



Quinta Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
1.523.148 - PR (2019/0174658-5)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Joao Vaccari Neto

Advogados: Luiz Flavio Borges D'Urso - SP069991

Umberto Luiz Borges D'Urso - SP112969

Ricardo Augusto de Moraes Forjaz - SP182634

Adriana Filizzola D'urso - SP272000

Luiz Flavio Filizzola D'Urso - SP302600

Ricardo Ribeiro Velloso - SP182637

Franklin Andrade Ribeiro de Souza - SP350965

Marcus Vinicius Lopes Cassawara - SP391684

Luiz Augusto Filizzola D'Urso - SP369000

Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná

EMENTA

Execução penal. Remição da pena pelo estudo. Art. 126, § 5º, da Lei 7.210/1984 - LEP. Recomendação n. 44/2013 do CNJ. Aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio. Indeferimento. Sentenciado portador de diploma de curso superior. Ausência de requisito legal. Impossibilidade de concessão da benesse. Agravo desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Esta Corte Superior firmou orientação no sentido de que é “viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126 da Lei de Execução Penal.” (AgRg no AREsp n. 696.637/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 4/3/2016). Assim, na esteira do que estabelece a Recomendação n. 44/2013 do CNJ, é, em tese, possível a remição pelo estudo àqueles reeducandos que, no transcorrer do

cumprimento da pena privativa de liberdade, logrem aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM.

III - Ressai da fundamentação do acórdão recorrido, contudo, que ao tempo do início do cumprimento da sanção *intramuros* o agravante já havia colado grau em curso de nível superior. Diante da premissa fática, portanto, não se encontram presentes os requisitos do art. 126, § 5º, da Lei de Execuções Penais o qual, às expensas, exige que a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior ocorra durante o cumprimento da pena.

IV - Decerto que, sob essa perspectiva, não se está a inibir o aprimoramento profissional e intelectual do recluso bacharel ou docente. O que se espera, contudo, é que a interpretação da Lei guarde relação com sua finalidade, de forma a ensejar algum resultado prático, o que somente pode ser alcançado pela absorção de conteúdos que o preso ainda não detenha.

V - O ordenamento jurídico, ante o seu caráter sistêmico, deve ser interpretado como um todo. Nesse sentido, o art. 2º da Lei 9.394/1996, que estabelece diretrizes e bases da educação nacional, dispõe que: *“A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”*

Agravo regimental 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, “Questão de Ordem” - A Quinta Turma, por unanimidade, ratifica o julgamento realizado na sessão de julgamento virtual anterior, nos termos do voto do Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2020 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe: 19.5.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de Agravo Regimental interposto por *João Vaccari Neto* contra decisão proferida pelo *em.* Desembargador Convocado, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, a qual, com fundamento na *Súmula 568* deste Superior Tribunal de Justiça, conheceu e negou provimento ao Agravo em Recurso Especial manejado por sua defesa constituída (fls. 2.645-2.653).

Ressai das alegações aventadas pelo agravante, a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, insistindo nas mesmas teses já defendidas no recurso de direito estrito.

Para tanto, refuta a incidência do aludido verbete sumular, porquanto entende inexistir jurisprudência consolidada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema posto em testilha.

Nas razões deste regimental reitera a conjuntura fático-processual que ensejou o desprovimento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, do Agravo em Execução n. 0000831-73.2018.8.16.0009, manejado contra a decisão de primeiro grau que indeferiu pedido de remição, pelo estudo, em decorrência da aprovação do reeducando no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) do ano de 2016.

Destaca que *“a questão da remição pela aprovação no ENEM para apenados que já possuem curso superior é controversa, tendo a defesa elencado diversos julgados que concederam tal benesse a apenados nas mesmas circunstâncias do requerente”* (fl. 2660).

Acrescenta que *“[...] a Recomendação nº 44 do CNJ, autoriza a remição da pena para aquele que obtém a aprovação no ENEM, não fazendo qualquer ressalva, limitação ou impedimento para tanto”* (fl. 2668) e, portanto, o fato do agravante já possuir diploma de curso superior antes mesmo do início do cumprimento da pena em nada influi na possibilidade de remir a sanção penal pela aprovação no referido exame que atesta os conhecimentos inerentes ao ensino médio.

Requer seja o Agravo Regimental conhecido e provido para, submetida a questão de fundo a julgamento pela *eg.* Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, reste provido o Recurso Especial.

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O presente Agravo Regimental não merece provimento.

Nesta via recursal, sustenta o Agravante a não incidência da súmula 568 deste *eg.* Superior Tribunal de Justiça à espécie, pois, segundo entende, persiste aceso o debate no Tribunais pátrios sobre a possibilidade de remição da pena, pelo estudo, àqueles que logrem aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), ainda que portadores de diploma de curso superior.

Pois bem. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no agravo regimental, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 2645-2653. Ao contrário, os argumentos ali externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Colhe-se dos autos que o agravante pretende a remição de parte da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, em decorrência de sua aprovação no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) 2016.

A Lei de Execução Penal dispõe, em seu artigo 126, § 5º, que “*o tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.*”

Já a recomendação n. 44/2013 do CNJ, em seu art. 1º, inciso IV, orienta os Tribunais a:

“[...] na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino *no interior do estabelecimento penal* e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), *considerar*, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos

finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio”.

Esta Corte Superior firmou orientação no sentido de que é “*viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal.*” (AgRg no AREsp n. 696.637/SP, *Quinta Turma*, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, DJe de 4/3/2016). Assim, estaria autorizada, em tese, a concessão da remição pelo estudo nas hipóteses previstas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ.

No mesmo sentido, cito o seguinte precedente:

“Agravamento regimental. *Habeas corpus* Substitutivo a que se negou seguimento. Evidenciado constrangimento ilegal. Ordem expedida de ofício. Execução penal. Remição da pena pela leitura. Possibilidade.

[...]

3. A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp n. 744.032/SP, Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, DJe 5/6/2006).

4. Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se nessas circunstâncias, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade.

5. Na espécie, embora não fosse cabível o *habeas corpus* no lugar do recurso especial, diante dos precedentes a respeito do tema, ficou caracterizada a existência de manifesto constrangimento ilegal a ser reparado, justificando-se, assim, a concessão, de ofício, da ordem para restabelecer o *decisum* do Juízo da execução que declarou remidos 8 dias da pena do paciente.

6. Agravamento regimental improvido” (AgRg no HC n. 323.766/SP, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, DJe de 9/10/2015).

Todavia, veja-se que, no caso do art. 1º, inciso IV, da Recomendação n. 44/2013 do CNJ, não é dispensado o requisito legal - nesse sentido a referência expressa ao art. 126, § 5º, da LEP - para a concessão da referida benesse, qual seja, a certificação, pelo órgão competente do sistema de educação, da conclusão, durante o cumprimento da pena, do ensino fundamental ou médio.

Ao esclarecer o alcance das disposições normativas em referência, destacou o Tribunal *a quo* em sede de Embargos Infringentes, *verbis*:

“Tal recomendação se aplica ao sentenciado que dentro do estabelecimento prisional realiza estudos por conta própria ou com simples acompanhamento pedagógico e, com isso, obtém êxito no Exame Nacional do Ensino Médio, para fins de concluir o ensino médio, conforme previsto na Recomendação do CNJ: ‘na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)’:

No caso, por óbvio, a referida norma não tem aplicação, pois *visa incentivar e beneficiar o apenado sem formação e que busca durante o encarceramento a graduação no ensino médio ou outros níveis de ensino, ao passo que o Embargante já possui diploma de curso superior desde antes do início da execução penal, não realizando o exame, evidentemente, como meio de certificação da conclusão do ensino médio, o que demonstra que pretende desvirtuar a norma.*

Ocorre que a simples realização do exame, com a obtenção de bom resultado, não é suficiente para a concessão do benefício, pois a possibilidade de remição pela aprovação no ENEM visa prestigiar o esforço próprio do sentenciado que estudou sem amparo profissional, sendo que o fato de o Embargante possuir curso superior evidencia que já detém capacidade e qualificação suficiente e não realizou o estudo por conta própria das matérias relativas ao ensino médio, cujo esforço a norma visa prestigiar.

Portanto, o pleito deturpa o objeto da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, que pretende incentivar a capacitação do apenado, a fim de que evolua na formação escolar e alcance o próximo nível de ensino, sendo que se o Embargante já atingiu tal nível e, inclusive, já alcançou nível superior, não demonstrando esforço para elevação de sua escolaridade e realizando o exame com o único objetivo de redução da pena, não atende a finalidade ressocializadora do instituto.

Com efeito, não deve ser concedida a remição, sob pena de banalizar o trabalho educacional desenvolvido no sistema penitenciário voltado para promover a *conclusão do ensino médio, por meio do exame de proficiência, daqueles apenados que não possuem a respectiva formação e pretendem evoluir, o que traduz a finalidade da remição por estudo, que é a ressocialização do apenado quando este adquire conhecimento que não tinha antes de entrar no sistema penitenciário.*

Cumprido destacar que a simples realização do ENEM, sem a respectiva carga horária de estudo, não acrescenta conhecimento e educação ao indivíduo que já concluiu o ensino médio regularmente, como o Embargante, de tal modo que

a remição pretendida não atende a finalidade do instituto e constitui burla ao sistema.” (fls. 2468-2469 - grifou-se).

Ressai, portanto, da fundamentação do Colegiado de origem, que ao momento do início do cumprimento da pena *intramuros* o agravante não só possuía ensino médio completo, como também *já havia colado grau em curso de nível superior*.

Nesse descortino, tenho que o agravante não preenche o requisito legal para a remição da pena pelo estudo, vale dizer, a conclusão do ensino médio *durante o cumprimento da pena*.

Alamiro Velludo Salvador Netto esclarece os motivos pelos quais o legislador buscou incentivar o estudo dos reeducandos:

“A realidade social brasileira e o perfil do preso ressaltam inegavelmente a importância do investimento estatal em educação, em todos os níveis, ao longo do cumprimento da pena. *A grande maioria dos apenados possui baixos graus de formação, sendo que parte deles sequer teve a possibilidade de alfabetização e domínio de conhecimentos mínimos de importantes disciplinas, a exemplo da matemática.* Evidente que a finalidade da educação é permitir ao sujeito que aproveite o tempo de cumprimento de pena *para aprimorar-se, facilitando um projeto futuro de integração social*, desempenho de atividades lícitas e empregabilidade. O cárcere, nesse plano, vislumbra mimetizar a educação externa, formando a pessoa, em última instância, para o mercado de trabalho. Não é por outro motivo que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (art. 17 da LEP).” (in Curso de Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, e-book - grifei)

No mesmo sentido, é o magistério da doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, para quem “[...] *qualquer pessoa, não importa a idade e tampouco sua condição ou status jurídico, tem o direito de receber educação desde que, evidentemente, seja dela carente qualitativa ou quantitativamente*” (in Execução Penal, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 65 - grifei).

De fato, em nada agregará à formação intelectual e profissional, com vistas à sua ressocialização, a aprovação do agravante no ENEM, porquanto seu nível de instrução é comprovadamente bem superior.

