (grifo nosso).

11. Desta forma, reconhecida a conexão, deverá, a competência ser fixada pela prevenção, como dispõe o art. 78, inciso II, alínea c, do Código de Processo Penal, fixando-se a competência na 19ª Vara Criminal da Capital — SP como quer o Impetrante.

12. Por fim, é oportuno gizar que o processo encontra-se ainda em fase relativamente inicial, eis que até dezembro de 2003 a última movimentação que constava no andamento processual anexado à fl. 103 era o interrogatório. Desta forma, por tratar-se de ato que não contém qualquer conteúdo decisório, não haverá qualquer prejuízo, uma vez que poderá ser aproveitado pelo Juízo da 19ª Vara Criminal da Capital — SP”

Ante o exposto, concedo a ordem para fixar a competência do Juízo da 19ª Vara Criminal da Capital.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 33.176 — SP (2004/0006424-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Alberto Zacharias Toron e outro

Impetrado: Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: João Carlos da Rocha Mattos (preso)

Sustentação oral: Ministério Público Federal

EMENTA

Habeas corpus. Incompetência do TRF/3ª Região para processar e julgar as pessoas alvo da “Operação Anaconda” por nela envolvido Subprocurador-Geral da República. Nulidades: desconexão instrumental entre a denúncia e a decisão que a acolheu; da sessão de julgamento por ausente o réu; pré-julgamento no receber a peça de acusação. Ilicitude da prova. Ilegalidade da prisão preventiva. Clamor público. Improcedência.

1. Prematura a previsão de conexão ou continência, a depender de novos fatos e do avanço das investigações. Ademais, a conexão nem sempre impõe a junção dos processos (STF, Inq n. 1.887/GO — Relatora Ministra Ellen Gracie).

2. Nulidades improcedentes: sintonia da peça de acusação com a decisão que a recebera; indemonstrado o prejuízo pela ausência do paciente que se fez representar por advogado, sustentando oralmente a defesa; em linear exame da denúncia, inclusive para decretação da custódia, não adiantou o aresto o mérito, mas apresentou a motivação adequada; prova colhida com autorização judicial devidamente justificada.

3. Prisão preventiva fundada, à exaustão, nos requisitos do art. 312, CPP, presentes no caso.

4. Não foi o clamor público o motivo da segregação cautelar.
Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 27 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Em opulenta vestibular de 46 páginas, é impetrada ordem de **habeas corpus**, em prol do Juiz Federal João Carlos da Rocha Mattos, atualmente sob prisão preventiva, em que se alega, em resumo:

a) incompetência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para processar o paciente, eis que, no curso das investigações criminais, deparou-se com elementos indiciários que, ao menos, em tese, indicavam o envolvimento de Antônio Augusto César, Subprocurador-Geral da República, com pessoas alvo da chamada “Operação Anaconda”. Assim, por força do art. 105, I, **a**, da Lei Magna, incumbe ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar a causa e, em consequência, em razão da continência ou conexão, à autoridade de jurisdição prevalente impõe-se avocar os processos que corram perante os outros juízes, nos termos do art. 82 do CPP, exceto se houver sentença;

b) nulidade em razão da desconexão instrumental, ou seja, há, em tramitação no TRF/3ª Região, 4 (quatro) denúncias diferentes fundadas apenas em um só inquérito e em um só procedimento relativo à busca e apreensão, o que constitui estratégia írrita do Ministério Público Federal: separar os processos;

c) nulidade do julgamento em razão da ausência do paciente na sessão realizada em 19.12.2003;

d) nulidade do recebimento da denúncia em razão do pré-julgamento do paciente e dos demais acusados;

e) nulidade da decisão de recebimento da denúncia em face da ausência de correlação entre ambas;

f) ilicitude da prova que sustenta a ação penal;

g) ilegalidade da prisão preventiva imposta ao paciente, eis que baseada em meras ilações, repetição dos termos da lei, sem fato ou elemento concreto;

h) afinal, invocam-se precedentes do STJ e do STF, pelos quais o clamor público, por si, não pode servir de fundamento hábil para o prévio segregamento.

Indeferida a liminar, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal que se pronunciou pelo indeferimento dos pedidos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): No tocante à incompetência do TRF/3ª Região, assim se manifesta o *Parquet* Federal, em trabalho da ilustre Drª. Ela Wiecko V. de Castilho, às fls. 347/348:

“Os fundamentos que ensejaram a rejeição da exceção de incompetência oposta pela co-ré Norma Regina Emílio Cunha subsistem. Naquela oportunidade, sustentou a Relatora a necessidade do aguardo de novos fatos e do avanço das investigações para o reconhecimento da conexão. Com efeito, embora já tenha sido deflagrada investigação interna em desfavor do referido Subprocurador-Geral, continua prematuro afirmar a existência de conexão probatória diante da ausência de manifestação conclusiva do Senhor Procurador-Geral da República. Assinalo, de passagem, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em data recente, o Inquérito n. 1.871/GO, em que se investigava o envolvimento de magistrados de tribunais diversos e pessoas não detentoras de foro privilegiado em esquema de venda de **habeas corpus** e tráfico de

influência, mesmo reconhecendo a conexão, decidiu pelo desmembramento do inquérito para que somente o acusado com prerrogativa de função — Ministro do STJ — fosse investigado pela Corte Suprema (Inq n. 1.871/GO; Pleno; Relatora Ministra Ellen Gracie).

No tocante ao recebimento de quatro denúncias em separado, encontra amparo no art. 80 do Código de Processo Penal. Em verdade, não tanto pelo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, mas porque as infrações foram praticadas em circunstâncias de tempo e de lugar diferente.”

A invectiva de parcialidade dos Desembargadores Federais que participaram da sessão de recebimento da denúncia e da prisão preventiva do paciente e foram alvo de representações criminais subscritas por ele não subsiste. Antes, não aponta quais seriam eles os suspeitos, admitamos, porém, que a suspeição recaia sobre os 14, cujos julgamentos das exceções se encontram às fls. 229/236. São iguais. Destaque-se um deles (fl. 229):

“Processo n. 2003.03.00.073286-1 — publicidade restrita

Relator : Desembargadora Federal Therezinha Cazerta

Advogados: Dr. Alberto Zacharias Toron e outros

Ementa

Processo Penal. Exceção de suspeição. Representação criminal oferecida contra o juiz recusado. Inimizade capital.

— Divergência entre o excipiente e o juiz recusado sobre tema jurídico posto à discussão, vindo a gerar representação criminal, ressalte-se, arquivada, não é suficiente para caracterizar inimizade capital.

— Informando o excepto que possui isenção de ânimo para julgar, deixando de corresponder à malevolência, e inexistindo elementos bastantes a comprovar a animosidade, não se afasta o magistrado da presidência do processo.

— Exceção de suspeição improcedente.”

“Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, decide o Órgão Especial, por unanimidade, julgar improcedente a exceção de suspeição, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, com quem votaram os Desembargadores Federais Alda Basto, Marisa Santos, Leide Polo, Eva Regina, Vera Jucovsky, Regina Costa, Márcio Moraes, Suzana Camargo, Ramza Tartuce, Salette Nascimento e Newton de Lucca.

São Paulo, 11 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

(a) Therezinha Gazerta — Desembargadora Federal Relatora.”

Por conseguinte, limitou-se, no procedimento original, a divergência entre o excipiente e o magistrado recusado acerca de matéria jurídica posta a exame, o que ensejou a representação criminal, sem, contudo, “caracterizar inimizade capital”. Assinale-se que essa representação, a requerimento do Ministério Público, foi por mim arquivada. Procede a dedução do órgão ministerial (fl. 349):

“As exceções de suspeição constituíram apenas uma estratégia da defesa, ou seja, a partir de uma mera divergência sobre tema jurídico, é formulada representação criminal contra os Magistrados para, depois, alegar nulidade decorrente de ausência de imparcialidade desses.”

No que se refere à negativa da pretensão do Paciente para que permanecesse na sessão deliberativa sobre o acolhimento da acusação, trata-se de nulidade relativa (art. 560 do CPP), e para invalidar o ato há de se evidenciar o efetivo prejuízo sofrido, convindo sublinhar que o seu defensor esteve presente e fez sustentação oral (fl. 106).

Ao receber a denúncia, não adiantou o acórdão qualquer tema meritório, ateu-se à existência do crime e aos indícios de autoria e às circunstâncias em que atuaram os agentes da conduta delituosa, em razão do que se deparou com os requisitos dos arts. 41 e 312 do CPP, para decretar também a custódia prévia.

Deduz a impetração que a decisão lastreou-se em fatos não revelados na denúncia.

A propósito, observa a ilustre Subprocuradora-Geral da República, pertinente-mente, às fls. 349/450:

“...tais fatos referem-se aos bens e documentos apreendidos nos endereços dos acusados e que ensejaram o relatório parcial de inteligência policial, mencionado na própria inicial. Consta, à fl. 129, que a Relatora, ao receber esse material, determinou, antes do recebimento da denúncia, que o Departamento de Inteligência Policial da Polícia Federal confeccionasse cópia para ser entregue a cada um dos acusados, facultando-se às partes, com a retirada do material, manifestação no prazo de 5 dias. Consta, ainda, à fl. 136, que o Paciente, ao oferecer resposta à acusação, manifestou-se sobre tais fatos, sustentando, inclusive, a ocorrência de nulidade consistente no lançamento simultâneo, em autos diversos, dos bens e documentos apreendidos em apenas um endereço, do mesmo modo que sustentou nessa inicial, conforme se verifica dos itens 17.3 a 17.9. Portanto, incabível falar em cerceamento de defesa nesse ponto.”

Com efeito, lê-se da decisão à fl. 129:

“Encaminhados a esta relatoria, pela Diretoria de Inteligência do Departamento de Polícia Federal, os Ofícios de ns. 026/2003-11-21 e 028/03-DIP/DPF, com o relatório parcial de inteligência policial (fls. 698/925), determinei que aquele órgão confeccionasse, para cada um dos denunciados, o que me foi entregue em mídia, facultando-se às partes, com a retirada do material, inclusive o Ministério Público, manifestação, em 5 (cinco) dias (fl. 692).”

Aponta-se, ainda, que o art. 5^a da Lei n. 9.296/1996, não autoriza prorrogação de interceptação telefônica por mais de 1 (uma) vez. Diga-se, primeiro, da inviabilidade de, em sede de **habeas corpus**, e frente a fatos tão complexos como os narrados na denúncia, e ao número de partícipes, se poder examinar o tempo de duração das interceptações telefônicas.

O que é facilmente verificável é saber se elas ocorreram devidamente motivadas, e assim o foram (fls. 245 e 247).

Consta da denúncia às fls. 50/51:

“Assim sendo, a investigação foi iniciada através da escuta telefônica autorizada judicialmente, o que se deu por meio de medida cautelar, ajuizada perante a 4^a Vara Federal de Maceió — AL. Através do monitoramento telefônico as informações anteriormente recebidas foram sendo confirmadas, bem como exigiu que outros terminais telefônicos fossem incluídos. Com a ampliação do monitoramento telefônico, foi sendo compreendida a forma de articulação e atuação de pessoas pertencentes aos quadros de servidores da Polícia Federal e outras que com elas mantêm contatos para a realização de atividades ilícitas.

III - objeto e estrutura da quadrilha

Do monitoramento das conversações telefônicas dos terminais fixos e móveis, foi sendo delineada a rede criminosa, configurando-se a participação dos investigados no crime de formação de quadrilha.

Nesta denúncia, cuida-se apenas do crime de formação de quadrilha. A quadrilha é composta por mentores, auxiliares e informantes.”

Acresce referir que a acusação não se louvou tão-só nas interceptações telefônicas. Lê-se às fls. 165/167, 175/179 a considerável relação de dados e elementos a evidenciarem os indícios da prática dos crimes.

Insurge-se, ainda, contra o fato de as interceptações terem sido realizadas em Alagoas e aproveitadas nos autos da ação penal instaurada no TRF/3^a Região.

Lê-se do acórdão às fls. 198/200:

“Aproveitaram-se todas as gravações realizadas até então. A propósito: ‘Interceptação telefônica: exigência de autorização do ‘juiz competente da ação principal’ (Lei n. 9.296/1996, art. 1^o): inteligência. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1^o da Lei n. 9.296/1996: só ao juiz da ação penal condenatória — e que dirige toda a instrução —, caberá deferir a medida cautelar incidente. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação — não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará —, haverá de ser o fato suspetado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal — aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão — que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas (STF, **Habeas Corpus** n. 81.260, origem no Espírito Santo, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 14.11.2001, maioria de votos, DJ de 19.04.2002, p. 570)’; ainda: ‘Não procede o argumento de ilegalidade da interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Civil, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra o paciente, sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Estadual para o Juiz Federal não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida (STJ, **Habeas Corpus** n. 27.119, origem no Rio Grande do Sul, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 24.06.2003, votação unânime, DJ de 25.08.2003, p. 341)’; e também: ‘Não procede o argumento de ilegalidade da escuta telefônica, se evidenciado que, durante as investigações da Polícia Federal, quando se procedia à escuta telefônica judicial e regular, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra o paciente, sendo certo que a posterior declinação de competência não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida (STJ, **Habeas Corpus** n. 1.634, origem no Espírito Santo, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 04.08.2001, maioria de votos, DJ de 04.02.2002)’.

Não se desvirtuou da finalidade à qual foram deferidas as gravações. Os fatos inicialmente investigados vinculam-se perfeitamente à acusação de

formação de quadrilha ou bando, cujo objetivo principal é a obtenção de vantagens através de ingerência em inquéritos policiais e processos judiciais. Ainda que assim não o fosse, há respaldo doutrinário e jurisprudencial a permitir o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diversos daqueles para o qual a ordem foi dada (**Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho**, 'As nulidades no Processo Penal', RT, 7ª edição, p. 187), vale dizer, as gravações podem ser utilizadas como prova de outros fatos, bastando que se relacionem com o primeiro (concurso, conexão, continência) e que a infração possa ser objeto de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2º da Lei n. 9.296/1996, que, decididamente, não ocorreu aqui."

O recolhimento da prova, na fase pré-processual, foi antecedido de autorização judicial, não se evidenciando a alegada ilegalidade.

Por fim, quanto à inconsistência do decreto segregatório, por fundado em nímias conjecturas e ilações, destaca-se, às fls. 108/109:

"O Ministério Público Federal denuncia João Carlos da Rocha Mattos, Casem Mazloun, Ali Mazloun, José Augusto Bellini, Dirceu Bertin, Jorge Luiz Bezerra da Silva, César Herman Rodriguez, Wagner Rocha, Norma Regina Emílio Cunha, Carlos Alberto da Costa Silva, Affonso Passarelli Filho e Sérgio Chiamarelli Júnior, 'pela prática do crime de quadrilha', disposto no art. 288 do Código Penal.

Narra que, por meio de investigações encetadas pela Diretoria de Inteligência Policial do Departamento de Polícia Federal, apurou-se que o Delegado de Polícia Federal aposentado Jorge Luiz Bezerra da Silva comandava pressões e ameaças 'a pessoas investigadas em inquéritos policiais instaurados na Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal de Alagoas'.

Foram requeridos e deferidos pedidos de interceptação e monitoramento de conversações telefônicas de linhas fixas e celulares dos envolvidos. Os pedidos foram sucessivamente prorrogados, consoante a necessidade da investigação. Com a ampliação do monitoramento telefônico, 'foi sendo compreendida a forma de articulação e atuação de pessoas pertencentes ao quadro de servidores da Polícia Federal e outras que com elas mantém contato para a realização de atividades ilícitas'.

Mentores da quadrilha, segundo o Ministério Público Federal, seriam João Carlos da Rocha Mattos, José Augusto Bellini (Delegado de Polícia Federal), César Herman Rodriguez (Agente de Polícia Federal) e Jorge Luiz Bezerra da Silva (Delegado de Polícia Federal aposentado, hoje advogado)."

E a seguir, à fl. 109:

“... ‘parte das atividades da quadrilha consiste em infiltrar-se, através de seus membros ou de seus auxiliares eventuais, em companhias telefônicas, órgãos da Justiça, polícia e outras instituições públicas e privadas para que tenham acesso a dados cadastrais de pessoa física ou jurídica, alvarás de autorização de monitoramento telefônico, dados de procedimentos criminais diversos. Inquéritos e outros procedimentos administrativos’.”