Decerto que, sob essa perspectiva, não se está a inibir o aprimoramento profissional e intelectual do recluso bacharel ou docente. *O que se espera, contudo, é que a interpretação da Lei guarde relação com sua finalidade, de forma a ensinar*

algum resultado prático, o que somente pode ser alcançado pela absorção de conteúdos que o preso ainda não detenha.

O ordenamento jurídico, ante o seu caráter sistêmico, deve ser interpretado como um todo. Nesse sentido, o art. 2º da Lei 9.394/1996, que estabelece diretrizes e bases da educação nacional, dispõe que: ***“A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”*** (grifei).

O entendimento adotado pelo e. Tribunal *a quo* encontra-se, portanto, em harmonia com a orientação firmada por esta Turma, conforme se infere no seguinte precedente:

“Execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Remição da pena pelo estudo. Art. 126, § 5º, da LEP. Recomendação n. 44/2013 do CNJ. Conclusão do exame nacional do ensino médio. Indeferimento da benesse. Sentenciado que concluiu o ensino médio regular antes do início do cumprimento da pena. Revolvimento fático-probatório. Inviável. *Habeas corpus* não conhecido.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - Esta Corte Superior firmou orientação no sentido de que é “viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126 da Lei de Execução Penal” (AgRg no AREsp n. 696.637/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 4/3/2016). Assim, estaria autorizada, em tese, a concessão da remição pelo estudo nas hipóteses previstas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ.

III - *Todavia, no caso do inciso IV, do art. 1º, da Recomendação n. 44/2013, do CNJ, não é dispensado o requisito legal expressamente previsto no art. 126, § 5º, da LEP, para a concessão da remissão por estudo, qual seja, a certificação, pelo órgão competente do sistema de educação, da conclusão, durante o cumprimento da pena, do ensino fundamental ou médio.*

IV - *Assim, havendo as instâncias ordinárias consignado que o paciente teria concluído o ensino médio regular em momento anterior à prática do delito que deu origem à pena ora em cumprimento, não é devida a remição da pena pelo estudo, por ausência de preenchimento de requisito legal.*

V - A via estreita, de cognição sumária, do *writ* não se presta a amplo revolvimento do acervo fático-probatório.

Habeas corpus não conhecido" (HC 382.770/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 15/05/2017).

No mesmo diapasão, faço referência às seguintes decisões monocráticas: HC 465.675-DF, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03.10.2018; REsp 1639944, Min. Rel. Ribeiro Dantas, 25.10.2017.

Restou autorizado, dessarte, o julgamento monocrático do Agravo em Recurso Especial, nos termos do que dispõe o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do RISTJ.

Ante o exposto, *conheço e nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 553.555 - PR
(2019/0381626-4)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Douglas Campos Pedroza de Souza

Advogados: Inaldo Rocha Leitão - DF002380A

Gentil Ferreira de Souza Neto - DF040008

Lúcio Landim Batista da Costa - DF040009

Shara Maria da Silva Chamorro - DF055011

Agravado: Ministério Público Federal

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4a Região

EMENTA

Processo penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Medidas cautelares alternativas à prisão. Proibição de viagens ao exterior. Retenção de passaporte. Necessidade. Ordem pública. Crime de lavagem de capitais. Possível permanência de recursos

ilícitos no exterior. Reiteração delitiva. Risco concreto. Adequação. Proporcionalidade. Crime transnacional. *Modus operandi* sofisticado e complexo. Elevados valores. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Por representarem restrições - ainda que atenuadas - à liberdade e ao direito de locomoção do cidadão jurisdicionado, as medidas cautelares pessoais alternativas não dispensam, tal como ocorre com a prisão preventiva, a demonstração do *periculum libertatis* e de sua proporcionalidade.

III - A proibição de realizar viagens ao exterior permanece necessária a fim de evitar a prática de novas infrações, visto haver a significativa probabilidade, consoante o conteúdo dos autos, de que o recorrente ainda tenha disponível elevada quantidade de recursos ilícitos no exterior, os quais, com real possibilidade, podem ser submetidos a novas condutas de branqueamento.

IV - Esta Corte Superior, em exame de prisões preventivas decretadas no curso da Operação Lava Jato, tem entendido que a disponibilidade de recursos no exterior constitui fundamento idôneo para a prisão preventiva decretada com o fim de assegurar a ordem pública, i. e., para impedir o cometimento de novos delitos. Com maior razão, portanto, admite-se a aplicação de medidas alternativas, de natureza mais branda.

V - A medida também é adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do recorrente, pois a este se imputa a prática do crime de lavagem de elevada quantidade de capitais, oriundos de condutas de corrupção ativa e passiva cometidas por organizações criminosas que causaram severos prejuízos à Administração Pública. Os crimes de lavagem de capitais teriam caráter transnacional e teriam sido cometidos mediante emprego de empresas offshores e contas instituídas em diversos estabelecimentos bancários no exterior, a caracterizar a adoção de um *modus operandi* complexo e sofisticado.

VI - O juízo de ponderação entre as medidas impostas e os resultados que se buscam resguardar - impedimento de se realizarem

novas operações financeiras ilícitas no exterior -, demonstra que a medida encontra-se em conformidade com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Agravo regimental 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 agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 09 de junho de 2020 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe: 18.6.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha relatoria, a qual não conheceu do *habeas corpus* impetrado em favor de *Douglas Campos Pedroza de Souza*.

Ressai das alegações aventadas pelo agravante a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, insistindo nas teses defendidas na impetração.

Sustenta que o recorrente, em abril de 2019, foi convidado para integrar os quadros de empresa estrangeira sediada na cidade de Lomé, em Togo, e que, em virtude do cargo, necessita realizar viagens internacionais às cidades que a referida empresa tem atividades.

Argumenta, assim, que o fundamento da necessidade de resguardar a ordem pública em se calcou a proibição de realização de viagens ao exterior já não subsistiria, visto que: *a)* desde junho de 2018, o agravante vem cumprindo regularmente as medidas alternativas impostas e compareceu a todos os atos processuais; *b)* não há notícia de que o recorrente haja praticado nenhum

ato com o fim de prejudicar a instrução criminal; c) as medidas constritivas perduram há mais de 1 (um) ano, ao passo que as condutas imputadas ao recorrente teriam sido praticadas em 2014.

Assevera que a hipótese de ainda haver recursos ilícitos no exterior não encontra correspondência nos elementos dos autos, uma vez que o recorrente teria esclarecido em interrogatório judicial que todo o numerário remetido ao exterior ou teria integralizado o capital social da empresa Unifit, ou foi repatriado por meio da adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT).

Pondera ser suficiente a exigência de prévia comunicação e apresentação dos bilhetes aéreos ao Juízo, salientando que os países para os quais o recorrente empreenderia viagem não são os mesmos em que os supostos atos de lavagem de capitais teriam sido praticados.

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental para revogar as medidas cautelares alternativas à prisão decretadas contra o recorrente.

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente Agravo Regimental não merece provimento.

O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 166-181, ao contrário, os argumentos ali externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Para o exame da controvérsia, colaciono os fundamentos do *decisum* agravado, *in verbis* (fls. 168-180):

“2. No presente *mandamus*, a Defesa sustenta, em síntese, que a manutenção das medidas cautelares alternativas gera constrangimento ilegal ao paciente, pois seus requisitos não estariam preenchidos na espécie.

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão, ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

No ponto vale colacionar os seguintes julgados:

“Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Peculato (art. 312, § 1º, CP). Instrução deficiente. Inviabilidade de exame das alegações. Pretendida absolvição. Ausência de liame subjetivo e de dolo direto. Exame aprofundado do acervo fático-probatório. Inviabilidade no *writ*. Ofensa ao princípio da correlação. Não ocorrência. *Habeas corpus* não conhecido.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do *writ*, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Doutrina e jurisprudência entendem que o *habeas corpus*, por constituir ação mandamental cuja principal característica é a sumariedade, não possui fase instrutória, vale dizer, a inicial deve vir acompanhada de prova pré-constituída que possibilite o exame e a verificação da apontada flagrante ilegalidade.

[...]

Habeas corpus não conhecido” (HC n. 372.272/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 24/10/2017).

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Mérito. Análise de ofício. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Legalidade. Gravidade concreta da conduta. Qualidade da substância entorpecente e petrechos. Garantia da ordem pública. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares do art. 319 do CPP. Inviabilidade. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido” (HC n. 409.938/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017).

“Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Quantidade da droga utilizada para modular a fração de redução. Possibilidade. Regime prisional. Pena inferior a quatro anos. Quantidade do entorpecente. Modo semiaberto. Ausência de manifesta ilegalidade. *Writ* não conhecido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido” (HC n. 412.593/PE, *Quinta Turma*, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/10/2017).

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Tráfico de drogas. Causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06). Quantidade e natureza das drogas apreendidas. Dedicção da ré à atividade criminosa. Reexame de provas. Pena superior a 4 e inferior a 8 anos. Regime fechado. Gravidade concreta do delito. Art. 42 da Lei n. 11.343/06 e art. 33, § 3º, do Código Penal – CP. Substituição da pena por restritiva de direitos. Pena superior a 4 anos. Impossibilidade. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

[...]

Habeas corpus não conhecido” (HC n. 415.669/RJ, *Quinta Turma*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 17/10/2017).

Portanto, não se está vedando a utilização do remédio constitucional, mas, unicamente, vinculando a extensão do âmbito de cognição à regularidade da via eleita, atrelando-se, diretamente, à presença ou não de coação ilegal.

Para o exame da *quaestio*, transcrevo, inicialmente, os fundamentos apresentados pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para a manutenção das medidas cautelares (fls. 50-51):

“[...]O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento do pedido sob os seguintes termos (evento 90):

2. Em sede dos Autos nº 5017481-58.2018.4.04.7000, uma vez atingidos os objetivos da prisão cautelar do investigado, restaram impostas medidas cautelares alternativas a *Douglas Pedroza*, porquanto existente fundada suspeita de seu envolvimento em crimes de lavagem de dinheiro tendo como antecedentes crimes contra a Administração Pública, a saber: a) proibição do exercício de cargo ou função pública na Administração Pública direta ou indireta; b) compromisso de comparecimento a todos os atos do processo; c) proibição de deixar o país, com a entrega do passaporte a este Juízo em 48 horas; d) proibição de contatos com os demais investigados, salvo familiares; e e) proibição de mudança de endereço sem autorização do Juízo (evento 63).

Cumpra observar, entretanto, que, não obstante o encerramento da instrução criminal, a imposição de medidas cautelares em desfavor de *Douglas Pedroza* se calçou, outrossim, na garantia da ordem pública, a fim de interromper a prática delitiva habitual, mormente em relação à movimentação de valores espúrios mantidos no exterior, auferidos no âmbito de contratos fraudulentos com a Administração Pública Federal e na ordem econômica, para que não restasse prejudicada a estabilidade econômica do setor, sobretudo em termos microeconômicos, mediante a perturbação na circulação livre de bens no mercado.