E às fls. 124/125, letras **a, b, c, d, e, f, g, h e l** a denúncia remata, consoante o relatório, individualizando:

“a) César Herman Rodriguez planeja o uso de documento falso em ação penal, conduta esta que conta com a aprovação de João Carlos da Rocha Mattos, cuja execução contou com a participação direta ou indireta de Affonso Passarelli Filho e Carlos Alberto da Costa Silva (V. 1.a);

b) César Herman planeja, com a participação de Augusto Magnusson Jr., a internação irregular de mercadorias estrangeiras no País e ainda participa da execução do crime de tráfico de anabolizante, contando com a participação de terceiros ligados a Jorge Luiz Bezerra da Silva (V.1.b);

c) João Carlos da Rocha Mattos e César Herman planejam e organizam crime de advocacia administrativa visando dirigir as investigações do chamado caso Funcef (V.1.c);

d) João Carlos da Rocha Mattos, César Herman, Sérgio Chiamarelli Jr. e José Augusto Bellini participam do planejamento e execução do crime de prevaricação no chamado caso SPLIT (V. 1.d);

e) João Carlos da Rocha Mattos e César Herman planejam e executam crime de corrupção passiva (V.1.e);

f) João Carlos da Rocha Mattos, Casem Mazloum, César Herman e José Augusto Bellini atuam com unidade de desígnios e propósitos para obterem de forma irregular o uso das chamadas placas reservadas (V.1.f);

g) Casem Mazloum e César Herman planejam e atuam na prática de crime de interceptação telefônica sem autorização judicial (V.1.g);

h) João Carlos da Rocha Mattos e César Herman planejam e executam peculato-desvio (V.1.h);

(...)

l. José Augusto Bellini, Dirceu Bertin, Wagner Rochar, César Hermam Rodriguez e Sérgio Chiamarelli Jr. planejam e executam com auxílio de

terceiros as ações criminosas que redundaram no arquivamento de inquérito policial em São Vicente, bem como a manipulação de processo disciplinar, contando com a orientação de João Carlos da Rocha Mattos e Casem Mazloun (V1.1);”

Essas imputações vieram acompanhadas de farta documentação, e diz o voto à fl. 161:

“Percebe-se que a associação encerrava atuação em âmbitos diversos, valendo-se de sua estrutura para praticar crimes variados. Tráfico de influência, abuso de poder, ameaça, corrupção ativa e passiva, prevaricação, falsificação de documentos, advocacia administrativa, interceptação telefônica sem autorização judicial, são alguns dos ilícitos vislumbrados na denúncia. Não se trata, portanto, de mero concurso de agentes, aliança momentânea consistente em co-autoria ou participação (**societas criminis** ou **societas in crimine**), a exigir ocasional e transitório concerto de vontades objetivando a prática de delito determinado (**José Silva Júnior**, ‘Código Penal e suas Interpretação Jurisprudencial’, coordenação de **Alberto Silva Franco** e **Rui Stoco**, vol. 2, 7ª ed., RT, p. 3.521). É verdadeira organização criminosa (**societas delinquendi**), reveladora de especial fim de agir, qual seja, empreender violação a bens jurídicos protegidos pela norma penal. Suficiente o acordo de vontades, punido independentemente dos malefícios ocorridos, não desnatura o crime de quadrilha ou bando a particularidade de alguns dos delitos perpetrados terem sido cometidos somente por alguns elementos do grupo marginal (**Damásio E. de Jesus**, ‘Código Penal Anotado’, 13ª ed., Saraiva, p. 881), conforme sucede na acusação. Ao contrário. Esses autores responderão por tais crimes, em concurso material com o de quadrilha ou bando — e de fato o estão, como se depreende das 3 (três) outras denúncias propostas pelo Ministério Público Federal; os demais continuam respondendo apenas pelo crime do art. 288 do Código Penal.”

No que se refere à decretação da custódia impropriedade a irresignação.

Conforme a peça de acusação e o voto que a acolhera, o **modus operandi** da atuação dos integrantes da trama criminosa neles detalhado, disso tudo ressaltou a necessidade da segregação, devida e exaustivamente justificada às fls. 250/280, de que se destaca às fls. 277/279:

“Pois bem, sem que se faça prejulgamento, mais diante de análise perfunctória, a decretação da prisão preventiva pede indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime. Ressalto, indícios suficientes e não veementes, que ficam para a fase de recebimento da denúncia.

Pode a prisão preventiva ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Garantir a ordem pública é impedir que o autor da infração continue praticando atos criminosos, o que causaria perturbação no meio social. Dar crédito à Justiça. Não se pode deixar de levar em conta, a Operação Anaconda ganha proporção a cada dia. Novos fatos, novas pessoas, novas acusações.

Prevenir não apenas a reiteração de crimes, mas também acautelar o meio social e a credibilidade dos Poderes Públicos em geral, e, em especial, a da Justiça, em face da gravidade dos delitos e da sua repercussão.

Crimes como os que aqui se investigam abalam sobremaneira a estrutura do Estado, revelando menoscabo ao Direito, justamente por aqueles que têm o dever legal de por ele zelar, gerando intranquilidade e comoção pública, em virtude da extrema periculosidade e audácia dos agentes.

A apreensão revelou um verdadeiro arsenal em poder do bando. Armas de todo o tipo, de todos os calibres, muita munição. Dinheiro de vários países. Equipamento de escuta telefônica, enorme quantidade de aparelhos celulares e rádios comunicadores, documentos originais da Polícia e da Justiça Federal.

Armas, dinheiro, um delegado da Polícia Federal aposentado, outro na ativa, dois advogados, a ex-mulher de um juiz federal, agentes da Polícia Federal e um juiz federal, ao lado de informantes, auxiliares, funcionários públicos, facilitadores em aeroportos, todos com fácil trânsito no meio policial e judicial, usando de poder monetário, do poder bélico, do Poder Público, todos eles, custa muito pouco para que possam empreender fuga. Há, ainda, referência à existência de imóveis e dinheiro no exterior. O filho de Norma e João Carlos tem dupla nacionalidade, é também cidadão americano, parentes residem nos Estados Unidos.

Podem, além disso, influir na investigação criminal, ameaçando testemunhas, subornando, matando (César Herman já teria matado 8, segundo ele próprio). Podem destruir outras provas, podem corromper, ameaçar, aliciar as pessoas que começam a aparecer após o desate da Operação Anaconda.

Os elementos que encontrei na investigação levam a crer que é justificado o receio de fuga e de que possa haver influência na investigação criminal, caso sejam os acusados colocados em liberdade.

Os atos da quadrilha são reiterados, estão sendo monitorados por quase dois anos. Por longo tempo estão ofendendo a ordem constituída, bazofinando,

blasonando, a ponto de Affonso Passarelli, em uma das conversas monitoradas, alardear que o ‘crime perfeito só é possível se você pensar em tudo’, e que consegue cometer o crime perfeito porque pensa em tudo.

(...)

Todos se relacionam constantemente: João Carlos da Rocha Mattos, César Herman Rodriguez, José Augusto Bellini, Jorge Luiz Bezerra da Silva, Norma Regina Emílio Cunha, Wagner Rocha, Sérgio Chiamarelli Júnior, Affonso Passarelli Filho e Carlos Alberto da Costa Silva. Um guarda documento do outro, César Herman possui sala no escritório de Passarelli. João Carlos é amigo de César Herman e mora no apartamento de Carlos Alberto. Norma é ex-mulher de João Carlos. Passarelli tem em seu escritório documentos de João Carlos, de Norma, de Belline. Wagner Rocha, César e Belline ‘trabalham’ juntos.”

Não se ordenou a segregação prévia com base em clamor público, unicamente, como se observou.

Vê-se, desse modo, que se houve o aresto impugnado atento aos pressupostos do art. 312 do CPB para impor a restrição ao **status libertatis** do paciente.

Dito isto, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 33.401 — RJ (2004/0011560-7)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrantes: Flávio Jorge Martins e outro

Impetrada: Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Carlos Alberto da Costa Moreira (preso)

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Art. 26, CP. Inimputabilidade. Critério biopsicológico normativo.

I - Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, *ainda*, que exista prova (**v.g.** perícia) de que este transtorno realmente afetou a *capacidade de compreensão* do caráter ilícito do fato

(*requisito intelectual*) ou de *determinação* segundo esse conhecimento (*requisito volitivo*) à época do fato, *i.e.*, no momento da ação criminosa.

II - A constatação da inimputabilidade do ora paciente, no momento da prática do delito, escapa aos limites da estreita via do **habeas corpus**, visto que exige prova pericial específica.

Writ denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Carlos Alberto da Costa Moreira, condenado como incurso nas sanções dos arts. 12 c.c. o art. 18, I, da Lei n. 6.368/1976 e 14 c.c. o art. 18, I, do mesmo diploma legal, em face de v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, à unanimidade, negou provimento aos recursos interpostos.

Esta a ementa do julgado:

“Penal e Processual Penal. Contrabando. Tráfico internacional de entorpecentes. Associação. Cálculo de pena. Agravantes. Inciso I do art. 61 do CP e inciso I do art. 18 da Lei n. 6.368/1976. Prova pericial e testemunhal. Nulidade. Ausência.

1. Associação permanente voltada para o tráfico internacional de substância entorpecente, consoante aferido no curso do procedimento policial e na instrução criminal, cujas provas pericial e testemunhal não apresentaram qualquer mácula.

2. Incidência das agravantes previstas no inciso I do art. 61 do CP e inciso I do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, sendo aplicada pena em observância aos preceitos legais, em especial o critério trifásico.

3. Mercadoria de procedência estrangeira de pequeno valor e insignificante na esfera penal.

4. Recursos improvidos”. (Fl. 408)

Alega o impetrante que o ora paciente sofre constrangimento ilegal, pois restou condenado, embora fosse portador de um quadro psicopatológico de esquizofrenia, não tendo condições de sanidade mental que lhe permitiam exercer os atos da vida civil, e, por esse motivo, interditado pelo Juízo de Direito da 11ª Vara de Órfãos e Sucessões, em sentença proferida em 31.01.1980, nos Autos n. 37.867, o que levou o INSS a lhe conceder aposentadoria por invalidez, em 11.03.1991. Requer, ao final, a nulidade de toda a ação penal, **ab ovo**, tendo em vista que à época dos fatos o ora paciente estava interditado e, mesmo assim, foi processado sem a assistência de sua curadora (sua esposa), em franca inobservância ao art. 26 do CP

Informações às fls. 367/378, 391/408 e 415/426.

A doutra Subprocuradoria Geral da República, às fls. 380/383 e 428, manifestou-se pelo não-conhecimento da ordem, sob pena de supressão de instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O *writ* não merece prosperar.

A doutrina, de regra, menciona três critérios acerca da inimputabilidade penal.

Veja-se o escólio do saudoso Ministro **Francisco de Assis Toledo** (in “Princípio Básicos de Direito Penal”, 5ª ed., Saraiva, 1994, pp. 314/315), **verbis**:

“Quais os elementos da imputabilidade, isto é, da capacidade de culpabilidade? Dos arts. 26 a 28 do Código Penal podem-se inferir, essencialmente, dois, a saber: 1ª) que o agente possua, *ao tempo da ação ou da omissão*, a higidez biopsíquica necessária para a compreensão do injusto e para orientar-se de acordo com essa compreensão; 2ª) que o agente tenha completado dezoito anos.

Explicando o princípio que presidiu a adoção desses critérios, não alterados pela reforma penal, diz a exposição de motivos do Ministro Francisco Campos: ‘Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de *culpa moral*), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve

ser declarado irresponsável sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída, se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação... ‘E mais adiante: Não cuida o projeto (já agora o Código) dos *imatuross* (menores de dezoito anos), senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à *pedagogia corretiva* de legislação especial’.”

E **Guilherme de Souza Nucci** (in “Código Penal Comentado”, 4ª ed., RT, 2003, p. 187/188) , **verbis**:

“*Elementos e critérios para apurar a inimputabilidade penal*: para ter condições pessoais de compreender o que fez, o agente necessita de *dois elementos*: I) *higidez biopsíquica* (saúde mental + capacidade de apreciar a criminalidade do fato; II) *ter mais de 18 anos*. Os *critérios* para averiguar a inimputabilidade são os seguintes: a) *biológico*: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental ou possui ou não um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A adoção restrita desse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial; b) *psicológico*: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento. Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio; c) *biopsicológico*: levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26. Constitui, também, o sistema de outras legislações, como a espanhola, ressaltando **Enrique Esbec Rodríguez** que o perito se pronuncia sobre as bases antropológicas e o juiz sobre a imputação subjetiva. Logo, não é suficiente que haja algum tipo de enfermidade mental, mas que exista prova de que esse transtorno afetou, realmente, a capacidade de compreensão do ilícito, ou de determinação segundo esse conhecimento, à época do fato (*Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*, pp. 118/119).”

Do exposto, infere-se que o nosso Código adotou, na verdade, consoante nomenclatura de **Heleno Cláudio Fragoso** (in “Lições de Direito Penal — parte geral”, 15ª ed., Forense, 1995, p. 199) o critério *biopsicológico normativo* [critério biológico + psicológico (requisito intelectual + requisito volitivo)]. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental (critério biológico), faz-se mister, *ainda*, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a *capacidade de compreensão* do caráter ilícito do fato (*requisito intelectual*) ou de *determinação* segundo esse conhecimento (*requisito volitivo*) à época do fato, vale dizer, *no momento da ação criminosa* (critério psicológico). Nesse sentido: **Francisco de Assis Toledo** (in “Princípio Básicos de Direito Penal”, 5ª ed., Saraiva, 1994, p. 315).

Dessa maneira, até mesmo *à vol d’oiseau* se percebe que a aferição da imputabilidade do ora paciente, no momento da prática do delito, escapa, no presente caso, aos limites da estreita via do **habeas corpus**, visto que exige prova pericial específica, podendo a questão, talvez, ser apreciada em sede revisional.

Ex positis, denego o writ.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 39.310 — RJ (2004/0156591-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues

EMENTA

Criminal. **HC**. Crime contra a ordem tributária. Lei n. 10.684/2003. Pagamento integral do débito. Suposta quitação após o julgamento do recurso de apelação. Argumentos não apreciados pelo Tribunal **a quo**. Incompetência desta Corte. Supressão de instância. Análise da possibilidade de concessão de **habeas corpus** de ofício. Pagamento não comprovado. Competência do juízo da execução provisória. Ordem não conhecida.

I - Pleito de reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente, sob o fundamento de quitação total dos tributos tributários aos quais se refere a denúncia.

II - Os argumentos trazidos pela impetração não foram objeto de debate e decisão por parte do Tribunal **a quo**, pois a decisão impugnada foi proferida em data anterior ao suposto pagamento.

III - A análise da irresignação por esta Corte ocasionaria indevida supressão de instância.

IV - Em homenagem aos princípios da economia processual e da ampla defesa, analisa-se a possibilidade de concessão de **habeas corpus** de ofício.

V - A aplicação do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003, o qual prevê a extinção da punibilidade para os crimes previstos no **caput** do referido dispositivo, exige prova inequívoca da inserção dos débitos tributários no programa de parcelamento — o que não se verifica no caso dos autos. Precedente do STJ.

VI - Os documentos trazidos pelo impetrante não são aptos ao pronto reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente.

VII - A questão deve ser submetida à apreciação do Juízo competente para a execução provisória do julgado, ao qual cabe apreciar a possibilidade de aplicação da Lei n. 10.684/2003, mais benéfica, a partir do exame dos documentos comprobatórios das alegações. Precedente desta Corte.

VIII - Impossibilidade de concessão de **habeas corpus** de ofício.

IX - Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. *Sustentou oralmente: Dr. Gustavo Eid Bianchi Prates (p/ pacte.).*

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de Luiz Felipe da Conceição Rodrigues, tão-somente para determinar o parcelamento da pena pecuniária a ele imposta pelo Juízo monocrático.

O paciente foi condenado à pena de 06 anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, pugnando pela absolvição do paciente, ou pela concessão da suspensão condicional da pena.

O Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Penal — Crime contra a ordem tributária — Inciso II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 — Dosimetria da pena.

I - A materialidade e a responsabilidade dos réus pela sonegação fiscal narrada na denúncia restaram claramente evidenciadas nos autos, perpetrada a fraude mediante registro, no livro diário da empresa Aratu Comércio e Representações Ltda, de pagamentos fictícios a empresas inexistentes ou desativadas, promovendo, assim, redução indevida de seu lucro líquido e, conseqüentemente, do montante por ela devido a título de tributos.

II - Embora o art. 59 do Código Penal trace diretrizes a serem observadas na fixação da pena, o magistrado tem liberdade para fixá-la de acordo com os elementos constantes dos autos.

III - Apelações parcialmente providas.” (Fl. 450)

Na presente impetração, requer-se a extinção da punibilidade do paciente, pois os tributos referidos na denúncia, relativos aos anos-bases de 1990, 1991 e 1992, teriam sido integralmente pagos em 31.03.2004.

Para tanto, sustenta-se ser aplicável à espécie o disposto na Lei n. 10.684/2003.

A liminar foi deferida (fl. 725).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não-conhecimento da ordem (fl. 745).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de Luiz Felipe da Conceição Rodrigues, tão-somente para determinar o parcelamento da pena pecuniária a ele imposta pelo Juízo monocrático.

O paciente foi condenado à pena de 06 anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 1º, incisos II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal.

Na presente impetração, requer-se a extinção da punibilidade do paciente, pois os tributos referidos na denúncia, relativos aos anos-bases de 1990, 1991 e 1992, teriam sido integralmente pagos em 31.03.2004.

Para tanto, sustenta-se ser aplicável à espécie o disposto na Lei n. 10.684/2003.

Não merece prosperar a irresignação.

A denúncia narra que o paciente, juntamente com outro co-réu, reduziu o tributo devido pela empresa Mena Cosméticos Ltda, fraudando a fiscalização tributária, através da inserção de elementos inexatos em livros diários, no período referente aos anos-bases de 1990, 1991 e 1992 (primeiro semestre) (fls. 39/42).

A impetração afirma ter a empresa Mena Cosméticos Ltda quitado os seus débitos tributários em 31.03.2004.

O acórdão recorrido, entretanto, foi prolatado em 30.09.2003 e analisou apenas as alegações de inépcia da denúncia, cerceamento da defesa, ausência de justa causa para a ação penal, além de nulidades na sentença e no processo, tendo em vista a apontada obtenção de provas por meios ilícitos.

Dessarte, sendo a decisão impugnada anterior ao suposto pagamento da dívida tributária, por óbvio não poderia ser analisada pelo Tribunal **a quo** no recurso de apelação e não há notícia de objeto e decisão sobre o assunto em outro feito.

Sobressai, portanto, a incompetência desta Corte para a análise da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância.

Por outro lado, em homenagem aos princípios da economia processual e da ampla defesa, analisa-se a possibilidade de concessão de **habeas corpus** de ofício para decretar a extinção da punibilidade do paciente, com base no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

Esta Corte tem entendido que, para a aplicação do mencionado dispositivo legal, o qual prevê a extinção da punibilidade para os crimes descritos no **caput** do art. 9º, exige-se prova inequívoca do pagamento integral dos débitos tributários.

Os documentos juntados aos autos, porém, não se prestam para tal comprovação, tornando inviável a concessão do benefício ora pretendido.

Com efeito. O impetrante não juntou cópia dos comprovantes de pagamento ou guias de recolhimento do montante da dívida tributária.

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte julgado da Turma:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Intempestividade. Recebimento como *writ* substitutivo. Possibilidade. Crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Lei n. 8.212/1991, art. 95, alínea **d**. Lei n. 9.983/2000. **Abolitio criminis**. Não-ocorrência. Adesão ao Refis posterior ao recebimento da denúncia. Suspensão da pretensão punitiva. Impossibilidade. Ausência de dolo específico. Dilação probatória.

1. Ainda que intempestivo o recurso ordinário, na esteira da remansosa jurisprudência do STJ, admissível o seu recebimento como *writ* substitutivo.

2. A teor da jurisprudência assente deste Superior Tribunal de Justiça, o art. 3º da Lei n. 9.983/2000 não descriminalizou o delito tipificado no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, pelo que não há que se falar em **abolitio criminis**.

3. Para a pretendida suspensão da pretensão punitiva do Estado, o art. 15 da Lei n. 9.964/2000 exige que a adesão ao Refis tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia.

4. **In casu**, a adesão foi posterior ao recebimento da denúncia, razão pela qual não incide sobre a espécie a benesse legal instituída, sem qualquer mácula ao princípio da igualdade.

5. Não há que se cogitar, outrossim, na aplicação do benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, prevista no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, porquanto não existe previsão legal para o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados (contribuição previdenciária), pelo contrário, há expressa vedação, contida no art. 7º da Lei n. 10.666/2003, intenção essa corroborada quando do veto ao § 2º do art. 5º da Lei n. 10.684/2003.

6. O tipo subjetivo do ilícito penal apto a caracterizar a excludente de culpabilidade e ensejar a absolvição do denunciado, somente poderá ser aferido pela instrução criminal, com o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, admitida a produção de provas, o que é inviável na célere via do **habeas corpus**.

7. Não se aplica, na espécie, o benefício da extinção da pretensão punitiva estatal, previsto no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003, pois a única condição exigida pela novel legislação, qual seja, o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, não foi demonstrada pelo Paciente nos presentes autos.

8. Recurso ordinário conhecido como writ substitutivo. Ordem denegada.”

(RHC n. 13.806/CE, Ministra Laurita Vaz, DJ de 26.04.2004)

Por derradeiro, esta Turma já decidiu, em outra oportunidade, que, em casos como o dos autos, a questão deve ser submetida à apreciação do Juízo competente para a execução provisória do julgado, ao qual cabe apreciar a possibilidade de aplicação da Lei n. 10.684/2003, mais benéfica, a partir do exame dos documentos comprobatórios das alegações.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

“**Habeas corpus**. Crime contra a ordem tributária. Pedido de suspensão da pretensão punitiva. Art. 9º da Lei n. 10.684/2003. Matéria não examinada pelo Tribunal **a quo**. Supressão de instância. Não-conhecimento.

1. *É defeso a este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, a apreciação da matéria referente à eventual aplicabilidade do art. 9º da Lei n. 10.684/2003, na medida em que não foi objeto de exame por parte do Tribunal **a quo**.*

2. *Writ não conhecido, com a cassação da liminar anteriormente deferida, devendo a matéria ser submetida à apreciação do juízo competente para a execução provisória do julgado, a quem cabe resolver, ordinariamente, a questão acerca da aplicabilidade da **novatio legis in melius**, com ampla possibilidade de exame dos documentos probatórios do alegado.*”

(HC n. 35.567/SC, Ministra Laurita Vaz, DJ de 29.11.2004)

Portanto, a hipótese dos autos não autoriza a concessão de **habeas corpus** de ofício.

Diante do exposto, não conheço da impetração.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.515 — SP (2004/0160026-3)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Helena Rosa Rodrigues Costa — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Denis Tadeu de Jesus

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo qualificado. Pena fixada no mínimo legal. Atenuante relativa à menoridade na data do fato delituoso. Regime inicial fechado. Primariedade reconhecida. Maus antecedentes decorrentes de ações penais em andamento e existência de condenação sem trânsito em julgado pelo mesmo fato criminoso. Aplicação do princípio da presunção de inocência. Precedentes. Ordem concedida com ressalva.

1. O conceito de maus antecedentes, a meu ver, não deve ser confundido com a definição de primariedade, uma vez que esta implica, necessariamente, a ausência de condenação com trânsito em julgado e aquele diz respeito ao envolvimento do agente em fatos do passado que possam, de alguma forma, desabonar sua conduta e que interessam, diretamente, para a fixação da pena-base (CP, art. 59) e do regime prisional inicial (CP, art. 33, § 3^o), bem como para conferir efeito suspensivo a eventual apelação interposta contra a sentença condenatória (CP, art. 594), muito embora a existência de um processo criminal, ainda em andamento contra o réu, ou seu mero indiciamento em inquérito policial, não deve ser considerado, por si só, fora de qualquer contexto, como mau antecedente, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa circunstância judicial, que é aferir a maior ou menor propensão do agente no envolvimento em fatos, em tese, delituosos.

2. No caso, as duas ações penais ainda em andamento e as duas condenações sem trânsito em julgado, todas pelo mesmo fato criminoso (roubo qualificado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes), impõem o reconhecimento da primariedade do paciente, mas deveriam, na minha maneira de ver, ser consideradas como maus antecedentes, até porque não encerram qualquer juízo de censura, mas simples constatação da existência de fatos anteriores potencial e penalmente

relevantes, sem significar violação ao princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII).

3. De fato, muito embora a execução provisória de uma sentença privativa de liberdade encerre, indiscutivelmente, uma presunção de culpabilidade, em tese, rechaçada pela nossa Lei Maior, pacífico é o entendimento desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de que o art. 594 do Código de Processo Penal não foi revogado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que instituiu o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória, não havendo qualquer impedimento à prisão do réu, mesmo que sua condenação não tenha transitado em julgado, bastando a confirmação pelo Tribunal de Apelação.

4. Na verdade, eventuais incompatibilidades entre preceitos constitucionais devem ser resolvidas, também, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na busca do bem jurídico maior a ser protegido no caso concreto, de acordo com a vontade do legislador constituinte, razão pela qual não tem sentido desconsiderar fatos anteriores da vida do agente, que servem primordialmente para verificar se o crime praticado configura episódio isolado ou habitual, sob pena de violar outro princípio constitucional relativo à isonomia ou à igualdade real, por meio do qual as situações iguais devem ser tratadas igualmente e as desiguais diferentemente.

5. Ademais, não deixa de ser um despropósito conferir a determinado agente que responde a quatro ações penais decorrentes de inquéritos instaurados por roubos a mão armada em concurso de pessoas, praticados em dias diversos, o mesmo tratamento dispensado àquele envolvido em apenas um episódio dessa natureza.

6. Contudo, segundo o recente magistério jurisprudencial, “(...) Viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional” (REsp n. 675.463/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.12.2004, p. 454), sendo vários os precedentes deste Tribunal afirmando, ultimamente, que, “(...) Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em

curso e indiciamento em inquérito policial” (HC n. 31.693/MS, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.12.2004, p. 368).

7. Ordem concedida, com a ressalva do ponto de vista do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Denis Tadeu de Jesus, condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, impugnando acórdão proferido pela Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela acusação para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, determinando a expedição do mandado de prisão.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente é primário e sem antecedentes (uma vez que não se pode considerar, para essas circunstâncias judiciais, condenações pendentes do trânsito em julgado), tendo sido destinatário de pena fixada em seus patamares mínimos, razão pela qual a mera gravidade do delito, sugerindo a periculosidade do agente, não pode servir de fundamento para a fixação de regime mais gravoso, sob pena de configurar inegável constrangimento ilegal.

As informações requisitadas foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 22/23) e vieram acompanhadas da documentação necessária à instrução do *writ* (fls. 24/40).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, opinou pela denegação da ordem (fls. 42/46).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Penso que o conceito de maus antecedentes, no Direito Penal, não deve ser confundido com a definição de primariedade, uma vez que esta implica, necessariamente, na ausência de condenação com trânsito em julgado e aquele, a meu ver, diz respeito ao envolvimento do agente em fatos do passado que possam, de alguma forma, desabonar sua conduta e que interessam, diretamente, para a fixação da pena-base (CP, art. 59) e do regime prisional inicial (CP, art. 33, § 3º), bem como para conferir efeito suspensivo a eventual apelação interposta contra a sentença condenatória (CP, art. 594).

É claro que um processo criminal ainda em andamento contra o réu, ou seu mero indiciamento em inquérito policial, não deve ser considerado, por si só, fora de qualquer contexto, como mau antecedente, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa circunstância judicial, que é aferir a maior ou menor propensão do agente no envolvimento em fatos, em tese, delituosos.

Na hipótese, a folha de antecedentes criminais juntada aos autos (fls. 34/40) e que serviu para a fixação do regime inicial fechado pelo Tribunal **a quo**, quando do julgamento da referida apelação, demonstra, sem qualquer dúvida, o envolvimento do paciente numa série de crimes praticados na Comarca de São Paulo — SP (Ação Penal n. 000.061.054/2001 — 6ª Vara Criminal e Ação Penal n. 000.001.190/2002 — 13ª Vara Criminal), além de uma condenação nos autos da Ação Penal n. 000.041.334/0000, pelo Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal, todos eles relativos a roubo qualificado pelo uso de arma de fogo e concurso de agentes, como na hipótese em exame (Ação Penal n. 000.056.615/2001 — 15ª Vara Criminal).

Assim sendo, considerando que as duas primeiras ações penais acima mencionadas ainda se encontram em andamento, além da ausência de trânsito em julgado com relação às outras duas objeto de condenação, não há como negar a primariedade do paciente.

Contudo, no que tange aos antecedentes, não vejo como deixar de valorar negativamente as ações penais a que responde o agente pelo mesmo tipo de crime, mesmo que desprovidas do trânsito em julgado, tendo em vista que não encerram qualquer juízo prévio de censura, que será exercido, se for o caso, após o devido processo legal, nos respectivos feitos, razão pela qual a mera constatação de seu envolvimento em outros fatos delituosos, com a finalidade exclusiva de fixar a pena-base (CP, art. 59) e o regime prisional inicial (CP, art. 33, § 3º), bem como para reconhecer eventual direito de apelar em liberdade contra a sentença condenatória (CP, art. 594), no caso concreto, não significa violação ao princípio constitu-

cional da presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), que, na minha maneira de ver, não é absoluto.

De fato, é pacífico o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal “... de que o art. 594 do Código de Processo Penal não foi revogado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que instituiu o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória” (HC n. 80.548/PE, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001, p. 44), não havendo, por isso, qualquer impedimento à prisão do réu, mesmo que sua condenação não tenha transitado em julgado, bastando a confirmação pelo Tribunal de Apelação (HC n. 75.437/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 14.03.2003, p. 42; HC n. 77.173/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 27.04.2001, p. 60; HC n. 72.610/MG, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 06.09.1996, p. 31.850), muito embora a execução provisória de uma sentença privativa de liberdade encerre, indiscutivelmente, uma presunção de culpabilidade, em tese, rechaçada pela nossa Lei Maior.

Por outro lado, a própria Constituição Federal admite a prisão em flagrante delito (art. 5º, inciso LXI) e a inafiançabilidade de determinados crimes (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV), cuja prática impede a liberdade provisória, implicando na prisão do agente antes da sentença condenatória transitada em julgado, não obstante esteja consignado expressamente na Lei Maior que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV).

Dessa forma, eventuais incompatibilidades entre preceitos constitucionais que volta e meia acontecem devem ser resolvidas, também, com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, na busca do bem jurídico maior a ser protegido no caso concreto, de acordo com a vontade do legislador constituinte, uma vez que nenhum princípio pode ser considerado, de início, absoluto, como consignei anteriormente.

Portanto, penso que condenação transitada em julgado diz respeito apenas à primariedade, impondo-se a verificação, dentro do contexto dos autos, dos eventuais processos criminais em curso para o exame dos antecedentes, sob pena de misturar os conceitos e retirar do ordenamento jurídico essa circunstância judicial expressamente prevista.

Com efeito, a meu ver, a hipótese reclama a aplicação do princípio da razoabilidade, pois não teria nenhum sentido desconsiderar fatos anteriores na vida do paciente, potencial e penalmente relevantes, que servem primordialmente para verificar se o crime praticado, que é objeto da sentença em exame, configura episódio isolado ou habitual, sob pena de violar outro princípio constitucional, relativo à isonomia ou à igualdade real, por meio do qual as situações iguais devem ser tratadas igualmente e as desiguais diferentemente.

Na verdade, parece-me um despropósito conferir ao paciente que responde a 4 (quatro) ações penais decorrentes de inquéritos instaurados por roubos a mão armada em concurso de pessoas, praticados em dias diversos (fls. 36/37), o mesmo tratamento dispensado àquele envolvido em apenas um episódio dessa natureza, principalmente quando a pena daquele foi fixada no mínimo legal justamente pela circunstância atenuante relativa à menoridade à época do fato (fls. 26/29).