Tais fundamentos, de outro canto, permanecem hígidos.

Consoante será minudenciado oportunamente em memoriais escritos, a instrução processual no bojo do presente feito acabou por corroborar os elementos de prova anteriormente apresentados por ocasião da decretação da prisão temporária do denunciado e da exordial acusatória, que demonstram a prática do delito de lavagem de capitais por *Douglas*

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento do pedido sob os seguintes termos (evento 90):

2. Em sede dos Autos nº 5017481-58.2018.4.04.7000, uma vez atingidos os objetivos da prisão cautelar do investigado, restaram impostas medidas cautelares alternativas a *Douglas Pedroza*, porquanto existente fundada suspeita de seu envolvimento em crimes de lavagem de dinheiro tendo como antecedentes crimes contra a Administração Pública, a saber: a) proibição do exercício de cargo

ou função pública na Administração Pública direta ou indireta; b) compromisso de comparecimento a todos os atos do processo; c) proibição de deixar o país, com a entrega do passaporte a este Juízo em 48 horas; d) proibição de contatos com os demais investigados, salvo familiares; e e) proibição de mudança de endereço sem autorização do Juízo (evento 63).

Cumpra observar, entretanto, que, não obstante o encerramento da instrução criminal, a imposição de medidas cautelares em desfavor de Douglas Pedroza se calcou, outrossim, na garantia da ordem pública, a fim de interromper a prática delitiva habitual, mormente em relação à movimentação de valores espúrios mantidos no exterior, auferidos no âmbito de contratos fraudulentos com a Administração Pública Federal e na ordem econômica, para que não restasse prejudicada a estabilidade econômica do setor, sobretudo em termos microeconômicos, mediante a perturbação na circulação livre de bens no mercado.

Tais fundamentos, de outro canto, permanecem hígidos.

Consoante será minudenciado oportunamente em memoriais escritos, a instrução processual no bojo do presente feito acabou por corroborar os elementos de prova anteriormente apresentados por ocasião da decretação da prisão temporária do denunciado e da exordial acusatória, que demonstram a prática do delito de lavagem de capitais por *Douglas Pedroza* na companhia de seu pai, *Djalma Rodrigues*, enquanto funcionário público, proporcionando o recebimento de vantagens indevidas provenientes do Grupo *Odebrecht*, até, pelo menos, o ano de 2014.

Nesse aspecto, impende mencionar que o fato de os valores elevadíssimos estarem em nome de diversas empresas offshores, em diferentes bancos de diversos países, tem o nítido propósito de evitar o rastreamento e a recuperação do dinheiro.

O próprio réu reconheceu, perante esse Juízo, a titularidade das contas mantidas em nome das empresas *Maier Invest Limited*, *Greenwich Overseas Limited* e *Spada Ltd* no exterior, utilizadas para o recebimento de valores espúrios pelo denunciado e seus familiares.

Ressalta-se, nesse contexto, sobretudo, a permanência da conduta criminosa, na medida em que a localização de grande parte dos valores permanece oculta.

Tem-se, consoante anteriormente anotado, que o resultado do afastamento dos sigilos bancário e fiscal de *Douglas Pedroza* demonstraram que o denunciado e *Djalma Rodrigues* utilizaram os recursos oriundos da MAHER em benefício próprio e das empresas titularizadas pela família, destinando parcela do valor internalizado para pagar dívidas, quitar impostos/multas, fazer aplicações próprias e para efetuar investimento contábil na empresa do grupo familiar com recursos que na quase totalidade foram sacados sem possibilidade de subsequente rastreamento.

Não se tem notícia, até o momento, contudo, da destinação e localização do restante do montante transacionado ilicitamente por *Douglas Pedroza*, seus familiares e agentes ligados ao Grupo *Odebrecht*, sendo bastante plausível que não tenham sido integralizados, por ora, sobretudo de maneira lícita, ao sistema nacional.

Assim, a manutenção das medidas cautelares impostas, sobretudo aquela atinente à retenção do passaporte de *Douglas Pedroza*, faz-se medida imperativa a fim de assegurar que os valores desviados do patrimônio público e branqueados mediante sucessivas operações de lavagem de capitais sejam integralmente rastreados e bloqueados.

Ora, caso revogadas as medidas, poderá o réu praticar, de maneira otimizada, novas operações de ocultação e dissimulação dos ativos, cujo destino atual não foi, até o momento, rastreado, dificultando ainda mais sua recuperação.

De maneira semelhante, em sendo autorizada a realização de viagens internacionais por *Douglas Pedroza*, colocar-se-á em risco o rastreamento e retomada dos valores desviados dos cofres públicos e branqueados, mediante operações conduzidas por meio de instituições bancárias sediadas no exterior.

Efetivamente, as razões que motivaram a imposição das medidas cautelares, conforme manifestação ministerial acima, que acolho como fundamentos, permanecem hígidas, não recomendando, nesse momento, a alteração das cautelares impostas, dentre as quais o recolhimento do passaporte e proibição de viagem ao exterior.

Ante o exposto, indefiro o pedido da Defesa.” (fls. 50-51).

Bem como os fundamentos do acórdão impugnado, *in verbis* (fls. 126-130):

“3. A prisão preventiva, como já afirmado, foi substituída por cautelares diversas, dentre elas, a proibição de ausentar-se do país, ora impugnada. Na ocasião, houve concordância do peticionante, tendo firmado termo de compromisso que se encontra juntado ao evento 64 (Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5017481-58.2018.4.04.7000- ALVS OLTURA1).

Calha referir, sobre o tema, que o Superior Tribunal de Justiça recentemente examinou o RHC nº 102.076/PR em que se discutia exatamente a adequação da proibição de deixar o país como medida acautelatória. Naquele julgamento, decidiu aquela E. Corte Superior:

‘Processo penal. Agravo regimental da decisão que negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* medidas cautelares alternativas à prisão. Dados concretos. Desvio de finalidade. Não configurado. Razoabilidade. Proporcionalidade. Adequação. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II - A Lei n. 12.40/2011 alterou significativamente dispositivos do Código de Processo Penal, notadamente os artigos 319 e 320, nos quais se estabeleceu a possibilidade de imposição de medidas alternativas à prisão cautelar; no intuito de permitir ao magistrado, diante das peculiaridades de cada caso concreto, e dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, estabelecer a medida mais adequada. III - *In casu*, revela-se consentâneo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, as medidas cautelares impostas, as quais foram estabelecidas de maneira suficiente aos fins visados. IV - As medidas deferidas também estão devidamente fundamentadas em dados concretos extraídos dos autos, especialmente se consideradas as peculiaridades do caso, em que constatados fortes indícios de que estaria a recorrente a manter contas secretas no exterior, mediante a movimentação de valores entre si e seu pai, acusado de ter intermediado o pagamento de vantagem indevida a executivos da Petrobrás. Esta a razão pela qual, não há como se conceber como fato incontroverso, o de que tenha a medida cautelar sido imposta à agravante, unicamente em razão da conduta de seu genitor V - Rever a fundamentação para além da moldura fática consignada no acórdão ora recorrido, ainda que para apreciar a negativa da recorrente com relação aos fatos descritos na representação ministerial, demandaria revolvimento fático-probatório, medida inviável na via estreita do *writ*. Agravo regimental desprovido. (Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, por unanimidade, 23/10/2018). G.N.'

Mostra-se inviável, nessa perspectiva, a revogação das medidas cautelares, dentre elas a proibição de deixar o país, sobretudo em razão do caráter transnacional dos delitos investigados.

3.1. O fato de ter recebido recente proposta de emprego para atuar como engenheiro na empresa Gaia, sediada em Lomé, capital da República Togolesa, não modifica o contexto em que foram fixadas as cautelares. Trata-se de fato superveniente, o eventual convite surgiu quando o paciente já tinha conhecimento das medidas cautelares.

Não é demais reafirmar que as restrições impostas são compatíveis com o caso examinado e a defesa não traz aos autos qualquer elemento que indique ser esta a única alternativa profissional possível para paciente.

Tampouco pode ser imputado ao Judiciário o encargo de aferir em qual ou quais lugares no exterior poderia o paciente atuar profissionalmente. Importa considerar, como já dito, a natureza dos delitos e que o documento juntado à impetração indicam o afastamento quase que permanente do paciente.

Muito embora os esforços da defesa, vale citar que a substituição da prisão por medidas diversas, não indica que, excluída a instrução, restam elas prejudicadas.

3.2. Isso porque a medida - em substituição à prisão, esta sim bastante gravosa - foi estabelecida tendo em conta a transnacionalidade do delito e o fato de que os valores existentes em contas no exterior ainda não foram integralmente rastreados e recuperados.

[...]

Dessa forma, sobretudo, porque as medidas cautelares não tinham por foco apenas a instrução criminal, mas, inclusive, a aplicação da lei penal consistente na recuperação de ativos branqueados em instituições bancárias sediadas no exterior, não há correlação entre o encerramento do processo e a necessidade da cautela processual.

Ante o exposto, voto por dar provimento aos embargos de declaração apenas para corrigir o julgado e, nessa medida, denegar a ordem de habeas corpus." (fls. 126-130, grifou-se).

Pois bem. Nos autos da Ação Penal n. 5017481-58.2018.4.04.7000/PR, em curso perante o Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná, o Ministério Público Federal imputa ao paciente a prática do crime de lavagem de capitais (art. 1º da Lei n. 9.613/98).

Narra-se, em apertada síntese, que o paciente, em conjunto com seu pai, *Djalma Rodrigues de Souza*, ex-dirigente da Petrobras, haveria recebido do Grupo Odebrecht elevados valores ilícitos, oriundos de práticas criminosas anteriores, por meio de contas em diversos bancos no exterior, as quais teriam sido criadas em nome de empresas offshores de titularidade do paciente e de familiares seus com a finalidade de dissimular a origem espúria de tais valores e, assim, dificultar-lhe o rastreamento e recuperação.

O numerário, posteriormente, teria sido sacado das contas das empresas offshores, a fim de dificultar a sua localização, em proveito do próprio paciente e de sua família para pagamento de dívidas, quitação de obrigações tributárias, aplicações financeiras e investimentos em empresas familiares, entre outras finalidades.

In casu, a prisão temporária inicialmente decretada foi convertida em medidas cautelares alternativas, estabelecidas com o fim de assegurar a investigação e a instrução criminal e de evitar a prática de novas infrações penais - garantia da ordem pública. Impuseram-se as seguintes medidas alternativas: a) proibição do exercício de cargo ou função pública na Administração Pública direta ou indireta; b) compromisso de comparecimento a todos os atos do processo; c) proibição de deixar o país, com a entrega do passaporte a este Juízo em 48 horas; d) proibição

de contatos com os demais investigados, salvo familiares; e e) proibição de mudança de endereço sem autorização do juízo.

O art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal prescreve que as medidas cautelares serão aplicadas observando-se a sua necessidade e adequação, nos seguintes termos:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.” (grifou-se).