Contudo, segundo o recente magistério jurisprudencial, “(...) Viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional” (REsp n. 675.463/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.12.2004, p. 454), sendo vários os precedentes deste Tribunal afirmando, ultimamente, que, “(...) Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial” (HC n. 31.693/MS, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.12.2004, p. 368).

Assim sendo, com a ressalva de meu ponto de vista, *concedo* a ordem impetrada para fixar o regime semi-aberto para início do cumprimento da pena aplicada ao paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.563 — RJ (2004/0161263-5)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Renata Tavares da Costa Bessa — Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Arthur Alexandre Monteiro Gomes (preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo qualificado. Execução penal. Progressão do regime fechado para o semi-aberto. Deferimento do pedido condicionado ao resultado do exame criminológico. Constrangimento ilegal caracterizado em virtude da alteração promovida pela Lei n. 10.792/2003. Ordem concedida.

1. A progressão de regime de cumprimento de pena (fechado para semi-aberto) passou a ser direito do condenado, bastando que se satisfaça dois pressupostos: o primeiro, de caráter objetivo, que depende do cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena; o segundo, de caráter subjetivo, relativo ao seu bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

2. Embora temerário substituir a exigência de parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do presidiário a exame criminológico — como condição a eventual direito de progressão do regime fechado para o semi-aberto — por um simples atestado de boa conduta firmado por diretor de estabelecimento prisional, essa foi a intenção do legislador ao editar a Lei n. 10.792/2003, que deve ser observada pelo Juízo das Execuções Penais, sob pena de violação ao disposto no aludido art. 112 da LEP, em sua nova redação.

3. Na hipótese, considerando o parecer favorável do Conselho Penitenciário, da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, reconhecendo o cumprimento pelo paciente de 1/4 (um quarto) da pena e a ausência de registro de faltas disciplinares, a exigência de exame criminológico constitui constrangimento ilegal, uma vez que restaram atendidos os requisitos necessários à progressão pretendida (ter o sentenciado cumprido mais de 1/6 — um sexto — da pena e apresentar bom comportamento carcerário), nos termos do disposto no art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei n. 10.792/2003.

4. Ordem concedida para reconhecer o direito do paciente à progressão do regime prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de Arthur Alexandre Monteiro Gomes — condenado à pena de 8 (oito) anos de prisão, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2^a, do Código Penal — impugnando acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que denegou a ordem originariamente impetrada, por entender que “(...) a exigência do exame criminológico para concessão do benefício do livramento condicional não traduz qualquer constrangimento ilegal, uma vez que se constitui faculdade do Juiz que, entendendo seja ele necessário para a formação de seu convencimento, poderá determinar sua realização, mormente quando a acusação se refere a crime praticado com violência ou grave ameaça”. (Fl. 23)

Sustenta a impetrante, em síntese, que “(...) a Lei n. 10.792/2003, regulando os requisitos para a concessão do livramento, somente exigiu o atestado de comportamento carcerário. E, sendo lei posterior regulando a mesma matéria de forma diferente, revogou os dispositivos do parágrafo único do art. 83 do CP, bem como seu inciso II”. (Fl. 5)

O pedido formulado em sede de cognição sumária foi por mim indeferido (fl. 26).

As informações requisitadas foram prestadas pela ilustre autoridade apontada como coatora (fls. 34/35) e vieram acompanhadas da documentação necessária à instrução deste *writ* (fls. 36/41).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Lindôra Maria Araujo, opinou pela denegação da ordem (fls. 43/46).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Não obstante os fortes fundamentos do acórdão atacado no sentido de que “(...) A exigência do exame criminológico para a concessão do benefício do livramento condicional não traduz qualquer constrangimento ilegal, uma vez que se constitui faculdade do juiz que, entendendo seja ele necessário para a formação de seu convencimento, poderá determinar a sua realização, mormente que a condenação se refere a crime praticado com violência ou grave ameaça” (fl. 38), penso que a denegação da ordem impetrada implica violação a expresso dispositivo legal, embora reconheça ser tormentosa a questão posta para exame deste Colegiado.

Com efeito, o art. 112 da Lei de Execuções Penais, antes da alteração realizada pela Lei n. 10.792/2003, dispunha, expressamente, que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”, sendo que seu parágrafo único estabelecia que “a decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário” (Lei n. 7.210/1984, art. 112, parágrafo único).

Por essa razão, considerando que o direito à progressão de regime dependia do comportamento do condenado, do parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, o **habeas corpus** era considerado instrumento impróprio à obtenção da referida benesse legal, tendo em vista ser incabível a dilação probatória, que se fazia necessária ao exame dos requisitos exigidos para a concessão do mencionado benefício.

Tanto era assim que o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo, reiteradamente no sentido de que, “(...) Comportando exame criminológico e parecer de comissão técnica, além de outros dados de caráter subjetivo, torna-se impossível o uso do *writ* para decidir-se sobre progressão de regime prisional” (HC n. 1.908/SF, Relator Ministro José Cândido de Carvalho Filho, DJ de 29.11.1993, p. 25.901).

Entretanto, a aludida Lei n. 10.792/2003 deu ao art. 112 da LEP a seguinte redação, **verbis**:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.” (com a redação dada pela Lei n. 10.792/2003)

Assim sendo, penso que a progressão de regime de cumprimento de pena passou a ser direito do condenado, bastando que se satisfaça dois pressupostos: o primeiro, de caráter objetivo, que depende do cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena; o segundo, de caráter subjetivo, relativo ao seu bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Embora pareça-me de todo inconveniente, além de temerário, substituir a exigência de parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do presidiário a exame criminológico — como condição a eventual direito de progressão do regime fechado para o semi-aberto — por um simples atestado de boa conduta firmado por diretor de estabelecimento prisional, penso que essa foi a intenção do legislador ao promover a aludida alteração na norma de regência, que deve ser observada pelo Juízo das Execuções Penais, sob pena de violação ao disposto no art. 112 da LEP, em sua nova redação, uma vez que “(...) Tanto vulnera a lei aquele que inclui no campo de aplicação hipótese não contemplada como o que exclui caso por ela abrangido” (STF — HC n. 74.183/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 21.02.1997, p. 2.825).

Na hipótese, tendo em vista o parecer favorável do Conselho Penitenciário da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, reconhecendo o cumprimento de 1/4 (um quarto) da pena e a ausência de registro de faltas disciplinares (fls. 12/13), considerando “neutro” o comportamento prisional do paciente, verifica-se que a exigência de exame criminológico constitui constrangimento ilegal, uma vez que restaram atendidos os requisitos necessários à progressão pretendida (ter o sentenciado cumprido mais de um sexto da pena e apresentar bom comportamento carcerário), nos termos do disposto no art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei n. 10.792/2003.

Em face do exposto, *concedo* a ordem impetrada para reconhecer o direito do paciente à progressão do regime prisional.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.610 — BA (2004/0162348-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Evânio José de Moura Santos

Impetrado: Desembargador Presidente da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Paciente: Aécio Palma Batista

EMENTA

Criminal. **HC**. Falsificação de documento público. Nulidade. Despacho exarado por juiz impedido. Inocorrência. Violação ao princípio

do juiz natural não evidenciada. Prejuízo não demonstrado. Ordem denegada.

I - Hipótese em que se sustenta a nulidade do processo, em virtude da prática de ato processual por Juiz impedido e por haver dupla autuação do mesmo recurso de apelação defensivo, violando-se o princípio do juiz natural.

II - Não houve despacho por parte da Magistrada impedida, tendo ocorrido, na realidade, erro do Cartório do Juízo, ao proceder à publicação da decisão atribuindo à mencionada Julgadora a sua autoria.

III - Vício sanado mediante nova intimação, desta feita publicada com o nome correto da Magistrada prolatora do ato.

IV - A dupla autuação não ocasionou violação ao princípio do Juiz natural, tendo sido decorrência da substituição de Julgadores por impedimento, segundo destacou o Tribunal **a quo**.

V - As nulidades no processo penal têm como limitador o princípio do prejuízo, segundo o qual não há que se declarar a nulidade de um ato se, de sua imperfeição, ou defeito, não resultar prejuízo à acusação ou à defesa.

VI - A impetração restringiu-se a apontar o fato de ter havido dupla autuação do recurso de apelação, sem mencionar as suas conseqüências e, principalmente, sem indicar com fundamentos sólidos o prejuízo porventura sofrido ao direito de defesa.

VII - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Aécio Palma Batista, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa.

O paciente foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime semi-aberto, pela prática do crime tipificado no art. 297, c.c. o art. 29 do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, alegando, preliminarmente, nulidade processual em razão do impedimento da Procuradora de Justiça que oficiou no processo em segunda instância e, no mérito, ausência de fundamentação da sentença condenatória.

Após a inclusão do recurso na pauta de julgamento, o paciente constituiu novo advogado, o qual protocolizou requerimento dirigido à Presidente da Primeira Câmara Criminal, pugnando pela declaração de nulidade absoluta da ação penal, pela prática de atos processuais durante a instrução por Juiz impedido.

Ainda antes do julgamento do apelo, o impetrante endereçou nova petição ao Relator, apontando o fato de o mesmo recurso de apelação interposto pela defesa ter recebido dupla numeração, submetendo-se a duas distribuições, com relatores distintos.

Posteriormente, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, negou provimento à apelação do paciente, nos termos da seguinte ementa:

“Apelação criminal. Contrafação documento público equiparado (nota promissória). Inexistência de nulidades. Preliminares rechaçadas. Autorias e materialidade comprovadas. Prova plena. Decisão de primeiro grau exarada em harmonia com a prova produzida e com fundamentação consistente. Aplicação correta. Sentença mantida. Improvimento dos apelos” (fl. 61).

Contra esse **decisum**, foram opostos embargos declaratórios, pleiteando-se a manifestação do Tribunal Estadual sobre a prática de atos processuais por juiz impedido e sobre a dupla numeração do recurso de apelação.

A Corte **a quo** acolheu parcialmente os embargos, para sanar a omissão apontada, afastando, no entanto, as supostas nulidades argüidas.

A ementa do aresto possui o seguinte teor:

“Embargos declaratórios. Existência de omissão no tocante à apreciação de uma das preliminares suscitadas. Magistrada não despachou nos autos.

Nulidade inexistente. Acórdão modificado para conhecer da preliminar negando a existência de nulidade e manter a decisão do acórdão. Embargos parcialmente acolhidos”.

Daí a impetração do presente *writ*, por meio do qual se alega estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, pois a ação penal a que responde estaria eivada de nulidade absoluta em razão do deferimento de pedido do Ministério Público, durante a instrução criminal, por Juiz que havia se declarado impedido.

Aduz-se, ainda, violação ao princípio do Juiz natural, pelo fato de o recurso de apelação defensivo ter recebido dois números de autuação, submetendo-se a duas distribuições a relatores distintos.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo conhecimento parcial da ordem e, neste ponto, pela sua denegação (fl. 134).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Aécio Palma Batista, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa.

No presente *writ*, pretende-se a anulação do processo, ao argumento de estar, a ação penal a que o paciente responde, eivada de nulidade absoluta, em razão do deferimento de pedido do Ministério Público, durante a instrução criminal, por Juiz que havia se declarado impedido.

Aduz-se, ainda, violação ao princípio do Juiz natural, pelo fato de o recurso de apelação defensivo ter recebido dois números de autuação, submetendo-se a duas distribuições a relatores distintos.

Não merece prosperar a irresignação.

O impetrante sustenta nulidade do processo criminal instaurado contra o paciente, pois, não obstante a declaração de impedimento da Juíza Janete Fadul para atuar no feito, tal Magistrada teria proferido despacho, dois anos depois, deferindo pretensão do órgão acusatório.

Entretanto, tal argumentação não merece acolhida.

O Tribunal **a quo** esclareceu não ter sido a Magistrada impedida quem proferiu o despacho em questão.

Consta do julgado que foi a Dr^a. Ivone Bessa Ramos e, não, a Dr^a. Janete Fadul quem lançou o despacho referido pelo impetrante, tendo ocorrido, de fato, um erro

do Cartório, consistente na publicação da intimação atribuindo à Magistrada impedida a autoria da decisão, o qual foi sanado mediante nova intimação, publicada com o nome correto da Magistrada.

Para embasar tal conclusão, o aresto impugnado citou o número das páginas do processo-crime relativas ao ocorrido.

Tal fundamento, entretanto, não foi infirmado pela impetração, a qual se limitou a argüir a ocorrência de nulidade absoluta, trazendo apenas cópia do despacho supostamente prolatado por Juiz impedido, sem comprovar as alegações.

Assim, não há nulidade a ser reconhecida, nesta parte.

De outro lado, no tocante à suposta violação ao princípio do Juiz natural, melhor sorte não assiste ao paciente.

O impetrante aduz que, após a interposição do recurso de apelação, em 27.12.2000, os autos foram autuados sob o n. 31064-4/2000 e distribuídos a integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de origem.

Depois disso, os autos teriam sido remetidos ao Juízo **a quo** para diligências.

Quando do retorno do processo ao Tribunal de 2ª grau de jurisdição, nova autuação teria sido realizada, desta vez sob o n. 29.260-7/2003, com nova distribuição, também a Desembargadores do órgão colegiado acima referido.

Contudo, o acórdão recorrido explicitou que o ocorrido foi a substituição de Julgadores, por impedimento, o que não caracteriza violação ao princípio do Juiz natural.

Com efeito. A Relatora inicialmente designada atuou no feito no 1º grau de jurisdição, motivo pelo qual declarou-se impedida.

Ademais, o reconhecimento de nulidades no processo penal têm como limitador o princípio do prejuízo, segundo o qual não há que se declarar a nulidade de um ato se, de sua imperfeição, ou defeito, não resultar prejuízo à acusação ou à defesa.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 563, que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

No caso, não se demonstrou efetivo prejuízo decorrente da nulidade apontada.

A impetração restringiu-se a apontar o fato de ter havido dupla autuação do recurso de apelação, sem mencionar as suas conseqüências e, principalmente, sem indicar com fundamentos sólidos o prejuízo porventura sofrido ao direito de defesa.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

“Criminal. **HC**. Homicídio qualificado. Advogado suspenso. Ausência de defesa. Inocorrência. Existência de outros advogados constituídos. Ausência de prejuízo para a defesa. Pronúncia. Recurso em sentido estrito. Nulidade. Invasão de competência do Tribunal do Júri. Inocorrência. Mero juízo de admissibilidade da acusação. Ordem denegada.

I - Não obstante o subscritor das razões do recurso em sentido estrito estivesse suspenso de suas atividades pela Ordem dos Advogados do Brasil-Seção Paraná, esse fato não foi suficiente para estacar a ação penal, diante da presença de dois outros patronos capazes de promover a defesa do réu.

II - *Não se declara a nulidade de ato que não resulta em prejuízo para a defesa.*

III - Ausência de qualquer causa de nulidade no acórdão que, ao julgar o recurso em sentido estrito, se atém aos limites do pedido, tão-somente para confirmar a sentença de pronúncia, expondo, nos exatos termos da lei, um mero juízo de admissibilidade da acusação.

IV - Inocorrência de invasão da competência do Conselho de Sentença.

V - Ordem denegada”.

(HC n. 39.130/PR, de minha relatoria, DJ de 07.03.2005)

“**Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Decisão de pronúncia. Ofensa ao princípio do juiz natural. Nulidade. Substituição de juiz. Previsão legal. Inexistência de comprovação de quebra da ampla defesa. Suposições inaceitáveis.

Uma vez não comprovada indubitavelmente a violação ao princípio do Juiz Natural, porque previsto em lei o ato de substituição do Juiz pelo que proferiu a sentença de pronúncia, restam inofensivos os fundamentos da pretensão heróica.

*Ademais, ao interessado cabia perfilar com exatidão e indicar com fundamentos sólidos o prejuízo porventura sofrido ao direito de defesa, visto que na via estreita de **habeas corpus** o julgador não trabalha em torno de suposições ou de meras alegações, mas de verdades concretas.*

Ordem denegada e liminar cassada”.

(HC n. 33.121/CE, Ministro José Arnaldo da Fonseca DJ de 31.05.2004)

“Penal e Processual. Subtração de documento. Denúncia. Inépcia. Materialidade. Intimação. Ausência. Órgão julgador. Composição. Juízes convocados. Nulidade. Inexistência.

Não é inepta a denúncia que descreve adequadamente a conduta incriminada, ainda que não detalhada individualmente, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa.

Incabível, em **habeas corpus**, o exame de questões inerentes à comprovação da materialidade do crime, quando o deslinde da questão demande dilação probatória.

A intimação via postal é válida, a teor do art. 370, § 2º, do CPB, nas localidades em que não há órgão oficial de imprensa.

Em direito penal, não se decreta a nulidade de nenhum ato processual, se indemonstrado prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563, CPP).

A composição de órgão julgador de segunda instância, mediante convocação de Juiz de Direito Substituto de 2º grau, amparada por Lei Complementar Estadual, não ofende o princípio do Juiz Natural.

Precedentes do STJ e do STF

Ordem denegada”.

(HC n. 30.051/SC, Ministro Paulo Medina, DJ de 09.12.2003)

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 40.336 — SP (2004/0177264-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Prinspinho Argolo Príncipe

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Wagner Teodoro Sales (preso)

EMENTA

Criminal. **HC**. Homicídio. Expedição de mandado prisional antes do trânsito em julgado. Legalidade. Súmula n. 267-STJ. Execução. Desvio. Condenação em regime semi-aberto. Custódia em regime fechado. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Ordem parcialmente concedida.

I - Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não seria hábil a impedir a imediata execução do julgado, tornando-se legítima a expedição de mandado prisional contra o réu para o início do cumprimento da pena.

II - A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, hipótese não verificada **in casu**.

III - Incidência do Enunciado n. 267 da Súmula desta Corte.

IV - Reconhece-se a ocorrência de constrangimento ilegal, se demonstrado que o paciente, condenado a regime prisional semi-aberto, encontra-se recolhido em regime fechado. Incidência do Enunciado n. 716 da Súmula do STF

V - Não se pode exceder aos limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória.

VI - Deve ser determinado que o paciente cumpra, imediatamente, a pena no regime fixado, ou, não sendo isto possível, que aguarde a abertura de vaga no semi-aberto em regime aberto, a ser cumprido no estabelecimento legal próprio, se por *al* não estiver preso, ou em regime domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado.

VII - Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 88/92, **in verbis**:

“Condenado pela prática do delito previsto no art. 121, **caput**, do CP à pena de 6 anos de reclusão, no regime semi-aberto, Wagner Teodoro Sales, por meio de procurador constituído, impetra o presente **habeas corpus**, com pedido de liminar, contra o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, buscando ser colocado em liberdade e assim mantido até o trânsito em julgado da condenação, como determinado para a sentença monocrática.

O juízo originário condenou o paciente à pena de 6 anos de reclusão, no regime semi-aberto, determinando a expedição do mandado de prisão, somente, após o trânsito em julgado da decisão, bem como permitiu que o réu apelasse em liberdade (fls. 34/35). O TJSP ao julgar a apelação da defesa, negou provimento ao recurso, contudo, determinou a imediata expedição do mandado de prisão contra o paciente (fls. 38/41).

Ao ver do impetrante, se o acórdão manteve integralmente a sentença condenatória, o mandado de prisão somente deveria ser expedido após o trânsito em julgado, já que não lhe fora vedado o direito de recorrer em liberdade. Alega que nunca deixou de comparecer aos atos processuais. Afirma que não houve o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assevera que se encontra preso em regime fechado, diverso do determinado na sentença, já que não há vagas para cumprimento da pena em regime semi-aberto. Requer seja posto em liberdade e assim mantido até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Subsidiariamente, requer seja transferido a um estabelecimento onde possa cumprir sua pena em regime semi-aberto ou, não tendo vaga, aguarde no regime aberto ou em prisão domiciliar (fls. 2/6).

A liminar foi deferida, tão-somente para que o paciente inicie o cumprimento da pena no regime semi-aberto (fl. 24).

Foi interposto pedido de reconsideração da liminar, para que o paciente fosse posto em liberdade (fls. 56/57), restando indeferido tal pedido (fl. 67).

Foram prestadas informações pelo juízo impetrado nas fls. 72/86.”

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 88/92).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, contra acórdão da Oitava Câmara Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto por Wagner Teodoro Sales.

Submetido a julgamento perante o Primeiro Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo — SP, o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 06 anos de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto, como incurso nas sanções do art. 121, **caput**, do Código Penal, tendo o édito condenatório admitido ao réu a interposição de recurso em liberdade e condicionado a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão (fls. 34/35).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido pelo Tribunal **a quo**, expedindo-se mandado de prisão (fls. 38/41).

Na presente impetração, sustenta-se erro do julgado, pois o paciente somente poderia ser preso após o trânsito em julgado da condenação, como estipulado na sentença, pugnando-se pela expedição de alvará de soltura.

Subsidiariamente, caso mantida a execução provisória da condenação, sob o argumento de que o paciente estaria preso em regime fechado desde 29.11.2004, pretende-se a sua imediata transferência para o regime imposto na sentença, mantido pelo acórdão impugnado.

Merece prosperar, parcialmente, a irrisignação.

Inicialmente, quanto à tese de erro judiciário pela expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente pelo Tribunal **a quo**, não assiste razão ao impetrante.

Na hipótese, verifica-se que houve o esgotamento dos recursos ordinários cabíveis e os recursos extraordinários não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não seria hábil a impedir a imediata execução do julgado, tornando-se legítima a expedição de mandado prisional contra o réu para o início do cumprimento da pena.

A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, hipótese não verificada **in casu**.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Crimes de prefeitos e vereadores e crimes contra a Lei de Licitação. Acórdão condenatório. Execução provisória

do julgado. Possibilidade. Súmula n. 267 do STJ. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes do STF e do STJ. Aprovação de contas pelo Tribunal de Contas Estadual. Independência das instâncias. Precedentes desta Corte.

1. Os recursos para os Tribunais Superiores, em regra, possuem apenas o efeito devolutivo, não obstando a execução da condenação, com a expedição de mandado de prisão. Incidência da Súmula n. 267 do STJ. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

2. O fato de o Tribunal de Contas eventualmente aprovar as contas a ele submetidas, não obsta, diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, bem como a responsabilização penal dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiros públicos. Precedentes desta Corte.

3. Ordem denegada.”

(HC n. 34.506/RS, DJ de 30.08.2004, Relatora Ministra Laurita Vaz)

“Criminal. **HC**. Homicídio. Apelação desprovida. Expedição de mandado prisional antes do trânsito em julgado. Embargos de declaração, recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo. Possibilidade de efeito modificativo dos embargos. Circunstância não comprovada pelo impetrante. Art. 675 do CPP. Inaplicabilidade. Custódia do réu. Mero efeito da condenação. Ordem denegada.

Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não é hábil a impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado prisional contra o réu para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STJ e do STF.

Entendimento que se aplica aos embargos declaratórios, pois não se prestam para alterar a decisão impugnada, salvo em casos excepcionais de efeito modificativo, circunstância não comprovada pela impetração, que sequer trouxe aos autos cópia do inteiro teor do acórdão e da petição dos embargos.

*A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, hipótese não verificada **in casu**. Precedente da Suprema Corte.*

A limitação fixada pelo Julgador monocrático, no sentido da expedição de mandado prisional apenas depois do trânsito em julgado da condenação,

não vincula o Tribunal, diante da ressaltada inexistência de efeito suspensivo dos recursos eventualmente interpostos.

Ordem denegada”.

(HC n. 32.808/RO, DJ de 1ª.07.2004, de minha Relatoria).

“Processo Penal — Direito de recorrer em liberdade — Apelação defensiva desprovida — Sentença que condiciona a expedição da ordem de prisão ao trânsito em julgado — Possibilidade de alteração pelo Tribunal **a quo** — Interposição de recursos excepcionais — Inexistência de efeito suspensivo — Execução provisória da condenação — Violação ao princípio da presunção de inocência — Inocorrência — Convenção americana sobre direitos humanos — Compatibilidade — Ordem denegada.

— **In casu**, ao contrário do aduzido pelos impetrantes, o Juiz sentenciante não condicionou a expedição do mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, apenas assegurando aos pacientes o direito de recorrerem em liberdade da decisão proferida por ele; ou seja, o que foi concedido aos réus foi o direito de apelar em soltos. Não houve, desse modo, qualquer vinculação da prisão ao esgotamento de todos os recursos possíveis.

— Por outro lado, mesmo que o Magistrado Singular tivesse vinculado a segregação dos condenados após a ocorrência da coisa julgada, o Tribunal revisor não está adstrito a tal determinação, podendo modificá-la — para que seja expedida a ordem de prisão — caso negue provimento ao recurso defensivo, sem que tal hipótese caracterize **reformatio in pejus**. Isso porque o acórdão, ao confirmar a condenação, substitui a sentença nas partes que lhe forem contrárias. Precedentes do STF e do STJ.

— *Destarte, como os réus foram condenados em primeiro grau e tiveram suas condenações confirmadas pelo Tribunal a quo, nada impede que as ordens de prisão sejam decretadas quando da ocasião do julgamento denegatório da apelação, especialmente porque os recursos disponíveis a partir desse momento — de natureza excepcional — ainda que admitidos, não possuem o efeito suspensivo, capaz de impedir o regular curso da execução provisória da decisão condenatória. Inteligência da Súmula n. 267 desta Corte.*

— *A prisão do sentenciado antes da sua condenação se tornar definitiva não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual assegura, apenas, que os nomes dos réus não sejam lançados no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.*

— O art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990 não fere a Carta da República, nem foi revogado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, posto que ela não impede a privação antecipada do condenado, se a mesma estiver prevista no Ordenamento Jurídico interno de cada país como é o caso dos autos, que se trata de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

— Ordem denegada.”

(HC n. 31.405/RO, DJ de 1ª.07.2004, Relator Ministro Jorge Scartezzini)

A matéria, inclusive, encontra-se pacificada no âmbito deste Tribunal, conforme se depreende do Enunciado n. 267 da súmula da Corte:

“A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Assim, não há flagrante ilegalidade na expedição do mandado de prisão ora atacado.

Ademais, não obstante ter o Magistrado singular admitido que o réu aguardasse em liberdade o julgamento do recuso (direito este efetivado), a decisão de condicionar a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado do **decisum** não tinha o condão de vincular o entendimento da Corte **ad quem**.

Por outro lado, assiste razão ao impetrante quanto ao direito do paciente de descontar a reprimenda corporal conforme fixado na sentença.

Com efeito, configura-se constrangimento ilegal a submissão do réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime fechado, ainda que provisoriamente, se evidenciado ter sido fixado na condenação o semi-aberto, posteriormente confirmado pela Corte Estadual.

Não se pode, portanto, exceder aos limites impostos ao cumprimento da reprimenda, sob pena de desvio de finalidade da pretensão executória.

O referido entendimento está consolidado, inclusive, no Enunciado n. 716 da súmula do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

“Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Assim, deve ser determinado que o paciente cumpra, imediatamente, a pena no regime fixado, ou, não sendo isto possível, que aguarde a abertura de vaga no semi-aberto em regime aberto, a ser cumprido no estabelecimento legal próprio, se por *al* não estiver preso, ou em regime domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado.

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem, nos termos da fundamentação acima, ratificando a liminar concedida à fl. 24.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 12.646 — MS (2000/0129475-0)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Marilza Lúcia Fortes

Advogados: Evandro Ferreira de Viana Bandeira e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Questão de ordem. Medida cautelar incidental formulada após a admissibilidade de recurso extraordinário e remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Não-conhecimento. Autos devolvidos.

1. O Superior Tribunal de Justiça esgota a prestação da tutela jurisdicional que lhe compete após exercer o juízo de admissibilidade de recurso extraordinário e remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. A partir desse momento processual, não lhe cabe apreciar medidas cautelares destinadas a evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, para emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário.

2. Se a parte entende que há um comprometimento da autoridade da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe mera petição nos autos. A Constituição Federal, em seu art. 105, inciso I, letra f, prevê a reclamação para tal finalidade.

3. Questão de ordem acolhida. Medida cautelar não conhecida. Autos devolvidos ao Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em questão de ordem indicada pelo Sr. Ministro-Relator, não conhecer da medida cautelar, determinando a devolução dos autos ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 09.05.2005

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o presente recurso ordinário em mandado de segurança, deu-lhe provimento para, “reformando o v. acórdão de origem, conceder a ordem e determinar que o nome da impetrante conste na lista de tempo de serviço, para fins de antigüidade, dos Juízes de Entrância Especial, a partir de quando passou a perceber como tal, visando ao acesso ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça daquele Estado”. (Fl. 200)

Contra mencionado acórdão foram manifestados embargos de declaração pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por Sideni Soncini Pimentel, por Marilza Lúcia Fortes e pelo Estado de Mato Grosso do Sul, os dois primeiros não foram conhecidos e os dois últimos restaram rejeitados (fls. 403/425).

Inconformados, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e o Estado de Mato Grosso do Sul interpuseram recurso extraordinário, que, admitidos por esta Corte (fls. 584/587 e 589/592), foram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido distribuídos à Ministra Ellen Gracie (fl. 595).

Em petição protocolizada em 31.01.2005, via fac-símile, dirigida à Ministra Ellen Gracie, a recorrente Marilza Lúcia Fortes relata a abertura de uma vaga de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. No entanto, o Presidente daquele Tribunal publicou decisão na qual designou sessão ordinária prevista para 02.02.2005, “para indicação do magistrado de Entrância Especial para o preenchimento do cargo de desembargador pelo critério de merecimento” (fl. 613).

Aduz a requerente ser esse ato ilegal e abusivo. Defende que, “não podendo mais haver a preterição e, em ocorrendo a possibilidade dela ocorrer com a escolha

de outro magistrado para a vaga pelo critério do merecimento, o ato coloca em risco o exercício do próprio poder do Supremo Tribunal Federal de assegurar contra riscos de prejuízo irreparável a eficácia de suas decisões” (fl. 614). Ao final, requer a concessão de medida cautelar que suspenda o ato de convocação do Tribunal Pleno, até o julgamento definitivo do recurso extraordinário (fls. 610/643).

A Ministra Ellen Gracie, ao entendimento de que se tratava de pleito relativo à observância da autoridade de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, determinou a remessa dos autos a esta Corte (fl. 645).

Na ausência deste Relator em 02.02.2005, que estava representando o Superior Tribunal de Justiça em evento no Rio de Janeiro — RJ, os autos foram encaminhados à Ministra Laurita Vaz, que proferiu decisão constatando a prejudicialidade do pleito, na medida em que, naquele instante, a referida sessão já fora realizada (fl. 650).

Marilza Lúcia Fortes, em petição protocolizada em 02.02.2005, esclarece que a sessão foi realizada, tendo sido escolhido o nome, nomeado e estando somente aguardando o ato de posse, pelo que requereu o aditamento da petição para que a medida cautelar pleiteada alcançasse o ato de escolha, nomeação e posse do escolhido (fl. 653).

O Superior Tribunal de Justiça esgotou a prestação da tutela jurisdicional que lhe competia na presente demanda, que se consumou com a admissibilidade dos recursos extraordinários interpostos e a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

A partir desse momento processual, as medidas cautelares eventualmente destinadas a evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, para emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário devem ser decididas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme as seguintes súmulas:

“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. (Súmula n. 634-STF)

“Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”. (Súmula n. 635-STF)

Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

“Medida cautelar inominada incidental com pedido liminar que visa dar efeito suspensivo a recurso extraordinário já distribuído.

— Esta Turma, ao apreciar a Questão de Ordem na Petição n. 1.414, decidiu que não se aplica, no âmbito desta Corte, em se tratando de medida

cautelar relacionada com recurso extraordinário, o procedimento cautelar previsto nos arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, uma vez que, a propósito, há norma especial de natureza processual — e, portanto, recebida com força de lei pela atual Constituição — em nosso Regimento. Trata-se do inciso IV do art. 21 que determina que se submetam ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

— Assim, petição dessa natureza, na pendência de recurso extraordinário, não constitui propriamente ação cautelar, mas, sim, requerimento de cautelar nesse próprio recurso — embora processado em autos diversos —, e requerimento que deve ser processado como mero incidente do recurso extraordinário em causa.

— Embora o recurso extraordinário verse questão susceptível de controvérsia, não há no caso, até em face de precedentes desta Corte, plausibilidade jurídica do pedido suficiente a justificar a concessão de medida excepcional como é que a liminar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário.