De fato, por representarem restrições - ainda que atenuadas - à liberdade e ao direito de locomoção do cidadão jurisdicionado, as medidas cautelares pessoais não dispensam, tal como ocorre com a prisão preventiva, a demonstração do *periculum libertatis* e de sua proporcionalidade.

Por um lado, consoante concluíram as instâncias ordinárias, entendo que a medida permanece *necessária* a fim de evitar a prática de novas infrações, visto haver a significativa probabilidade, consoante o conteúdo dos autos, de que o paciente ainda tenha disponível elevada quantidade de recursos ilícitos no exterior, os quais, com real possibilidade, podem ser submetidos a novas condutas de branqueamento.

Com efeito, esta Corte Superior, em exame de prisões preventivas decretadas no curso da Operação Lava-Jato, tem entendido que a disponibilidade de recursos no exterior constitui fundamento idôneo para a prisão preventiva decretada com o fim de assegurar a ordem pública, i. e., para impedir o cometimento de novos delitos. Com maior razão, portanto, admite-se a aplicação de medidas cautelares alternativas, de natureza mais branda. Nesse sentido:

“Processo penal. Agravo regimental da decisão que negou provimento ao recurso ordinário. Prisão preventiva. Requisitos. Configurados. Garantia. Ordem pública. Gravidade concreta. Contemporaneidade. Valores ocultos. Reiteração delitiva. Risco. Assegurar. Aplicação lei penal. Disponibilidade de recursos no exterior. Constrangimento ilegal. Não demonstrado. Medidas cautelares. Prisão domiciliar humanitária. Requisitos. Não preenchidos. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - No presente agravo regimental, verifica-se que o recorrente limitou-se a repetir, *ipsis litteris*, os mesmos argumentos já lançados na inicial do recurso ordinário e no pedido de tutela provisória, sem deduzir quaisquer fatos novos que justifiquem a revisão do entendimento adotado no decisum agravado.

III - A decisão que decreta a prisão preventiva deve revelar a presença de um ou mais fundamentos da medida, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

IV - No presente caso, verifica-se a gravidade concreta dos crimes reconhecidos em sentença condenatória, visto que o recorrente teria praticado, em período de aproximadamente 5 (cinco) anos, de modo sistemático, habitual e profissional, crimes contra a Administração Pública, os quais haveriam resultado em prejuízos ao erário de cerca de R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais). *Ademais, os valores ilícitos, por seu turno, não foram recuperados, evidenciando o risco concreto de reiteração delitiva pela prática de novos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, voltados a ocultar e dissipar o produto do crime.*

V - A probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas, evidenciados, tanto na decisão que decretou a prisão preventiva, como no acórdão que denegou o *habeas corpus*, consubstanciam o requisito da garantia da ordem pública, densificando-o diante das singularidades da situação concreta.

VI - A disponibilidade de recursos financeiros no exterior aponta a relevante possibilidade de o recorrente se furtar à aplicação da lei penal.

VII - Verifica-se, em face dos múltiplos riscos à ordem pública, com a ressalva de que a situação do recorrente não destoa da de outros investigados, sendo impossível supor a desagregação natural do grupo criminoso ou da sequência de atos delitivos sem a segregação cautelar dos personagens mais destacados, que não é viável substituir a prisão preventiva por medidas cautelares.

VIII - Não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva. Desse modo, não havendo modificação das circunstâncias fático-processuais que subsidiaram a decretação da prisão preventiva, no período decorrido entre o seu estabelecimento e a sentença condenatória, não se vislumbram razões para a sua revogação ou substituição por medidas cautelares alternativas.

IX - As declarações prestadas pelo filho do recorrente, Douglas Campos Pedroza de Souza, nos autos da Ação Penal n. 5036808-86.2018.4.04.7000, deverão ser objeto de cognição ampla e exauriente do juízo natural daqueles autos, após a devida instrução processual. Assim, inviabiliza-se sua análise por esta Corte, visto que sua valoração, na forma em que pretende a Defesa, exigiria aprofundado revolvimento de fatos e provas que sequer estão na presente ação penal, o que de todo é vedado.

X - A substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar humanitária por motivo de saúde, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, submete-se aos requisitos específicos de extrema debilidade e impossibilidade de realização do tratamento necessário na unidade prisional, condições cuja presença não foi comprovada pela Defesa. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no RHC 110.812/PR, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Leopoldo de Arruda Raposo* (Desembargador convocado do TJ/PE), DJe 10/12/2019, grifou-se).

“Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Furto e posse de droga para uso próprio. Medidas cautelares diversas da prisão. Proporcionalidade e adequação. Manutenção. Detração penal. Supressão de instância. *Writ* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O art. 319 do Código de Processo Penal traz um rol de medidas cautelares, que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, sempre observando o binômio proporcionalidade e adequação.

3. Consta dos autos que o juiz de primeiro grau homologou a prisão em flagrante pela suposta prática de furto simples e posse de droga para uso próprio, bem como verificou que o paciente responde a processo pela receptação em comarca diversa. Diante dessas circunstâncias, fundamentou a concessão de liberdade provisória ao conduzido, mediante o cumprimento de determinadas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, entre as quais o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, além da proibição de frequentar bares, boates e afins.

4. *As condições impostas ao paciente não se apresentam desproporcionais ou inadequadas aos fatos teoricamente cometidos, nem à situação pessoal do agente, pois visam, especialmente, diminuir o risco de reiteração delitiva.*

5. O pleito de detração relacionada com o recolhimento domiciliar não foi objeto da impetração de origem, o que impede a análise da matéria por este Superior Tribunal, sob pena de supressão de instância.

6. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 387.673/SC, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, DJe 11/5/2017, grifou-se).

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Condenação por crime de receptação. Concedido o direito de recorrer em liberdade. Aplicação de medidas cautelares. Monitoramento eletrônico. Réu reincidente. Necessidade e adequação. Recurso improvido.

1. Nos termos do art. 321 do Código de Processo Penal, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

2. Na espécie, a Magistrada considerou que a manutenção de algumas medidas cautelares diversas da prisão, entre elas o monitoramento eletrônico, aplicadas por ocasião da audiência de custódia, seriam suficientes e adequadas para o caso, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, notadamente por se tratar de réu reincidente. Precedentes.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que nega provimento" (RHC 81.707/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/8/2017, grifou-se).

"Processual penal e penal. *Habeas corpus*. Dano ao patrimônio público e privado. Medida cautelar diversa da prisão. Recolhimento noturno com monitoração eletrônica. Fundamentação idônea. Necessidade de adoção da medida com base no binômio proporcionalidade e adequação. *Habeas corpus* denegado.

1. A fixação de medida cautelar prevista no art. 319, CPP, não é ilegal quando motivada em fundamentação que apresentam elementos concretos do caso, aferindo-se a necessidade e adequação.

2. *Habeas corpus* denegado, e revogada a liminar deferida ao paciente e estendida aos corréus" (HC n. 330.108/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Min. Nefi Cordeiro, DJe de 9/5/2016, grifou-se).

Pontue-se que, a despeito de o atual estado da arte tecnológica permitir a realização de operações financeiras a distância e independentemente do deslocamento físico, não se ignora que a presença física no estrangeiro torna ainda mais fácil e cômodo eventual realização de operações lícitas.

Por outro lado, também entendo que a proibição é adequada (art. 282, inciso II, do CPP) à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do paciente, pois a este se imputa a prática do crime de lavagem de elevada quantidade de capitais, oriundos de condutas de corrupção ativa e passiva cometidos por organizações criminosas que causaram severos prejuízos à Administração Pública - embora o paciente, de fato, não seja processado por esses últimos delitos.

Ademais, o crime de lavagem de capitais, *in casu*, tem caráter transnacional e teria sido viabilizado com o emprego de empresas offshores e contas instituídas em diversos estabelecimentos bancários no exterior, a caracterizar a adoção de um *modus operandi* complexo e sofisticado.

Isso posto, concluo que as medidas cautelares impostas são necessárias para evitar a prática de novas infrações penais e adequadas à gravidade - concreta - do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do paciente.

Acrescente-se que o juízo de ponderação entre as medidas impostas e os resultados que se buscam resguardar - impedimento de se realizarem novas operações financeiras ilícitas no exterior -, verifica-se que a determinação encontra-se em conformidade com o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*.

Logo, *na espécie*, não existem elementos que indiquem, inequivocamente, que a revogação das medidas alternativas à prisão cautelar seja a solução mais adequada ao caso concreto, tampouco há como conceber a ausência de proporcionalidade entre as medidas impostas, visto que devidamente esclarecidas nas decisões das instâncias ordinárias.

Por fim, inviável o acolhimento do pedido subsidiário de autorização de viagens ao exterior mediante prévia comunicação ao juízo, porquanto, como registrou a e. Corte Federal (fl. 128), o afastamento do território nacional seria praticamente permanente e, desse modo, equivaleria à revogação da medida, a qual, no entanto, permanece necessária e adequada.

3. Ante o exposto, *não conheço do habeas corpus*" (fls. 168-180).

O recorrente não deduziu argumentos novos que já não tenham sido suficientemente examinados na decisão agravada, cujos fundamentos, portanto, permanecem suficientes para manter o não conhecimento da impetração.

Ante o exposto, por não vislumbrar a existência de argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.609.502 - MT (20160168412-6)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Recorrente: Lucivando Tibúrcio de Alencar

Recorrente: Jomarcelo Fernandes dos Santos

Advogados: Diógenes Gomes Vieira - RN006880

Adrielle Rodrigues de Sales - DF063059

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: os mesmos

EMENTA

Penal e processual penal. Recursos especiais. Recurso da defesa. Crime de atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo qualificado. Acidente aéreo do voo 1907 da Gol e do jato Legacy. Controladores de voo. Preliminares rejeitadas. Absolvição pela ausência de nexo de causalidade e pelo estrito cumprimento de dever legal. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Recurso do Ministério Público. Dosimetria da pena. Reconhecimento do vetor consequência como desfavorável. Exasperação da pena-base. Possibilidade. Não incompatibilidade com a forma qualificada prevista no art. 263 do CP. Causas de aumento dos arts. 121, § 4º, e 258 do Código Penal. Aplicação. Recurso especial da defesa parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso ministerial parcialmente provido.

1. Preliminares. Segundo entendimento desta Corte, a vigência, no campo das nulidades, do princípio *pas de nullité sans grief* implica que cabe à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso;

2. Consoante jurisprudência pacificada nesta Corte, não há nenhum impedimento para que o Juízo das Execuções especifique quais serão as penas restritivas de direitos substitutivas.

3. Mérito. Alterar as conclusões a que chegou o Tribunal *a quo* a respeito das alegações pertinentes à absolvição pela ausência de nexo de causalidade ou pelo estrito cumprimento de dever legal, é imprescindível a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

4. A forma qualificada (art. 263 do CP) do delito previsto no art. 261 do CP (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo) prevê que, “se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.” Desse modo, para a ocorrência da forma qualificada, basta que ocorra uma morte ou a lesão corporal. Ocorrendo qualquer um desses eventos, aplica-se o art. 258 do CP que determina a aplicação de um aumento de um terço sobre a pena prevista ao homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP). Entretanto, há previsão de aumento de um terço (art. 121, §

4º, do CP) nos casos em que o homicídio culposo foi praticado com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

4. Não obstante a forma qualificada do delito de atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo exija o resultado morte, não se mostra incompatível a valoração desfavorável do vetor consequência em razão da morte de um número maior pessoas. É evidente que o delito desbordou da reprovabilidade normal ínsita ao próprio tipo penal.

5. No caso, o evento morte ocorreu de modo a atrair a qualificadora do art. 258 do CP. Entretanto, a conduta praticada pelos agentes resultou não somente uma morte, mas ceifou a vida de 154 pessoas que estavam a bordo da aeronave, o que justifica uma maior exasperação da pena-base em razão das consequências do crime.

6. Nos termos da jurisprudência desta Quinta Turma, correta a aplicação da causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, do CP em razão de uma maior reprovabilidade pela ausência de observância das regras técnicas de profissão ou ofício na ocasião do cometimento da conduta criminosa.

7. Recurso especial de Jomarcelo e Lucivando parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso do Ministério Público Federal parcialmente provido.

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 parcialmente do recurso especial de *Jomarcelo Fernandes dos Santos* e *Lucivando Tibúrcio de Alencar* e, nessa parte, negar-lhe provimento, bem como dar parcial provimento ao recurso do *Ministério Público Federal*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Sustentaram Oralmente: Dra. Adrielle Rodrigues de Sales (P/Rectes) e Ministério Público Federal

Brasília (DF), 02 de junho de 2020 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe: 15.6.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recursos especiais interpostos por *Lucivando Tibúrcio de Alencar e Jomarclo Fernandes dos Santos*, com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, e pelo *Ministério Público Federal*, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Penal. Processual penal. Atentado contra a segurança do transporte aéreo. CP, art. 261, § 3º, *c/c* 263, 25. Incidência. Sentença parcialmente procedente. Recurso de apelação do MPF. Apelo da defesa. Condenação. Crime culposo. Negligência e imperícia configuradas. Dosimetria da pena. Culpabilidade e circunstâncias do crime desfavoráveis. Causa de aumento de pena do § 4º do art. 121 do Código Penal. Reparação de danos. CPP, art. 387, IV. Irretroatividade. Recurso da acusação provido e da defesa não provido.

1. O MPF ofereceu denúncia narrando a ocorrência de acidente aéreo, que resultou na morte de 154 (cento e cinquenta e quatro) pessoas, envolvendo o avião Boeing 737-800, prefixo PR-GTD, da companhia Gol Transportes Aéreos SA, que colidiu em pleno voo, sob o céu do Estado de Mato Grosso, com o jato Embraer/Legacy 600, prefixo N600XL. As duas aeronaves mantinham a mesma altitude (37.00 pés) e voavam em sentidos opostos, em pleno espaço aéreo controlado pelo ACC-BS (Centro de Controle de Área de Brasília), sediado no CINDACTA 1 (Primeiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego aéreo), nesta Capital.

2. O processo foi desmembrado em relação aos pilotos do jato Legacy 600 e os controladores de voo foram condenados por negligência e imperícia.

3. Aplicação dos artigos 261, § 3º, *c/c* 263 e 258, todos do Código Penal, incidindo, no caso o § 4º o art. 121, do Código Penal.

4. A pena-base foi exasperada em razão das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e às circunstâncias do crime.

5. “O art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão

pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo.” Precedentes do STJ.

6. Recurso de Apelação do MPF parcialmente provido.

7. Recurso da Defesa não provido.” (e-STJ, fl. 4.843)

Opostos embargos de declaração pela defesa e pelo Ministério Público, foram rejeitados (e-STJ, fls. 4.895-4.915).

Nas razões do especial de Lucivando e Jomarcelo, alegam os recorrentes violação aos arts. 5º, XLVI e LV, e 93, IX, da CF, 13, 1ª parte, 43 e 44, I, II e III, do CP, bem como aos 381, III, 387, I e III, e 564, IV, do CPP, além de dissídio jurisprudencial. Aduzem, preliminarmente, nulidade do acórdão pela não juntada do voto da Desembargadora que atuou como vogal e em razão da não especificação pelo Tribunal *a quo* das penas substitutivas da privativa de liberdade, o que teria ficado a encargo do Juízo das Execuções. Anota, ainda, divergência jurisprudencial acerca do tema. No mérito, sustentam, em suma, a necessidade de absolvição dos réus pela ausência de nexo de causalidade entre as condutas praticadas por eles e o resultado obtido, bem como em decorrência de terem agido em estrito cumprimento de dever legal.

Por sua vez, o *Parquet*, no seu especial, alega negativa de vigência do art. 59 do CP. Sustenta a necessidade de redimensionamento das penas dos réus consistente na exasperação da pena-base também pelo vetor consequências do delito em razão da morte das 154 pessoas que estavam a bordo da aeronave, além disso a manutenção da aplicação das causas de aumento previstas nos arts. 121, § 4º, e 258, ambos do CP.

Contrarrazões às fls. 5.013-5.043 e 5.046-5.055 (e-STJ).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial conhecimento e não provimento do recurso especial dos réus e pelo provimento do recurso do MPF (e-STJ, fls. 326-328).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Inicialmente, passo à análise das preliminares apontadas no recurso especial de Lucivando e Jomarcelo.

Quanto à alegação de não juntada do voto da Desembargadora que funcionou como vogal no julgamento, cabe ressaltar que a defesa de Lucivando e Jomarclo requereram as notas taquigráficas do julgamento realizado em 26/5/2015 (e-STJ, fl. 4.874), o que foi deferido no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ, fl. 4.912). Em resposta ao Ofício Cotaq 90/2015 foram disponibilizadas as referidas notas taquigráficas, dentre elas o voto-vogal proferido pela Juíza Federal convocada que participou do julgamento, nos seguintes termos:

“Voto-Vogal

A Juíza Federal Daniele Maranhão, Costa: Senhor Presidente, ouvi atentamente a sustentação oral do eminente procurador dos réus, o voto de Vossa Excelência, assim como as ponderações do Desembargador Ney Bello, e acompanho também o entendimento de Vossa Excelência.” (e-STJ, fl. 4.919).

Desse modo, não há falar em nulidade do acórdão recorrido. Ademais, segundo entendimento desta Corte, a vigência, no campo das nulidades, do princípio *pas de nullité sans grief* implica que cabe à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. Nesse sentido:

“Agravo regimental em agravo em recurso especial. Tribunal do júri. Decisão de pronúncia. Decisão a quo firmada em matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Recurso que não infirmou, de forma específica, os fundamentos do decism combatido. Inadmissibilidade. Incidência da súmula 182/STJ. Matéria constitucional. STF.

1. A insurgência não merece prosperar, haja vista a parte agravante não ter atacado, de forma específica, os fundamentos da decisão agravada, incidindo, no caso, a Súmula 182/STJ.

2. Se a parte não logrou demonstrar, em momento algum, que, da forma como realizada a audiência de instrução, foi acarretado prejuízo efetivo ao paciente ou evidente constrangimento ilegal em razão da ausência de produção de prova oral em juízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, mostra-se inviável acolher a alegada nulidade desse ato processual, máxime porque o acusado esteve devidamente assistido e representado por defesa técnica previamente constituída (HC n. 212.568/RJ, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 26/9/2012).

3. Etimologicamente, processo significa marcha avante, do latim *procedere*. Logo, a interrupção de seu seguimento, por meio da imposição de nulidades infundadas, fere peremptoriamente o instituto jurídico. Em razão disso, segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível - quando se trata de nulidade de ato processual - a demonstração do prejuízo

sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não ocorreu na espécie.

[...]

7. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 1.561.061/SP, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019);

“Penal e processo penal. Inquirição das testemunhas. Inversão da ordem prevista no art. 212 do CPP. Nulidade relativa. Prejuízo não demonstrado. Tráfico de drogas. Causa de diminuição de pena. Artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Requisitos cumulativos. Dedicção atividade criminosa. Utilização inquéritos e/ou ações penais. Possibilidade. Art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Munições desacompanhadas de armamento. Tipicidade. *Abolitio criminis* temporária. Não ocorrência. Excludente de punibilidade. Ausência de devolução espontânea. Agravo regimental não provido.

[...]

2. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Codex, não é possível reconhecer a nulidade do ato. No presente caso, a defesa não logrou demonstrar prejuízo, não havendo, pois, falar em nulidade do ato impugnado.

[...]

7. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 1.341.174/RS, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)

Por outro lado, quanto à alegada nulidade pela não especificação, pelo Tribunal *a quo*, das penas substitutivas da privativa de liberdade, ressalta-se que “o conhecimento do recurso especial interposto pela alínea “c” do permissivo constitucional reclama a realização do cotejo analítico e a comprovação da similitude fática entre o aresto recorrido e o trazido à colação, o que não ocorreu na presente hipótese.” (AgRg no AREsp 1.397.156/PR, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, Quinta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 28/11/2019).

Ademais, segundo a jurisprudência pacificada nesta Corte, não há nenhum impedimento para que o Juízo das Execuções especifique quais serão as penas restritivas de direitos substitutivas. Confirmam-se os seguintes julgados:

“Habeas corpus. Tráfico de drogas. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Dedicção a atividades criminosas. Reformatio in pejus. Consectários. Regime aberto. Substituição da pena. Habeas corpus concedido.

[...]

4. Ordem concedida, a fim de: a) reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em favor do paciente, aplicá-la no patamar de 1/2 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) *determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.*”

(HC 484.438/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 25/04/2019, grifou-se);

“Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tráfico de drogas na forma privilegiada. Causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06). Quantum de redução.

Proporcionalidade. Modificação. Impossibilidade. Revolvimento fático-probatório. Regime inicial. Gravidade abstrata e hediondez do delito. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal evidenciado. Aplicação do art. 33, § 2º, alínea “c”, e § 3º, do Código Penal - CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Art. 44 do Código Penal. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

[...]

6. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Na hipótese, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem.

Habeas corpus não conhecido. *Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.*”

(HC 456.110/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

Analizadas as preliminares, passa-se ao mérito do recurso especial da defesa.

Colhe-se do acórdão recorrido excerto sobre a dinâmica dos fatos que teriam levado ao fatídico acidente aéreo que acabou por ceifar a vida de 154 pessoas que estavam a bordo da aeronave:

“Na espécie, compulsando os autos, verifico que nem dolo eventual nem culpa consciente podem ser atribuídas ao acusado *Jomarclo Fernandes dos Santos* sem que isso implique, necessariamente, reconhecimento de que, naquele fatídico dia, malgrado não quisesse o resultado colisão aérea, assumiu o risco de produzi-lo ou, mesmo prevendo-o, confiou que não aconteceria. Tudo isso sem qualquer cuidado com as conseqüências advindas de sua conduta e bem assim com a vida de inúmeros passageiros sob sua responsabilidade, além, obviamente, das 154 (cento e cinquenta e quatro) vítimas do vôo 1907. Caso fosse adotado este entendimento, estar-se-ia partindo do pressuposto de que o acusado tinha consciência de que a altitude da aeronave N600XL encontrava-se em “patamar impróprio para a rota programada,” bem assim tinha “deixado de adotar as providências regulamentares para falha de transponder,” e manteve-se inerte em alterá-lo, jogando com a sorte.