Questão de ordem que se resolve com o indeferimento da medida liminar requerida. (Petição n. 2.127 QO/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 02.02.2001, p. 76.)

Se a parte entende que há um comprometimento da autoridade da decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe mera petição nos autos. A Constituição Federal, em seu art. 105, inciso I, letra f, prevê a reclamação para tal finalidade.

Ainda que superados os óbices mencionados, conforme visto acima, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos presentes autos, assegurou à recorrente, ora requerente, que seu nome conste na lista de antigüidade dos Juízes de Entrância Especial, a partir de quando passou a perceber como tal, visando ao acesso ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça. Não determinou que a próxima vaga existente na Corte Estadual, ainda que pelo critério de merecimento, a ela fosse destinada. Por conseguinte, não há como deferir o pedido formulado, porquanto não se discute o preenchimento da vaga referente ao critério de antigüidade.

Ante o exposto, encaminho a presente questão de ordem no sentido de *não conhecer* da medida cautelar e *determinar a devolução* dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

RECURSO ESPECIAL N. 562.871 — DF (2003/0085826-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: José Alves Rosa

Advogados: Alcides Souza Henriques e outro

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. Servidor público. Nexo de causalidade. Lei n. 10.826/2003. Falta de previsão legal de majoração da pena para o cargo público ocupado pelo agente. Art. 2º, parágrafo único, CP.

Inviável a majoração pretendida com base no art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997, se a situação não está prevista nas hipóteses de aumento de pena da atual lei vigente (art. 20 da Lei n. 10.826/2003). Trata-se de **novatio legis in mellius (lex mitior)**.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público*, com fundamento no art. 105, III, alínea **a**, da **Lex Fundamental**is, em face de v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

O retrospecto dos fatos está bem delineado no juízo provisório de prelibação de fls. 170/171, **verbis**:

“Cuida-se de recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, interposto contra acórdão unânime da Segunda Turma Criminal desta Corte de Justiça, cuja ementa encontra-se vazada nos seguintes termos:

“Apelação criminal. Porte ilegal de arma. Fato previsto como crime. Revogação tácita do art. 21 da LCP. Circunstância atenuante. Pena inferior ao mínimo legal. Sentença parcialmente reformada.

1. A Lei n. 9.437/1997, ao estabelecer condições para o registro e o porte de arma de fogo, definiu como crime o disparo de arma de fogo em local habitado, em via pública ou em direção a ela (inciso III do § 1º do art. 10), restando revogado, tacitamente, o art. 28 da Lei das Contravenções Penais.

2. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. (Súmula n. 231 do STJ) (Fl. 121) (Relator Desembargador Getúlio Pinheiro; DJ de 19.06.2002)

José Alves Rosa foi denunciado como incurso nas penas do art. 10, § 1º, inciso III, e § 4º, da Lei n. 9.437/1997. Finda a instrução, o réu foi condenado a 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, mais multa, pelo crime por que foi denunciado. Esclareça-se que a pena imposta foi substituída por restritiva de direitos. Inconformados, tanto o acusado como o Ministério Público apelaram. A Segunda Turma Criminal, então, negou provimento ao recurso do réu e proveu o do Ministério Público para deixar de aplicar à pena a atenuante do art. 65, inciso III, alínea **d**, posto que a pena fora fixada no mínimo legal. Na ocasião, o Colegiado manteve o aumento da reprimenda em 06 (seis) meses de detenção, ante o disposto no § 4º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997. Foram opostos embargos de declaração, que restaram providos para excluir a qualificadora do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997.

Irresignado, o *Parquet* recorre especialmente alegando que o aresto resistido contrariou o art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. Sustenta, para tanto, que, para que incida a majorante prevista no dispositivo citado basta que o disparo de arma de fogo em via pública seja feito por servidor público, sem que haja necessidade donexo de causalidade entre a conduta (disparo) e a condição de servidor público do autor, como entendeu o acórdão impugnado.

O recorrido ofertou contra-razões ao apelo nobre nas fls. 165/167.

II - A irresignação é tempestiva, as partes são legítimas e está presente o interesse em recorrer.

Análise, a seguir, os requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial.

A alegada violação ao art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997, merece seguimento, pois a tese defendida pelo *Parquet* é plausível, a questão é de direito e foi prequestionada. Assim sendo, o recurso deve ser submetido ao egrégio Superior Tribunal de Justiça.

III - Ante o exposto, defiro o processamento do recurso especial” (fls. 170/171).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 175/178, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A súplica desmerece acolhida.

Esta Corte vinha entendendo, reiteradamente, que a incidência da majorante prevista no art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997 não estava condicionada à existência de nexo de causalidade entre a função pública do agente e o evento criminoso, bastando, para tanto, a condição de servidor público.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Penal. Agravo regimental no agravo de instrumento. Prefeito Municipal. Porte ilegal de arma. Omissão e nulidade. Inexistência. Violação ao art. 29, inciso XIII, da Lei n. 8.625/1993. Não reconhecida. Art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. Servidor público. Causa de aumento de pena. Incidência.

1. Decisão que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

2. Não se reconhece a alegada violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, uma vez que o Recorrente não esclareceu de maneira específica, ponto a ponto, quais os assuntos, objeto da irrisignação recursal, que não foram debatidos pela Corte de origem.

3. ‘A criação de grupo especializado por meio de resolução do Procurador-Geral da Justiça, com competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não ofende o art. 29, IX, da Lei n. 8.625/1996, nem o princípio do Promotor Natural’. (REsp n. 495.928/MG, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.02.2004)

4. Para incidir a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997 basta a condição de servidor público, sendo dispensada a

existência de nexo de causalidade entre o cargo e o evento criminoso. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 550.168/MG, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 02.08.2004)

“Recurso especial. Porte ilegal de arma do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. Servidor público. Causa de aumento de pena. Incidência.

1. Para incidir a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997 basta a condição de servidor público, sendo dispensada a existência de nexo de causalidade entre o cargo e o evento criminoso. Precedentes.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 421.067/MS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 16.02.2004)

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. Menor potencial ofensivo. Arts. 61 e 89 da Lei n. 9.099/1995. Revogação pela Lei n. 10.259/2001. Súmula n. 243-STJ. Porte ilegal de arma. Incidência da causa de aumento de pena.

I - A Lei n. 10.259/2001, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de *infração de menor potencial ofensivo*, alcança o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995. Todavia, tal alteração não afetou o patamar para o *sursis* processual, que continua sendo disciplinado pelos preceitos inscritos no art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (Precedentes).

II - ‘O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano’. (Súmula n. 243-STJ)

III - ‘O § 4º da Lei n. 9.437/1997 não condiciona que a causa de aumento de pena seja determinada pela prática do delito em razão da função ou de o agente ter se valido do fato de ser servidor público’. (REsp n. 476.461/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ de 29.09.2003, p. 314)

Recurso desprovido.” (RHC n. 15.400/DF, Quinta Turma, DJ de 31.05.2004)

“Criminal. REsp ministerial e defensivo. Porte ilegal de arma. Promotor de Justiça. Incidência da causa de aumento. Contrariedade a dispositivo de Lei Estadual. Não-conhecimento. Necessidade de registro da arma e impossibilidade de

porte de arma de uso restrito das Forças Armadas. Ofensa ao duplo grau de jurisdição. Inocorrência. Execução. Regime prisional fechado impropriamente fundamentado na gravidade do crime. Circunstâncias judiciais favoráveis. Primariedade e ausência de maus antecedentes. Direito ao regime aberto. Recurso ministerial conhecido e provido. Recurso da defesa parcialmente conhecido e parcialmente provido.

I - O § 4º da Lei n. 9.437/1997 não condiciona que a causa de aumento de pena seja determinada pela prática do delito em razão da função ou de o agente ter se valido do fato de ser servidor público. Precedente.

II - Não se conhece de recurso especial que verse sobre direito local, de acordo com o teor da Súmula n. 208-STF.

III - A circunstância de o réu ser Promotor de Justiça não o exime do registro da arma que pretende portar e nem mesmo o autoriza a portar instrumento de uso proibido ou restrito pela lei.

IV - Tendo sido o réu julgado pelo Tribunal de Justiça, em virtude de prerrogativa de foro, não há que se falar em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. Precedente do STF.

V - Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis — como primariedade e ausência de maus antecedentes — na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime semi-aberto com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

VI - Recurso ministerial que deve ser conhecido e provido, no sentido de que outra decisão seja proferida, com a aplicação da causa de aumento de pena prevista pelo § 4º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997.

VII - Irresignação da defesa que merece ser conhecida e parcialmente provida, para que se determine o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente.

VIII - Recurso ministerial conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.

IX - Recurso da defesa parcialmente conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.” (REsp n. 476.461/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 29.09.2003).

“Penal. Processual. Porte ilegal de arma. Servidor público, aumento de pena. Suspensão condicional do processo. Não aplicação. **Habeas corpus**. Recurso.

1. O que determina o aumento de pena, nos termos da Lei n. 9.437/1997, é a simples condição de servidor público, não exigindo, a lei, qualquer nexo de causalidade entre a função e o evento criminoso.

2. Eventual atenuante, quando presente, deve ser analisada pelo Juiz, na aplicação da pena, e não pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia.

3. Computada a causa de aumento da pena, e ultrapassados os limites da Lei n. 9.099/1995, art. 89, não se verifica o constrangimento ilegal alegado.

4. Recurso em **habeas corpus** conhecido, mas não provido.” (RHC n. 11.991/PB; Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 22.04.2002)

Todavia, com o advento da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) — que, diga-se de passagem, revogou a Lei n. 9.437/1997 —, a majoração da pena em decorrência do simples fato de o agente ocupar cargo de servidor público deixou de ser genérica (§ 4º, art. 10, Lei n. 9.437) para ser específica (art. 20, Lei n. 10.826/2003). Como a função pública exercida pelo ora recorrido (motorista de empresa pública — Geipot) não está no rol das hipóteses de majoração prevista na lei vigente (Lei n. 10.826/2003), não há que incidir a aumento previsto no art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/1997. Trata-se de hipótese de **novatio legis in melius** ou **lex mitior**.

Reza o art. 2º, parágrafo único, do CP, **verbis**:

“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Diante dessas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 15.759 — SP (2004/0022179-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrentes: Vagner da Costa e outro

Advogados: Vagner da Costa e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Valéria Maria Alves de Queiróz (presa)

EMENTA

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Processual Penal. Crime de falsificação de documento público. Condenação. Pena cominada inferior a quatro anos. Fixação do regime prisional fechado. Possibilidade. Ré, reconhecidamente na sentença, reincidente e portadora de maus antecedentes. Negativa do direito de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP. Constrangimento ilegal não evidenciado. Precedentes do STF e STJ.

1. O juízo sentenciante, ao individualizar a dosimetria da pena, respeitou de forma escorreita o disposto nos arts. 33, § 3º, e 59, ambos do Código Penal, com o devido exame das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso e consideradas desfavoráveis à paciente.

2. Não há, portanto, que se falar em desrespeito à norma contida no art. 33, § 3º, do Código Penal, porquanto o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que é possível a fixação do regime inicial fechado ao réu reincidente cuja pena cominada tenha sido inferior a quatro anos. Precedentes do STJ.

4. A exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Aplicação, **in casu**, do Enunciado da Súmula n. 09 do STJ.

5. Não é possível conceder o benefício do apelo em liberdade à paciente reincidente e portadora de maus antecedentes, circunstâncias categoricamente reconhecidas na sentença penal condenatória, não obstante, tenha respondido o processo em liberdade, a teor do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ.

6. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Wagner da Costa, em favor de Valéria Maria Alves de Queiróz, condenada à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de falsificação de documento público, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao denegar o *writ* originário, manteve o regime prisional imposto na sentença condenatória e negou-lhe o direito de apelar em liberdade (fls. 78/80).

O Recorrente alega, em suma, ilegalidade na fixação do regime carcerário e, também, que “deve ser conferido à paciente o direito de apelar em liberdade, haja vista que o crime pelo qual foi condenada não causa temor à sociedade, além de não ter sido cometido com violência ou grave ameaça” (fl. 89).

Contra-razões oferecidas às fls. 93/96.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

“Recurso em **habeas corpus**. Alteração de documento público verdadeiro. Sentença condenatória. Alteração. Regime prisional. Reincidência. Péssimos antecedentes criminais. Impossibilidade de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP.

— Na fixação de regime prisional, nos termos do art. 33 e parágrafos, do Código Repressivo, além do aspecto objetivo relacionado com a quantidade da pena, o Juiz deve considerar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo Diploma, daí a impossibilidade de sua alteração através do **habeas corpus**, onde não se permite exame aprofundado de prova, tanto mais se a sentença está devidamente motivada.

— Se a ré, além de lhe serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é *reincidente*, assim reconhecido na sentença condenatória, deve iniciar o cumprimento da pena de reclusão em regime fechado, embora seja esta inferior a quatro anos (art. 33, § 2^a, **b** e **c**, do Código Penal).

— Somente se reconhece a possibilidade de apelo em liberdade ao condenado primário e de bons antecedentes, condições vinculadas e indissociáveis. No caso **sub judice**, o magistrado, examinando as circunstâncias judiciais, ressaltou que a ré, além de reincidente, é portadora de maus antecedentes e personalidade delitiva.

— Parecer pelo improvimento do recurso.” (Fls. 102/108)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A pretensão recursal não merece acolhida.

Infere-se dos autos que o Recorrente aduz, em suma, que a paciente foi condenada a 03 (três) anos e 04 (meses) de reclusão e, assim, o regime inicial de cumprimento da pena deveria ser o semi-aberto, sendo-lhe, entretanto, imposto o regime inicial fechado.

Razão, todavia, não lhe assiste.

O Juízo de Direito da 27^a Vara Criminal da Comarca de São Paulo, ao individualizar a dosimetria da pena, respeitou de forma escoreita o disposto nos arts. 33, § 3^o, e 59, ambos do Código Penal, *com o devido exame das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso e consideradas desfavoráveis à paciente, in verbis:*

“(…)

Configurando, pois, o delito, passo a calcular a pena.

Os réus contam com diversos antecedentes criminais registrados, demonstrativos de *personalidade desviada para o crime*, pelo que, e diante da falta de outras circunstâncias relevantes, fixo a pena no mínimo acrescido de 1/6.

(…)

Tendo em vista a *reincidência* e os *maus antecedentes*, estabeleço o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, e deixo de lhes conceder o benefício de recorrerem soltos.” (Fls. 23/24) (grifei)

Não há, portanto, que se falar em desrespeito à norma contida no art. 33, § 3^o, do Código Penal, porquanto o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que é possível a fixação do regime inicial fechado *ao réu reincidente* cuja pena cominada tenha sido inferior a quatro anos.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

“Ementa: Penal. Regime prisional. Pena inferior a quatro anos. Reincidência. Péssimos antecedentes. Restabelecimento. Regime fechado. Fixação. Sentença monocrática.

1. Não há impedimento à fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena inferior a quatro anos do réu reincidente, desde que tenha condições pessoais favoráveis, hipótese não caracterizada na espécie em face dos maus antecedentes. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a r. sentença monocrática quanto ao regime prisional.” (REsp n. 327.026/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 07.04.2003)

“Ementa: Penal. Processual Penal. Recurso especial. Furto. Pena inferior a 4 (quatro) anos. Réu reincidente. Péssimos antecedentes. Regime fechado fixado na sentença. Legalidade. Precedentes. Recurso provido.

I - Não há óbice à fixação de regime fechado, se o julgador considera e valora os maus antecedentes e a reincidência específica em crime doloso do agente.

II - Precedentes.

III - Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição, quanto ao regime de cumprimento da pena.” (REsp n. 328.190/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 03.02.2003)

“Ementa: Recurso especial. Penal. Furto qualificado. Réu reincidente. Péssimos antecedentes criminais. Regime prisional fechado. Art. 33, § 2º, CP. Precedentes.

Conforme precedentes, da interpretação das alíneas do § 2º do art. 33 do CP, ao réu reincidente deve ser fixado o regime inicial fechado, independentemente da pena aplicada.

Recurso provido.” (REsp n. 293.883/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 1º.07.2002)

Por fim, cumpre ressaltar que, ao contrário do que sustenta o Recorrente, “a exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” — aplicação, **in casu**, do Enunciado da Súmula n. 09 do STJ.