Isso, definitivamente não parece o ocorrido, a menos que estivesse passando por problemas muito graves de ordem psicológica, com intenção deliberada de provocar a morte de muitas pessoas, fato que não ficou evidenciado no caso.

Consta dos autos que:

- O plano de vôo da aeronave N600XL, apresentado ao serviço de tráfego aéreo brasileiro, às 16h50m, consignava partida de São José dos Campos, com acionamento dos motores previsto para 17h30m. A rota consistia em tomar a aerovia UW2, com entrada no fixo PCL (ponto correspondente à cidade de Poços de Caldas/MG), seguindo por ela até o fixo BRS (Brasília), ponto de quinada para aerovia UZ6, a ser percorrida até Manaus/AM. Os níveis de cruzeiro programados eram F370 até BRS, descendo para F360 até TERES (fixo de auxílio à navegação situado ao longo da aerovia UZ6), e subindo, por fim, para F380 até o destino.

- Às 17h35m, foi aprovado o plano de vôo da aeronave N600XL pelo controlador de vôo *Felipe Santos dos Reis*, Assistente do CINDACTA 1. Consta que a respectiva autorização, contudo, foi emitida em desconformidade com o que preconiza a Instrução do Comando da Aeronáutica nº 100-12 (ou simplesmente ICA 100-12), que dispõe sobre “Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo”, e consubstancia o mais importante diploma normativo atinente ao tema.

- Às 17h54m, a aeronave N600XL decolou, perfazendo um vôo regular, sem anormalidades, até as imediações de Brasília/DF.

- Às 18h51m07s, após ingressarem no setor 07 do CINDACTA, os pilotos da aeronave N600XL contactaram o órgão de controle de tráfego aéreo, informando o nível de cruzeiro F370 (37 mil pés), então compatível com o plano de vôo. Foram atendidos pelo denunciado **Jomarclo Fernandes dos Santos**, que estava responsável por

aquele setor e, por meio do console nº 08, passou a monitorar a aeronave N600XL. O tráfego, naquele horário, era bastante tranquilo, consoante avaliação unânime dos controladores que prestaram depoimento.

- Poucos minutos depois, às 18h55m28s, a aeronave N600XL transpôs o ponto até o qual poderia voar no nível de cruzeiro F370. Dali em diante, ingressaria na aerovia UZ6, devendo nivelar-se em altitude compatível com o sentido de deslocamento Brasília -Manaus (F360 - 36 mil pés). O que não ocorreu.

- Durante todo este período em que a aeronave N600XL esteve sob a vigilância daquele órgão, estava com o transponder ligado, informando a sua altitude real.

- Pontualmente às 19h01m53s, o transponder do N600XL foi desligado.

quando os pilotos exercitavam alguns sistemas e equipamentos da aeronave, com o fito de aprender e aprimorar o manuseio deles. Por não estarem afeiçãoados ao funcionamento de alguns itens, acabaram desativando acidentalmente o transponder.

*- A despeito do patente perigo implicado na situação -perigo, **Jomarclo Fernandes dos Santos** não fez contato com a aeronave, tampouco tomou qualquer providência para que os pilotos acionassem o transponder ou adequassem o nível de voo.*

*E, ao passar o posto para o outro controlador de voo, **Lucivando Tibúrcio de Alencar**, não forneceu-lhe informação sobre o nível de cruzeiro da aeronave N600XL, afirmando, peremptoriamente, que ela se encontrava em F360 (36 mil pés).*

Diante desse contexto, atenho-me tão somente à acusação pelo fato de o acusado ter agido com imperícia pelo não monitoramento adequado da aeronave N600XL durante 26 minutos, e a conseqüente negligência quanto à ausência de cuidado de observação constante dos instrumentos de trabalho, sobretudo do mapa da rota dos pilotos da referida aeronave e ao TCAS - Traffic Collision Avoidance System (Alerta de Tráfego e sistema de Colisão), que resultou no trágico acidente aéreo que vitimou 154 pessoas.

[...]

De destacar que a função de controlador de voo é reconhecidamente rígida no tocante aos cumprimentos das regras, sobretudo às referentes ao controle de tráfego aéreo e do espaço aéreo, disciplinadas na IC 100-12, que no item 14.4. e respectivos subitens, estabelece vários procedimentos indispensáveis que o controlador de voo deve obrigatoriamente obedecer, entre eles, destaca-se a verificação de falha de transponder.

Neste caso, deve o controlador, imediatamente, comunicar-se com o piloto da aeronave, e solicitar o acionamento do referido equipamento. E, caso persista a falha, que o controlador realize testes específicos.

*No entanto, conforme demonstrado nos autos, tais procedimentos deveriam ter sido realizados pelo acusado **Jomarclo**, que tinha conhecimento de que a aeronave*

N600XL encontrava-se em nível de cruzeiro incompatível com o plano de voo e impróprio para o sentido a ser percorrido na aerovia UZ6. E mais, ao transferir o posto para o outro controlador de voo, não forneceu as informações devidas sobre nível de cruzeiro da aeronave N600XL. Contrariamente, afirmou que a mesma encontrava-se no nível F360, ou seja, a 36 mil pés, quando, na verdade, a aeronave encontrava-se no nível F370, ou seja, a 37000 mil pés, incompatível com a rota percorrida.

[...]

Compulsando os autos, verifico que quanto à primeira conduta - negligência quanto às falhas de transponder e de comunicação -, *Lucivando Tibúrcio de Alencar* foi absolvido sumariamente.

Consiste, pois, a insurgência do Recorrente tão somente com relação à alegada negligência por não ter programado o console n. 08, sob o seu comando, com as chamadas frequências auxiliares da carta de rota dos pilotos, o que impediu e dificultou a comunicação entre a aeronave Legacy e o Centro de Controle de Tráfego Aéreo.

Do Laudo Pericial, elaborado pela Polícia Federal, extrai-se o seguinte:

[...]

De consignar que, em uma passagem anterior, o referido laudo faz referência a três tentativas de comunicação da aeronave com o sistema aéreo que não teriam ficado devidamente registradas. E, em seguida, assevera que “as duas tentativas seguintes, listadas sob o índice 27 da tabela 8, foram recebidas pelo ACC-BS, de modo que foi possível determinar a frequência utilizada: 123,3, conforme indicado na tabela. Embora essas comunicações tenham sido recebidas pelo ACC, elas não foram ouvidas pelo controlador responsável pela aeronave N600XL, pois a frequência 123,3 não se encontrava programada no console utilizado pelo controlador” (fls. 892/893).

No particular, cabe destacar que tão somente após 10 (dez) minutos de assumir o comando, *Lucivando* veio a fazer a primeira tentativa com a aerovane Legacy 600. Exatamente às 19h26m56s, o que denota a sua negligência. Primeiro, em razão da inoperância do transponder; e, segundo, porque quando ele começou a operar, a aeronave estava entrando na área crítica (“não radar”), ou seja, a cobertura do radar nesse espaço é falha ou inexistente, situações que supõe-se tenha conhecimento em razão do cargo que ocupa.

A segunda tentativa deu-se às 19h27m12s, ou seja, após 07 minutos da primeira, e sem obtenção de resposta. Às 19h53m38s, fez a terceira tentativa às cegas para informar a frequência ao Centro de Controle Amazônico.

Não restam dúvidas de que o ora Recorrente, *Lucivando Tibúrcio*, foi displicente aos procedimentos do instrumental normativo do ACC-BS - ICA 100-12, que regula as atribuições do controlador. Deveria ter, desde a primeira tentativa, utilizado - se

das demais frequências válidas para o setor, uma vez que bastaria programar as cinco frequências auxiliares existentes, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

De consignar, ainda, que o piloto da aeronave Legacy, no período entre 19h48m13s e 19h52m56s fez 12 (doze) tentativas de comunicação com o CINDACTA 1, através de outras frequências e estas não estavam programadas no console do acusado. E, como os setores 7, 8 e 9 estavam agrupados no console 8, o controlador poderia selecionar a frequência de todos os setores (fl. 149 do relatório do CENIPA), o que não ocorreu na hipótese dos autos. O Apelante preferiu insistir em apenas uma frequência em que pese a ciência da dificuldade de comunicação do N600XL.

E, entre outros termos, conclui o mencionado laudo que não restam dúvidas de que os pilotos do Legacy tentaram estabelecer comunicação com a aeronave em frequência válida para o setor e que não estava programada no console do controlador, o que tornou frustrada a comunicação. É certo que a mensagem “foi recebida pelo ACC-BS” e registrada no “Centro” e, como não chegou ao console ou não foi ouvida, é porque a frequência não estava programada.

De ressaltar que a tese suscitada pela Defesa de que não ocorreu nenhuma “perícia independente”, ao argumento de que não haveria no Brasil profissional com independência suficiente para atuar como perito no caso, e que o acidente, por ter relação com os serviços da Força Aérea Brasileira, põe sob suspeita todo e qualquer perito brasileiro, não merece acolhimento.

Com efeito, o Laudo Pericial produzido pelo Instituto Nacional de Criminalística confirma que a Carta de Rota H3, que contém a aerovia UZ6, apresenta as frequências utilizadas pelo setor 7 do Controle de Tráfego Aéreo de Brasília, que são:

123,30; 128,00; 133,05; 135,90 e 121,50. E destas frequências tão somente a 135,90 encontrava-se programada no console n. 08, sob a responsabilidade do acusado *Lucivando Tibúrcio de Alencar*. E que a aeronave Legacy 600 fez várias tentativas de contato, através das frequências 123,30; 133,05 e 135,90 (fl. 894). Estas também foram as conclusões do laudo elaborado pela CENIPA (fl. 53).

*De consignar, ainda, que tanto os laudos elaborados pelo Instituto Nacional de Criminalística quanto o do CENIPA comprovam que, de fato, ocorreu a ausência de programação das frequências no console n. 08 e, por isso, ficou o controlador de voo, o ora acusado **Lucivando Tibúrcio**, impedido de receber as chamadas efetuadas pelo Legacy 600.*

[...]

Na espécie, *Lucivando Tibúrcio de Alencar*, consciente da perda do transponder e, posteriormente, de qualquer sinal de radar do jato Legacy, buscou contato com a aeronave, mas não executou os procedimentos previstos no ICA 100-12 para a perda do transponder e de contato com o radar (itens 13.2.1, 14.4.9, 14.4.10, 14.4.11, 14.6.3 e 14.6.4), contrariamente, manteve a aeronave Legacy voando.