Ademais, não é possível conceder o benefício do apelo em liberdade à paciente reincidente e portadora de maus antecedentes, circunstâncias *categoricamente* reconhecidas na sentença penal condenatória, não obstante, tenha respondido o processo em liberdade, a teor do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão:

“Ementa: Recurso ordinário. Direito de apelar em liberdade. Falta de fundamentação. Réu que respondeu solto ao processo criminal. Reincidência reconhecida pela sentença. Ordem denegada.

O benefício de que trata o art. 594 do CPP, não alcança o paciente reincidente, assim proclamado no decreto condenatório, devendo recolher-se à

prisão para recorrer, ainda que tenha aguardado o julgamento da ação penal em liberdade.

Precedentes.

Recurso desprovido.” (RHC n. 13.692/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.10.2003)

“Ementa: **Habeas corpus** — Ausência de fundamentação da sentença — Inocorrência — Direito de apelar em liberdade — Furto qualificado — Réu reincidente.

— O fato de o réu, condenado pela prática de furto qualificado, haver respondido ao processo em liberdade, não obsta sua prisão em decorrência da sentença quando constatado ser reincidente.

— Precedentes.

— Ordem denegada.” (HC n. 25.710/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 29.09.2003)

Com efeito, está suficientemente fundamentada a restrição de que se insurge o Recorrente, mormente no que diz respeito à reincidência, havendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal declarado a plena compatibilidade entre indigitado dispositivo e a atual Constituição da República.

Acrescente-se, ainda, que o art. 594 do Código de Processo Penal, não foi revogado pela atual Carta Magna, ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, inciso LVII), porquanto a própria Constituição autoriza tal prisão, na forma da lei, decretada por autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI).

Veja-se, nessa esteira, os seguintes precedentes do Pretório excelso:

“Ementa: Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Apelação. Direito de apelar em liberdade. Maus antecedentes. CPP, art. 594.

I - Não tem direito de apelar em liberdade o réu que, além de possuir maus antecedentes, foi preso em flagrante e nessa condição permaneceu durante toda a instrução criminal.

II - HC indeferido.” (HC n. 82.429/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 21.03.2003)

“Ementa: Recurso em **habeas corpus**. — Aplicação, no caso, do art. 594 do Código de Processo Penal, que, conforme o entendimento de ambas as Turmas desta Corte, não foi revogado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes do STF Recurso a que se nega provimento.”

(RHC n. 81.946/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 16.08.2002)

“Ementa: Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Questões novas. Apelação. Direito de recorrer em liberdade. Maus antecedentes. CPP, art. 594.

I - Por conter questões novas, não apreciadas pelo Tribunal **a quo**, o **habeas corpus** não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

II - O juiz, na avaliação dos antecedentes do réu, não fica sujeito às informações sobre a sua vida pregressa, vale dizer, se já foi preso ou respondeu a inquéritos policiais ou processos judiciais anteriormente, podendo, à vista das circunstâncias do crime e de sua personalidade, medir seu grau de periculosidade e concluir não ter ele bons antecedentes, assim sem o direito de apelar em liberdade. Precedentes do STF

III - HC conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido.” (HC n. 81.183/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 12.04.2002)

Ementa: **Habeas corpus**. Direito de recorrer em liberdade. Indeferimento. Decisão fundamentada. Art. 594 do Código de Processo Penal. Preceito não revogado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

1. Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público. Provimento para submeter o paciente a novo julgamento, pelo Júri, sem o direito de recorrer em liberdade. Questão superada pelo advento da sentença condenatória que vedou esse direito em decisão fundamentada.

2. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que o art. 594 do Código de Processo Penal não foi revogado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que instituiu o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Precedentes.

Habeas corpus prejudicado.” (HC n. 80.548/PE, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001)

“Ementa: **Habeas corpus**. Furto qualificado. Recolhimento do réu à prisão, como condição para interpor recurso de apelação: constitucionalidade do art. 594 do CPP retratação do juízo de admissibilidade do apelo.

Sentença condenatória que, em face dos antecedentes criminais, ordena o recolhimento do réu à prisão como condição para apelar (art. 594 do CPP). Apelação recebida pelo Juiz sem observância desta exigência.

1. O art. 5º, LVII, da Constituição, ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, não revogou o art. 594 do CPP, segundo o qual “o réu não poderá apelar sem

recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, ..." A Constituição autoriza tal prisão, "desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente", na forma da lei (art. 5º, LXI).

2. É possível a retratação do juízo positivo de admissibilidade da apelação, desde que impugnado antes de ocorrer a preclusão. Precedentes.

Habeas corpus conhecido, mas indeferido." (HC n. 71.442/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1ª.10.1999)

"Ementa: **Habeas corpus**. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594 do Código de Processo Penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. **Habeas corpus** denegado e cassada a medida liminar." (HC n. 72.366/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 26.11.1999)

Ementa: Direito de apelar em liberdade justificadamente recusado, em especial no que diz respeito à reincidência, não sendo incompatível, com a Constituição, o disposto no art. 594 do Código de Processo Penal. " (HC n. 73.866/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ de 31.10.1996)

Ementa: **Habeas corpus** — Apelação criminal — Acusado reincidente e possuidor de maus antecedentes — Necessidade de recolher-se à prisão (CPP, art. 594) — Exigência compatível com o princípio da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) — Pedido indeferido.

— Somente o réu primário e de bons antecedentes tem o direito público subjetivo de recorrer em liberdade (RTJ 109/942).

— A exigência de submissão do condenado à prisão provisória, para efeito de interposição do recurso de apelação criminal, não vulnera o princípio constitucional da não-culpabilidade consagrado pelo art. 5º, LVII, da Carta Política." (HC n. 71.053/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 10.06.1994)

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** impetrado contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou *writ* ali impetrado em favor da paciente, por intermédio do qual se pretendia a modificação de regime prisional fixado em sentença condenatória de primeiro grau, bem como a garantia do direito de a ré apelar em liberdade.

A ilustre Ministra-Relatora Laurita Vaz denegou a ordem, sendo seu entendimento sintetizado na seguinte ementa:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Processual Penal. Crime de falsificação de documento público. Condenação. Pena cominada inferior a quatro anos. Fixação do regime prisional fechado. Possibilidade. Ré, reconhecidamente na sentença, reincidentes e portadora de maus antecedentes. Negativa do direito de apelar em liberdade. Constrangimento ilegal não evidenciado. Precedentes do STJ.

1. O juízo sentenciante, ao individualizar a dosimetria da pena, respeitou de forma escorreita o disposto nos arts. 33, § 3º, e 59, ambos do Código Penal, com o devido exame das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso e consideradas desfavoráveis à paciente.

2. Não há, portanto, que se falar em desrespeito à norma contida no art. 33, § 3º, do Código Penal, porquanto o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que é possível a fixação do regime inicial fechado ao réu reincidente cuja pena cominada tenha sido inferior a quatro anos. Precedentes.

3. A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Aplicação, **in casu**, do enunciado da Súmula n. 09 do STJ.

4. Não é possível conceder o benefício do apelo em liberdade à paciente reincidente e portadora de maus antecedentes, circunstâncias categoricamente reconhecidas na sentença penal condenatória, não obstante, tenha respondido o processo em liberdade, a teor do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal. Precedentes.

5. Recurso desprovido.”

Pedi vista dos autos para melhor examinar a controvérsia.

Acompanho a ilustre Ministra-Relatora.

De fato, nada obsta a determinação de regime inicialmente fechado, **in casu**, ante a verificação de ser a ré não somente portadora de maus antecedentes, como, também, reconhecidamente reincidente.

Cumpra anotar, ainda, que, de acordo com o § 2º do art. 33 do Código Penal, proíbe-se ao réu reincidente a fixação do regime aberto, em qualquer caso, especialmente se considerado que o mesmo é portador de maus antecedentes.

Da mesma forma, não obstante a paciente ter respondido o processo em liberdade, em razão das circunstâncias anteriormente apontadas, tem-se a incidência da Súmula n. 09 desta Corte, no sentido de que a custódia provisória para recorrer não ofende à garantia da presunção da inocência.

Diante do exposto, acompanho a Relatora, para desprover o recurso.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 16.984 — SP (2004/0170870-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Gillys Esquitini Scrocca

Advogado: Asdrubal Pedroso Neto

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Art. 329, § 1º, do Código Penal. Incompetência. Trancamento da ação penal. Justa causa.

I - “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.” (Enunciado n. 147 da Súmula desta Corte).

II - “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, **a**, do Código de Processo Penal.” (Enunciado n. 122 da Súmula desta Corte).

III - O trancamento da ação penal 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. (Precedentes).

IV - A ausência de justa causa só pode ser reconhecida pela via eleita, se perceptível de imediato com dispensa ao minucioso cotejo do material cognitivo. Se é discutível a caracterização de eventual ilícito criminal, não há que se trancar a ação penal por ausência de justa causa. (Precedentes).

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 08 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 18.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** impetrado em favor de Gillys Esquitini Scrocca, atacando v. acórdão proferido pela colenda Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, no *Writ* n. 2003.03.00.071559-0.

Retratam os autos que o paciente foi denunciado perante o Juízo da Terceira Vara da Nona Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, como incurso no art. 329, § 1º, c.c. o art. 29, **caput**, do Código Penal. Irresignada, a defesa impetrou **mandamus** perante o egrégio Tribunal **a quo**, no qual se aduziu incompetência da Justiça Federal, inépcia da peça acusatória e imperiosidade do trancamento da ação penal por falta de justa causa. A ordem foi denegada.

Tem-se na ementa do v. julgado:

“Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Crime de desacato praticado contra delegado de polícia federal. Ofensa à honra do servidor e à própria instituição. Competência da Justiça Federal. Súmula n. 147 do STJ. Elementares do crime de resistência. Vítima no exercício de suas funções. Matéria de prova não admitida em sede do writ. Alegação de inépcia da denúncia por falta de especificação da conduta do paciente. Afastada. Nulidade da decisão

que recebeu a exordial acusatória, por ausência de fundamentação. Inocorrência. Legalidade da decisão. Alegação de que o paciente não praticou o crime pelo qual foi denunciado. Afastada. Matéria que reclama exame de provas. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. Em princípio, a competência para processar e julgar o crime é aferida de acordo com a narrativa posta na denúncia, vale dizer, com abstração de possibilidades, **in statu assertionis**.

2. Compete à Justiça Federal processar e julgar crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função. Súmula n. 147 do STJ.

3. A alegação de que, no caso dos autos, a vítima não se encontrava no exercício de suas atribuições funcionais não pode ser apreciada, por ser matéria que depende do aprofundado exame de provas, inadmissível na angusta via do **habeas corpus**.

4. É apta a denúncia que contenha a imputação do fato típico e que permita o exercício do direito de defesa, não se podendo exigir que estampe tamanho grau de minúcias que inviabilize a acusação.

5. A decisão que recebe a denúncia, por ser ato de cognição sumária — um juízo preliminar de mera delibação acerca da admissibilidade da acusação —, pode vir fundamentada de maneira sucinta. Alegação de nulidade afastada, uma vez que da decisão objurgada depreende-se, de forma clara, a **ratio decidendi** da autoridade impetrada.

6. A alegação de que o paciente não praticou o crime pelo qual foi denunciado, não pode ser apreciada na estreita via do **habeas corpus**, por tratar-se de matéria que, no caso **sub examen**, exige a detida análise de provas.

7. O trancamento da ação penal, em sede de **habeas corpus**, só é possível quando restar comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa extintiva de punibilidade ou a evidente falta de justa causa, hipóteses não ocorrentes **in casu**.

8. Ordem denegada” (fls. 417/418).

Daí o presente recurso, pelo qual se sustenta em síntese: 1) que a Justiça Federal é incompetente para processar e julgar a ação penal que tramita em desfavor do paciente; e 2) que a ação penal deve ser trancada por falta de justa causa.

Sem contra-razões.

Admitido o recurso (fl. 442), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovimento do reclamo (fls. 449/454).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Alega-se no presente recurso, em síntese: 1) que a Justiça Federal é incompetente para processar e julgar a ação penal que tramita em desfavor do paciente; e 2) que a ação penal deve ser trancada por falta de justa causa.

O apelo não merece ser provido.

Para melhor delimitar a **questio** ora em análise, transcrevo o inteiro teor da peça acusatória, **in verbis**:

“O Ministério Público Federal, pelo Procurador da República infra-assinado, no exercício de suas atribuições legais e constitucionais, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, oferecer *denúncia* em face de *José Carlos de Castro*, brasileiro, casado, advogado, filho de José Hélio de Castro e de Maria da Glória Nogueira de Castro, nascido aos 11.01.1959, portador da cédula de identidade — RG n. 13.774.350-SSP/SP residente na Rua Silva Jardim, n. 213, Bairro Alto, em Piracicaba — SP;

Gillys Esquitini Scrocca, brasileiro, Delegado de Polícia, de qualificação não informada nos autos, podendo ser encontrado na Delegacia Seccional de Polícia de Piracicaba, situada na Avenida Itália, 213, Cidade Jardim, neste Município;

Luis Virgílio Caramanti, brasileiro, casado, Delegado de Polícia, filho de Antonio Caramanti e de Helena Gerola Caramanti, nascido aos 30.05.1958, portador da cédula de identidade — RG n. 11.398.777, podendo ser encontrado na Delegacia Seccional de Polícia de Piracicaba, situada na Avenida Itália, n. 213, Cidade Jardim, neste Município; tendo em vista os fatos delituosos a seguir narrados:

Consta dos cadernos apuratórios epigrafados que, na data de 1^a.09.2001, no interior da Delegacia Seccional de Polícia de Piracicaba, sita na Avenida Itália, n. 213, Bairro Cidade Jardim, neste Município, por volta das 14 horas, o denunciado José Carlos de Castro desacatou a honra funcional do Delegado de Polícia Federal Carlos Fernando Lopes Abelha, quando o mesmo ali se encontrava com o fito de registrar ocorrência em razão de crime contra as relações de consumo praticado no ‘Hipermercado

Carrefour', localizado na Rua Ruy Teixeira Mendes, n. 300, Bairro Glebas Califórnia, em Piracicaba—SP

Segundo o apurado, Carlos Fernando Lopes Abelha dirigiu-se no dia anterior aos fatos na companhia de seus familiares ao mencionado estabelecimento comercial objetivando adquirir, dentre outras mercadorias, óleo comestível de girassol, marca 'Carrefour', anunciado em folheto de propaganda veiculado pelo hipermercado a razão de R\$ 0,69 (sessenta e nove centavos de real) a unidade (fl. 23).

Não encontrando referida mercadoria e informado de que a mesma encontrar-se-ia à disposição dos consumidores no dia seguinte, retornou ao estabelecimento na data de 1^a.09.2001, não logrando êxito, todavia, no seu intento, tendo sido alertado pelo gerente do respectivo setor, de nome Cícero Pereira Dino (fl. 67 dos Autos n. 2002.61.09.0029590-0), de que a mercadoria não seria fornecida pelo preço anunciado, e que nem ao menos o hipermercado a possuía em estoque, devido a um erro na impressão do preço do produto no jornal de anúncio de promoções.

Constatando lesão ao seu interesse de consumidor e advertido pelo gerente Cícero de que fosse 'buscar seus direitos', porquanto a aquisição pretendida não seria efetivada da maneira ofertada ao público, a vítima solicitou por telefone a presença de uma viatura policial, no intuito de identificar a pessoa do referido gerente visando subsidiar **notitia criminis** a ser levada ao conhecimento da autoridade policial competente, bem ainda do oficial de dia, o 2^a tenente da Polícia Militar Décio Pereira da Silva (fls. 216/217).

Após a vinda dos policiais e tendo o mencionado tenente Décio Pereira da Silva constatado a falta do produto anunciado, dirigiram-se todos os envolvidos ao plantão na Delegada de Polícia Seccional de Piracicaba para registro da ocorrência. Nessa Delegacia, a autoridade policial de plantão, qual seja, o denunciando *Gillys*, foi informado acerca do ocorrido por Carlos Fernando Lopes Abelha, pelo Tenente Décio e pelo Procurador da República, Dr. Osvaldo Capelari Júnior, o qual, tomando conhecimento a respeito dos fatos envolvendo o Delegado da Polícia Federal especialmente designado para atuar em força-tarefa neste Município em questões afetas a fraudes contra a Previdência Social, dirigiu-se àquela Delegacia de Polícia Civil.

Encontrando-se tais autoridades no gabinete do denunciando *Gillys*, adentrou no recinto abruptamente o denunciando *José Carlos*, dizendo-se advogado do "Hipermercado Carrefour", o qual passou a pronunciar expressões ofensivas à honra funcional do Delegado de Polícia Federal Carlos Fernando

Lopes Abelha. Com o dedo em riste apontado à vítima, aparentando estar embriagado, segundo informou uma das testemunhas presenciais (fls. 156/160), disse-lhe: “... você é delegado das suas negas”; “... você não é delegado merda nenhuma, pois eu reconheço aqui dentro só autoridade do delegado estadual”, “...delegado de merda e a polícia federal inteira”; “... vou processar você, seu bosta”; “... você não é nada; vou arrumar cadeia para você”; “... vou até Brasília te foder”; “... já fodi um deputado federal e foder você vai ser mole...”, expressões estas relatadas pelas testemunhas presenciais de fls. 156/160, 188/190, 216/217 destes autos e fls. 69/71 dos Autos n. 2002.61.09.002950-0.

Ato contínuo, consta que o denunciando *Gillys* “deu voz de prisão” ao denunciando *José Carlos*, a qual foi ratificada pela vítima do desacato, tendo sido determinada a retirada do autor do delito daquele gabinete mediante reforço policial, fato que não logrou intimidá-lo, eis que continuou a proferir outras palavras de baixo calão, denegrindo a honra funcional da vítima, bem como da instituição à qual pertence.

Após o ocorrido, chegaram até a Delegacia Seccional dois Delegados de Polícia assistentes do delegado titular, dentre os quais o denunciado *Luis Virgilio*, os quais entraram no gabinete do Delegado plantonista e, às portas fechadas, permaneceram conversando sobre os fatos. Após, foi solicitado o ingresso da vítima no recinto, tendo sido a mesma informada de que nenhuma providência seria adotada com relação ao denunciado *José Carlos*, mormente a ratificação da determinação de prisão em flagrante, circunstância contra a qual se insurgiu a vítima, porquanto havia ocorrido o crime de desacato que atingira a sua honra funcional. Alertou então a vítima Carlos Fernando Lopes Abelha que lavraria o respectivo termo nas dependências da Procuradoria da República em Piracicaba, porquanto se havia configurado desacato que atingira a sua honra funcional.

Consta que, ato contínuo, com relação à referida pretensão da vítima Carlos Fernando Lopes Abelha, opuseram-se, agindo em concurso e unidade de desígnios, as autoridades policiais denunciadas, *Luis Virgilio* e *Gillys*, mediante a ameaça de que, se a vítima procedesse à prisão do denunciando José Carlos, seria detido em flagrante por crime de seqüestro, impedindo, assim, a execução do ato, auxiliados pelo reforço policial solicitado através de viaturas que procederam ao cerco da Delegacia Seccional de Polícia, no intuito de evitar que a prisão do advogado se realizasse.

Os inquéritos policiais em apreço dão conta, ademais, que o denunciado *José Carlos* deu causa à instauração de inquérito policial contra a pessoa de

Carlos Fernando Lopes Abelha, conforme portaria datada de 16 de novembro de 2001 (fls. 02/03 dos Autos n. 2002.61.09.002950-0, em apenso, autuado sob n. 51/2001 junto à Delegacia Seccional de Polícia de Piracicaba), a partir da delação de que a autoridade desacatada esteve presente no citado hipermercado, na qualidade de Delegado da Polícia Federal, para defender seu irmão, o qual efetivamente estaria interessado na compra da mercadoria so-negada. Com efeito, imputou-lhe a prática de crime de abuso de autoridade do qual sabia ser o mesmo inocente, pois já havia declarado nos autos do Inquérito Policial n. 755/2002, em trâmite perante a egrégia 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba — SP, instaurado para apuração do delito contra o consumidor, seu conhecimento quanto ao fato de que a vítima encontrava-se no referido estabelecimento na condição de consumidor, e não como autoridade policial federal (fls. 349/352 daqueles autos).

Com os comportamentos acima descritos, incidiram os denunciados *Gillys* e *Luiz Virgilio* nas penas do delito de *resistência*, previsto no art. 329, § 1º, do Código Penal, atribuindo-se ao denunciado *José Carlos* as práticas delitivas de *desacato* e de *denúnciação caluniosa*.

Diante do exposto, o Ministério Público Federal denuncia a Vossa Excelência *Gillys Esquitini Scrocca* e *Luis Virgilio Caramanti* como incurso nas sanções do art. 329, § 1º, c.c. art. 29, **caput**, ambos do Código Penal, e *José Carlos de Castro* como incurso nas penas dos arts. 331 e 339, **caput**, do Código Penal, em concurso material de crimes, requerendo sejam os mesmos citados, interrogados e legalmente processados e inquirindo-se, no sumário da culpa, as testemunhas a seguir relacionadas” (fls. 15/20).

Quanto à tese de incompetência da Justiça Federal, aduz primeiramente o impetrante que o delito em escopo (art. 329, § 1º, do CP), nos termos do art. 109 da Carta Magna, não é da competência da Justiça Federal.

Com efeito, da leitura da peça acusatória observa-se que a vítima foi ofendida em razão do cargo que exercia (Delegado de Polícia Federal), razão pela qual deu voz de prisão ao agressor, que só não foi cumprida, *ao que consta do mencionado documento*, em razão da oposição que foi feita pelo paciente e seu co-réu Luis Virgilio Caramanti.

Desta forma, é de ser aplicada à espécie o Enunciado n. 147 da Súmula desta Corte:

“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.”

Por outro lado, ainda que se entendesse que somente o delito de desacato (art. 331 do CP), pelo qual o ofensor das palavras injuriosas, em tese, praticou, fosse de competência da Justiça Federal, incidiria ainda assim na espécie o Enunciado n. 122 da súmula do STJ.

“Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, **a**, do Código de Processo Penal.”

Aduz o impetrante, por outro lado, que o paciente estava de folga quando dos fatos.

Quanto a esse fundamento, melhor sorte não lhe socorre, tendo em vista que a ofensa, conforme já mencionado, ocorreu *em razão do cargo público que esse ocupa*, motivo pelo qual foi dada voz de prisão ao suposto agressor.

Também não restou demonstrado que a Polícia Federal de Campinas — SP não teria atribuição para investigar os fatos ora narrados, tendo em vista que o v. acórdão reprochado ressaltou que “a cidade de Piracicaba está compreendida nos limites da circunscrição policial federal de Campinas” (fl. 410).

No que se refere ao pleito de trancamento da ação penal, sustenta o impetrante que a conduta é atípica.

Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte tem se pronunciado no sentido de que o trancamento da ação penal por falta de justa causa somente é possível quando se constata, **prima facie**, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de exclusão de culpabilidade, ou ainda a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito.

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Crimes contra a honra. Concurso material. Transação penal. Suspensão condicional do processo. Imunidade judiciária. Trancamento da ação penal.

I - No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de apresentação da proposta de transação penal (Lei n. 9.099, art. 76), será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um período de apenamento superior a 2 (dois) anos, fica afastada a possibilidade de aplicação do benefício da transação penal.

II - “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, ou seja pelo somatório,

seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de (01) ano.” (Súmula n. 243-STJ)

III - A ofensa à honra do juiz da causa, consubstanciada na prática dos delitos de calúnia, injúria e difamação, não está acobertada pela imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do CF, tampouco pelos preceitos inscritos nos arts. 133 da CF e 7^a, § 2^o, da Lei n. 8.906/1994 (Precedentes).

IV - 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.

Ordem denegada”

(HC n. 29.001/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 24.11.2003)

Em tais casos, não se enquadra o caso em escopo.

Isto pois, o impetrante, para demonstrar a alegada atipicidade da conduta do paciente, se socorre dos seguintes fundamentos:

“O paciente é e era funcionário público estadual e se encontrava em pleno exercício de seu cargo de autoridade policial oficial, como Delegado Plantonista da Delegacia Seccional do Município, Cidade e Comarca de Piracicaba do Estado de São Paulo e, a seu pedido, ali compareceu outro Delegado Estadual da Seccional de Piracicaba, Dr. *Luis Virgílio Caramanti*, a quem comunicou o fato envolvendo o Delegado Federal.

Ambas autoridades policiais, que são funcionários públicos estaduais em pleno exercício da função do cargo de Delegado de Polícia daquela Jurisdição Policial Civil de Piracicaba, naquela Comarca Judiciária, entenderam por bem a não-lavratura do auto de prisão em flagrante contra o advogado por desacato, e não confirmaram a ordem dada pelo Delegado Federal, como vítima, mas sim pela elaboração de um Boletim de Ocorrência circunstanciado para decisão pela autoridade policial civil superior que, naquele momento, representava.

O Delegado Federal não concordou com a decisão das autoridades policiais civis estaduais de Piracicaba e disse que ia levar o advogado preso até a cidade de Campinas, para ali ser autuado em flagrante pela Polícia Federal de Campinas, em outro Município e Comarca diversos daquele do local dos fatos (Piracicaba).

Foi aí que ambos Delegados Estaduais, por sua vez, não concordaram com a pretensão do Delegado Federal e apenas o advertiram, mas não foi ele

ameaçado em qualquer momento, sobre a possibilidade de praticar seqüestro, eis que, a seu ver, não poderia o advogado ser conduzido preso para ser autuado em flagrante delito em outra Comarca e também pela Polícia Federal de Campinas.

Assim, podemos afirmar que o paciente não cometeu o denunciado crime de resistência do art. 329 do CP e, com toda certeza, haverá de ser dado provimento a este *recurso*, para ser concedida a ordem justa e legal pleiteada, denegada no Tribunal Federal **a quo**.

Ademais, **ad argumentandum**, se aquela autoridade policial, que era a única competente para conhecer e determinar o que ocorria em seu Plantão Policial da Seccional de Piracicaba, funcionário público exercendo o cargo de Delegado de Polícia, por convencimento próprio e pessoal, deixou de elaborar um auto de prisão em flagrante delito, optando pela elaboração de Boletim de Ocorrência bem circunstanciado, para decisão superior do Senhor Seccional, inclusive para a devida apuração através de inquérito policial, nada mais fez do que cumprir com seu dever.

E, nesse caso, quem se retirou das dependências do Plantão Policial, ao não acatar a decisão da autoridade policial civil estadual competente, e em serviço naquele momento na cidade de Piracicaba, pode só ele ter cometido o crime de *desobediência* do art. 330 do CP e ao se retirar do plantão impossibilitou a elaboração do competente termo circunstanciado da Lei n. 9.099/1995.

E, então, apenas para completar aquela argumentação, eis que a autoridade policial civil estadual competente poderia até ter cometido o crime do art. 319 capitulado como *prevaricação*, caso deixasse de tomar as providências legais de sua competência, como não aconteceu no caso em questão, eis que tomou todas as providências ao seu alcance.

Mas, *dignos Ministros*, o paciente elaborou o necessário registro do fato em um Boletim de Ocorrência e deixou o caso para decisão do Senhor Doutor Delegado Seccional de Polícia, que mandou instaurar o competente Inquérito Policial n. 51/2001, cujos autos a Procuradoria de Piracicaba, a Polícia de Campinas e a Justiça de Piracicaba Federais juntaram ao inquérito e depois à ação penal federais, da forma ora questionada” (fls. 433/434).

“O paciente se encontrava em horário de serviço e chefiando seu trabalho Plantão Policial do dia 1^a.09.2001, quando ali apareceram umas viaturas da Polícia Militar, com um Tenente comandando seus soldados, apresentando uma ocorrência envolvendo um Delegado da Polícia Federal, o qual estava em seu horário de folga na companhia de familiares.

Essa ocorrência havia se complicado em virtude da presença do Delegado de Polícia Federal em um supermercado daquela cidade, à procura de um produto em promoção que estava em falta, tendo essa autoridade, com lotação na Capital do Estado de São Paulo, se desentendido com funcionários, gerente e seguranças da loja.

Depois, tendo sido chamada uma viatura da Polícia Militar para atender a ocorrência, eis que esse mesmo Delegado Federal se desentendeu com os policiais militares, daí ter sido chamado um Oficial, cujo Tenente procurou serenar os ânimos no local, conduzindo todos até a presença do paciente, que era o Delegado de Plantão.

Acontece que ao ser registrada a ocorrência, compareceu no Plantão Policial um Advogado daquele supermercado e se desentendeu com o mesmo Delegado Federal, que se sentiu desacatado e lhe deu voz de prisão em flagrante, daí foram chamados àquele plantão dois Delegados Estaduais da Seccional e dois Conselheiros da OAB local para conhecerem do caso e acompanhar o registro dos fatos.

Que os ânimos foram serenados, chegaram todos a um entendimento amigável e, depois que aqueles Conselheiros se retiraram, eis que o Delegado Federal deu voz de prisão em flagrante ao Advogado por desacato, o que não foi confirmado pelo paciente, nem pelo outro Delegado da Seccional da Polícia Civil, também denunciado.

Acontece que o Delegado Federal, não satisfeito com a decisão da autoridade policial civil local competente, procurou conduzir o Advogado para ser autuado por ele em flagrante delito de desacato pela Polícia Federal de Campinas, outra Cidade e Comarca, com o que não poderia o paciente concordar, nem o outro Réu Delegado.

Foi aí que esse outro Delegado da Delegacia Seccional de Polícia de Piracicaba alertou aquele Delegado Federal que essa sua conduta poderia ser entendida como seqüestro, fazendo com que o Delegado Federal dali se retirasse junto com seus familiares, sem a elaboração do termo circunstanciado e, ao depois, foi instaurado o competente inquérito policial pela Seccional de Piracicaba” (fls. 437/438).

Da mera leitura dos trechos supra, observa-se a total impossibilidade de se verificar a plausibilidade do que alega o impetrante, sem que para tanto se proceda, impreterivelmente, o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado na via eleita. Nesse sentido:

“**Habeas corpus.** Ausência de justa causa. Reexame probatório. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.

Em sede de **habeas corpus**, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

Alegação de que o paciente não era o efetivo administrador das empresas nos períodos indicados na denúncia é questão que, por reclamar detido revolver de provas, transborda o âmbito de apreciação do **habeas corpus**.

Ordem denegada”

(HC n. 37.816/PR, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.11.2004).

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Análise sobre a materialidade dos delitos que não pode ser feita na via eleita. Inépcia da denúncia. Não-exaurimento da instância administrativa. Desnecessidade. Independência das instâncias. Crime societário. Possibilidade de denúncia genérica.

1. 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.

2. Narrando a denúncia fatos configuradores de crimes em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal na via do **habeas corpus**, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

3. As instâncias administrativa e penal são independentes, não estando o Judiciário vinculado às decisões tomadas por órgãos da Administração Pública. Precedentes do STJ.

4. Nos crimes societários é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que ela narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. Precedente desta Corte.

5. Recurso desprovido”

(RHC n. 15.277/AC, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 08.11.2004).

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Art. 299 c.c. o art. 29 do CP e art. 1^a, II, c.c. o art. 11 da Lei n. 8.137/1990. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal. Justa causa.

I - Denúncia que apresenta narrativa que se ajusta ao modelo da conduta proibida não é, em princípio, inepta porquanto permite a ampla defesa. (Precedentes).

II - 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. (Precedentes). **In casu**, a verificação das alegações de negativa de autoria e atipicidade da conduta ensejariam necessariamente o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, procedimento vedado em sede de **habeas corpus**. (Precedentes).

Recurso desprovido”

(RHC n. 16.338/MT, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 11.10.2004).

“Criminal. RHC. Concorrência desleal. Trancamento da ação penal. Inépica da queixa. Não-verificação. Inexistência de provas. Impropriedade do meio eleito. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Recurso desprovido.

I - Queixa-crime que imputou à paciente a prática de delitos de concorrência desleal.

II - Não é inepta queixa que atende aos requisitos do art. 41 do CPP expondo o fato criminoso, com suas circunstâncias, qualificando o acusado, classificando o crime e oferecendo rol de testemunhas, além de vir instruída com documentos.

III - O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como a apontada ausência de provas do ilícito — se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória.

IV - A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas **in casu**.

V - Recurso desprovido”

(RHC n. 15.638/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004).

Feitas estas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.