Frente às dificuldades de contato com a aeronave, observa-se que também não executou os procedimentos para falhas de comunicação, previstos no ICA 100-12 (itens 4.1.2, 7.14.1, 7.14.2 e 7.14.6 (cf. relatório CENIPA fl. 152).

*Diante desse contexto, o Recorrido **Lucivando Tibúrcio de Alencar** não só foi negligente por não ter selecionado no console as frequências indicadas para o setor, mas, também, imperito no manuseio do console, posto que se estivesse selecionado as frequências indicadas na carta de rotas dos pilotos teria recebido as chamadas provenientes da aeronave.*

Ademais, é certo que a ausência de programação das frequências no console de Lucivando, e que prejudicou a comunicação entre a aeronave e o Legacy em pleno voo em espaço aéreo controlado, surge como uma circunstância que, de fato, agrava a conduta delituosa perpetrada.

*Desse modo, não há que se falar em atipicidade da conduta, que o Recorrente agiu em conformidade com o estrito cumprimento de dever legal. Na espécie, encontra-se evidenciado nos autos que, de fato, **Lucivando Tibúrcio de Alencar** não cumpriu o dever de selecionar, no console, as frequências indicadas para o setor, não havendo como aplicar a excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual a manutenção da sua condenação é medida que se impõe.*

[...]” (e-STJ, fls. 4.792-4.811, grifou-se)

Ressalte-se que, para alterar as conclusões a que chegou o Tribunal *a quo* a respeito das alegações pertinentes à absolvição pela ausência de nexos de causalidade ou pelo estrito cumprimento de dever legal, é imprescindível a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes:

“Agravamento nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Estelionato e extorsão. Ausência de violação do art. 155 do CPP. Absolvição. Necessidade de revolvimento fático probatório. Súmula 7/STJ. Agravante não descrita na denúncia. Aplicação. Possibilidade. Ausência de contrariedade ao princípio da correlação. Súmula 83/STJ. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Execução provisória da pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Agravo improvido. Execução antecipada da pena indeferida.

1. Ausente a apontada negativa de prestação jurisdicional, se o acórdão apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, a afastar a tese de violação do art. 619 do CPP.

2. Tendo o Tribunal de origem concluído que teriam sido devidamente comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, por meio de provas colhidas tanto na fase investigatória quanto judicial, não há falar em violação do art. 155 do CPP.

3. A pretensão de absolvição demandaria incursão na seara probatória, vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

[...]

7. Agravo regimental improvido e indeferida a execução provisória da pena.”

(AgRg nos EDcl no AREsp 1.486.558/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019)

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Autoria do delito. Pedido de absolvição. Violação do art. 155 do Código de Processo Penal - CPP. Não configurada. Dosimetria da pena. Causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Requisitos não preenchidos. Dedicção à atividade criminosa. Habitualidade da conduta. Provas dos autos. Circunstâncias do delito. Revolvimento fático-probatório. Incidência do verbete n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Agravo regimental desprovido.

1. Inafastável a incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ, pois a alteração do que restou consignado na instância ordinária, de maneira a reconhecer a hipótese de absolvição, demandaria o reexame das provas e fatos constantes dos autos, o que é inviável na via eleita.

2. O Tribunal de origem concluiu que o agravante se dedicava a atividades criminosas, ao argumento de que as provas colhidas e a quantidade dos entorpecentes e apetrechos demonstram a habitualidade na traficância, o que afasta a aplicação da minorante. Rever esse entendimento demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AREsp 1.534.964/SC, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, Quinta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019)

“Processual penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Interposição prematura. Ausência de ratificação posterior. Intempestividade. Súmula 418 do STJ. Corrupção passiva. Pleito de absolvição. Ausência de provas. Súmula 7 do STJ. Incidência.

1. Esta Corte Superior vem decidindo reiteradamente, mesmo na seara penal, que é intempestivo o recurso especial interposto prematuramente, a teor do disposto na Súmula 418 do STJ, segundo a qual “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

2. *O acolhimento do pedido de absolvição, fundado na ausência de demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do acusado e o evento delituoso, esbarra na dicção da Súmula 7 do STJ, à vista da necessária incursão no conjunto fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso especial.*

3. Agravos regimentais desprovidos.”

(AgRg no AREsp 440.066/ES, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, Quinta Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015, grifou-se)

“Processual penal. Nulidade. Imprestabilidade da prova para a absolvição. Reexame de provas. Súmula 7-STJ.

1 - *Dizer da prática de crime sob o amparo da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal é intento que esbarra no óbice da Súmula 7-STJ, pois demanda revolvimento de aspectos fático-probatórios, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias.*

2 - Recurso não conhecido.”

(REsp 53.816/PR, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, Sexta Turma, julgado em 07/10/1999, DJ 08/11/1999, p. 100, grifou-se)

Procedo à análise do *recurso especial do Ministério Público Federal*.

O Tribunal *a quo* fixou a pena dos réus da seguinte forma:

“Passo à dosimetria da pena de *Jomarclo Fernandes dos Santos*.

Atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifico que a conduta merece severa reprovação. A culpabilidade do réu é de elevada reprovabilidade por se tratar de inobservância de procedimentos elementares na aviação; os bons antecedentes atestam a primariedade; a personalidade, a conduta social, os motivos e as circunstâncias do crime são normais para a espécie; as circunstâncias do crime são gravíssimas, uma vez que deixou de manejar os instrumentos sob sua responsabilidade de forma adequada; as conseqüências do crime, não obstante gravíssimas, com a morte de 154 (cento e cinquenta e quatro) pessoas, que se encontravam a bordo da aeronave GOL vôo 1907, não serão consideradas para fixação da pena -base além do mínimo legal, porque já integram a qualificadora do delito; o comportamento da vítima é desinfluyente para o cômputo da pena.

Assim sendo, entendo como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito estabelecer a pena -base em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção.

Ausentes circunstâncias atenuantes, agravantes e causas de diminuição de pena. Incide, no entanto, a causa de aumento do artigo 121, § 4º, do Código Penal, razão pela qual majoro em 1/3 (um terço), resultando a pena em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção.

Incide, ainda, a parte final do artigo 258 do Código Penal, que determina o aumento da pena em 1/3 (um terço) em caso de homicídio culposo, o que torna a pena definitiva em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção.

Fixo o regime aberto para o cumprimento da pena (CP, art. 33, §2º, c).

Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem determinadas pelo Juízo da Execução (CP, art. 44, § 2º).

[...]

Desse modo, não há que se falar em atipicidade da conduta, que o Recorrente agiu em conformidade com o estrito cumprimento de dever legal. Na espécie, encontra-se evidenciado nos autos que, de fato, *Lucivando Tibúrcio de Alencar* não cumpriu o dever de selecionar, no console, as frequências indicadas para o setor, não havendo como aplicar a excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual a manutenção da sua condenação é medida que se impõe.

[...]

Passo ao novo cálculo da pena imposta ao réu *Lucivando Tibúrcio de Alencar*.

Atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifico que a conduta merece severa reprovação. A culpabilidade do réu é muito grave, em razão do seu comportamento imperito e negligente com elevado grau de reprovabilidade por se tratar de inobservância de procedimentos elementares na aviação; os bons antecedentes atestam a primariedade; a personalidade, a conduta social, os motivos e as circunstâncias do crime são normais para a espécie; as circunstâncias do crime são gravíssimas, uma vez que deixou de manejar os instrumentos sob sua responsabilidade de forma adequada; as conseqüências do crime, não obstante gravíssimas, com a morte de 154 (cento e cinquenta e quatro) pessoas, que se encontravam a bordo da aeronave GOL vôo 1907, não serão consideradas para fixação da pena -base além do mínimo legal, porque já integram a qualificadora do delito; o comportamento da vítima é desinfluyente para o cômputo da pena.

Assim sendo, entendo como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito estabelecer a pena-base em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção.

Ausentes circunstâncias atenuantes, agravantes e causas de diminuição de pena. Incide, no entanto, a causa de aumento do artigo 121, § 4º, do Código Penal, razão pela qual majoro em 1/3 (um terço), resultando a pena em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção.

Incide, ainda, a parte final do artigo 258 do Código Penal, que determina o aumento da pena em 1/3 (um terço) em caso de homicídio culposo, o que torna a pena definitiva em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção.

Fixo o regime aberto para o cumprimento da pena (CP, art. 33, §2º, c).

Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem determinadas pelo Juízo da Execução (CP, art. 44, § 2º).” (e-STJ, fls. 4.800-4.819)

A questão alegada pelo *Parquet* cinge-se ao reconhecimento do vetor consequência do crime como desfavorável em razão da morte das 154

pessoas que estavam a bordo da aeronave, o que extrapolaria a conduta praticada pelos réus. Além disso, mantendo-se a aplicação das causas de aumento previstas nos arts. 121, § 4º, e 258 do Código Penal.

O Tribunal de origem, quanto ao ponto, asseverou:

“Passo à dosimetria da pena de Jomarcelo Fernandes dos Santos.

[...] as conseqüências do crime, não obstante gravíssimas, com a morte de 154 (cento e cinquenta e quatro) pessoas, que se encontravam a bordo da aeronave GOL vôo 1907, não serão consideradas para fixação da pena -base além do mínimo legal, porque já integram a qualificadora do delito; o comportamento da vítima é desinfluyente para o cômputo da pena.

[...]

Passo ao novo cálculo da pena imposta ao réu Lucivando Tibúrcio de Alencar.

[...] as conseqüências do crime, não obstante gravíssimas, com a morte de 154 (cento e cinquenta e quatro) pessoas, que se encontravam a bordo da aeronave GOL vôo 1907, não serão consideradas para fixação da pena -base além do mínimo legal, porque já integram a qualificadora do delito;

[...]” (e-STJ, fls. 4.800-4.819)

É importante ressaltar que a forma qualificada (art. 263 do CP) do delito previsto no art. 261 do CP (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo) prevê que, “se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.” Desse modo, para a ocorrência da forma qualificada, basta que ocorra uma morte ou a lesão corporal. Ocorrendo qualquer um desses eventos, aplica-se o art. 258 do CP que determina a aplicação de um aumento de um terço sobre a pena prevista ao homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP). Entretanto, há previsão de aumento de um terço (art. 121, § 4º, do CP) nos casos em que o homicídio culposo foi praticado com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Nesse contexto, não obstante a forma qualificada do delito de atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo exija o resultado morte, não se mostra incompatível a valoração desfavorável do vetor consequência em razão da morte de um número maior pessoas. É evidente que o delito desbordou da reprovabilidade normal ínsita ao próprio tipo penal.

No caso, o evento morte ocorreu de modo a atrair a qualificadora do art. 258 do CP. Entretanto, a conduta praticada pelos agentes resultou não somente

uma morte, mas ceifou a vida de 154 pessoas que estavam a bordo da aeronave, o que justifica uma maior exasperação da pena-base em razão das consequências do crime.

Por fim, nos termos da jurisprudência desta Quinta Turma, correta a aplicação da causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, do CP em razão de uma maior reprovabilidade pela ausência de observância das regras técnicas de profissão ou ofício na ocasião do cometimento da conduta criminosa.

Nesse sentido, invoco os seguintes precedentes:

“Penal. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio culposo. Ofensa ao princípio da colegialidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Aplicação da majorante prevista no § 4º do art. 121 do CP. Admissibilidade. Ausência de cuidado objetivo devidamente indicada. Inobservância de regra técnica específica da profissão comprovada. *Bis in idem* não configurado.

I - O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4.º, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, e ainda, dar ou negar provimento nas hipóteses em que houve entendimento firmado em precedente vinculante, súmula ou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da matéria debatida no recurso, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade.

II - Delineada a ausência do dever objetivo de cuidado, associada à inobservância de regra técnica específica da profissão, correta a incidência do § 4º, primeira parte, do art. 121 do Código Penal.

“Tal dispositivo só se aplica quando se trata de um profissional, pois somente em tal caso se acresce a medida do dever de cuidado e a reprovabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal - Parte Especial - Volume 1: Ed. Forense, 11ª edição, 1995, p. 46-47).

III - Não configura *bis in idem* considerar, a partir do exame de uma mesma conduta (comissiva ou omissiva), realizado o tipo culposo descrito no art. 121, § 3º, do Código Penal, e, ao mesmo tempo, entender pela causa de aumento prevista no § 4º do citado tipo legal (precedentes).

IV - No caso dos autos, são distintos os fundamentos para imputar a conduta culposa e fazer incidir a causa especial de aumento de pena.

Portanto, não há que se falar em *bis in idem*.

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1.828.323/MG, Rel. Ministro *Leopoldo de Arruda Raposo* (Desembargador Convocado Do TJPE), Quinta Turma, julgado em 07/11/2019, DJe 12/11/2019)

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio culposo. Art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. Negligência. Inobservância de regra técnica da profissão. Fundamentação deficiente: inocorrência.

Bis in idem inexistente. Individualização de pena. Escorreita. Agravo regimental improvido.

1. Situação em que engenheiro responsável por obra foi condenado pelo homicídio culposo de servente de pedreiro que caiu no fosso de elevador.

2. Atribui-se maior reprovação à conduta culposa que despreza a existência de norma técnica disciplinando a atividade exercida. Isso porque ao profissional que desempenha certas atividades (como o médico e o engenheiro), impõe-se um maior dever objetivo de cuidado.

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência dessa Corte assentou que a causa de aumento de pena referente à inobservância de regra técnica de profissão se situa no campo da culpabilidade, demonstrando que o comportamento do agente merece uma maior censurabilidade.

3. Demonstrado à saciedade, nos autos, que o acusado foi negligente, ao não se preocupar com a segurança dos trabalhadores da obra por cuja fiscalização era responsável, desrespeitando também, com essa conduta, norma específica da profissão, incide a causa de aumento de inobservância de regra técnica de profissão prevista no § 4º do art. 121 do CP.

4. Não há que se falar em *bis in idem* em virtude de ter sido o réu condenado por culpa e de ter sua pena majorada pelo fato de o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp 1.097.076/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018)

No mesmo sentido, trago ainda julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processual Penal. Artigos 261, 263, 258 e 121, § 3º, do Código Penal (atentado contra a segurança de transporte aéreo, na forma qualificada com sanção aumentada em um terço, por aplicação da pena do homicídio culposo, no caso de morte). 3. Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Acórdão recorrido suficientemente motivado. 4. Alegação de violação ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI). Decisão que fez considerações negativas sobre a culpabilidade e as circunstâncias do crime. Direito à individualização

da pena satisfeito. 5. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade penal (5º, XXXIX). Aplicação da causa de aumento de pena do art. 121, § 4º, do CP. Decisão recorrida que interpretou o texto legal e concluiu que a causa de aumento era aplicável. Causa de aumento legalmente prevista. Inaplicabilidade ao caso não evidente. Inexistência de ofensa direta à Constituição. 6. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e legalidade penal (5º, XXXIX). Inobservância da regra técnica. Valoração tanto na tipicidade pelo crime do art. 261, quanto na causa de aumento do art. 121, § 4º, do CP. Bis in idem. Não ocorrência. A culpa não precisa de decorrer de inobservância de regra técnica. 7. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e legalidade penal (5º, XXXIX). Cumulação das causas de aumento de pena do art. 121, § 4º, e do art. 258, do CP. Interpretação razoável do art. 68, parágrafo único, do CP. Inexistência de violação direta à Constituição. 8. Violação ao direito à individualização da pena (art. 5º, XLVI). Negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Crime culposos. Mesmo em crimes culposos, a substituição da pena depende de um juízo de suficiência das penas alternativas – art. 44, III, CP. Inexistência de violação direta à Constituição.

9. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 10. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgR no ARE n. 896.843/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 23/09/2015, grifo nosso)

Assim sendo, na espécie, a dosimetria das penas dos réus deve ser redimensionada, de modo a exasperar a penas-base também pelas consequências do crime.

Passo, portanto, ao redimensionamento das penas de acordo com o que estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Em relação a Jomarcelo Fernandes dos Santos:

Na primeira fase, considerando desfavoráveis a culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, estabeleço a pena-base em 2 anos e 6 meses de detenção. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena fixada. Por fim, aplico a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, razão pela qual majoro em 1/3, resultando na pena de 3 anos e 4 meses de detenção. Aplica-se ainda o aumento do art. 258 do CP, o que majora a pena em 1/3, resultando a pena definitiva em 4 anos, 5 meses e 10 dias de detenção, a ser cumprida no regime semiaberto.

Não obstante as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o Tribunal *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Tendo

esta Corte acrescentado somente as consequências para exasperar a pena-base, não vejo óbice à manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como determinado pelo Tribunal no acórdão recorrido.

Quanto a *Lucivando Tibúrcio de Alencar*:

Na primeira fase, considerando desfavoráveis a culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, estabeleço a pena-base em 2 anos e 6 meses de detenção. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena fixada. Por fim, aplico a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, razão pela qual majoro em 1/3, resultando na pena de 3 anos e 4 meses de detenção. Aplica-se ainda o aumento do art. 258 do CP, o que majora a pena em 1/3, resultando a pena definitiva em 4 anos, 5 meses e 10 dias de detenção, a ser cumprida no regime semiaberto.

Não obstante as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o Tribunal *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Tendo esta Corte acrescentado somente as consequências para exasperar a pena-base, não vejo óbice à manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como determinado pelo Tribunal no acórdão recorrido, já por se tratar de crimes **culposos**, já por não ter havido impugnação do Ministério Público a este ponto, de modo que constituiria **reforma em prejuízo**, caso se fizesse diferente.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, II e III, do Regimento Interno do STJ, **conheço parcialmente** do recurso especial de *Jomarclo Fernandes dos Santos* e *Lucivando Tibúrcio de Alencar* e, nessa parte, **nego-lhe provimento**, bem como **dou parcial provimento** ao recurso do *Ministério Público Federal*, nos termos da fundamentação.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 126.092 - SP (2020/0096758-5)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Recorrente: Maycon Cesar Sousa Silva (preso)
Advogado: Angelo Augusto Hoto Marcon - SP331233
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Invasão domiciliar e do local de trabalho efetuada por policiais militares sem prévia autorização judicial. Ausência de justa causa para concluir pela existência de situação de flagrante. Abordagem do paciente na rua, seguida de revista pessoal na qual nada de ilícito foi encontrado em sua posse. Condução subsequente do suspeito a seu local de trabalho e à sua residência, nos quais foram encontrados entorpecentes. Nulidade das provas obtidas na busca e apreensão. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8102010).

2. A Corte Suprema assentou, também, que “o conceito de ‘casa’, para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. *Celso de Mello*, 2ª Turma do STF, julgado em 12042005, DJe de 02062006; RE 251.445/GO, Rel. Min. *Celso de Mello*, decisão monocrática publicada no DJ de 03082000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. *Celso de Mello*, 2ª Turma do STF, julgado em 03042007, DJe de 18052007).

3. Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em estabelecimentos protegidos pela garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a

conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. “A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.” (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

5. Somente a informação de que o paciente tivera envolvimento anterior com tráfico de drogas não autoriza a autoridade policial a conduzi-lo até seu local de trabalho e sua residência, locais protegidos pela garantia constitucional do art. 5º, IX, da CF, para ali efetuar busca, sem prévia autorização judicial e sem seu consentimento, diante da inexistência de fundamento suficiente para levar à conclusão de que, naqueles locais, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Precedente: (HC 527.161/RS, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019).

6. No caso concreto, a leitura dos Termos de Depoimento dos condutores do paciente, na ocasião do flagrante, revela que, após terem abordado e revistado o paciente na rua por terem conhecimento de seu envolvimento anterior com o tráfico, e com ele encontrarem apenas T\$ 35,00 e um molho de chaves, sem qualquer indício ou investigação prévia sobre local em que poderia haver droga, o paciente foi por eles conduzido primeiro a seu local de trabalho (uma barbearia), onde foram encontrados 14 (quatorze) “ependorfs” contendo substância semelhante a cocaína, e depois à sua residência, na qual foram descobertos saquinhos plásticos, típicos de embalar drogas, dois comprimidos e, no quarto do autuado, uma balança de precisão.

7. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no local de trabalho e no domicílio do paciente sem seu consentimento e sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião deve ser considerada ilícita.

8. Já tendo havido condenação do paciente no 1º grau de jurisdição, deve a sentença ser anulada, absolvendo-se o paciente, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

9. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 23 de junho de 2020 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe: 30.6.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Maycon César Sousa Silva* contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou a ordem por ele pleiteada e por meio da qual pretendia fossem declaradas nulas as provas obtidas em busca domiciliar efetuada por policiais militares sem prévia autorização judicial, trancando-se, por consequência, a ação penal n. 1500212-84.2019.8.26.0129, em curso na 1ª Vara criminal da Comarca de Casa Branca/SP.

Referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Habeas Corpus Tráfico de Drogas - Alegação de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal consistente no processamento de ação penal de natureza condenatória fundada em provas obtidas por meios ilícitos - Pleito objetivando a concessão da liminar para ser agraciado com a liberdade provisória - Liminar indeferida - Presença de justa causa para a persecução penal - Presente requisitos da custódia cautelar - Reincidente específico em tráfico de drogas - Ordem denegada.

(HC n. 2284697-72.2019.8.26.0000, Rel. Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli, 16ª Câmara criminal do TJSP, unânime, julgado em 5/2/2020)

Inconformado, insiste o recorrente na ilegalidade da prova coletada, alegando ter sido abordado, no dia 18/03/2019, na rua por Policiais Militares, sem que houvesse prévia denúncia contra si e sem que estivesse em

atitude suspeita ou que tivesse consigo qualquer objeto ilícito, após o que os policiais o teriam colocado na viatura e se dirigido ao seu local de trabalho e depois à sua residência, ingressando em ambos sem autorização sua e sem prévio mandado judicial. Supostamente, na barbearia em que trabalha, teriam sido encontrados 9,97 gramas de cocaína.

Aponta ilegalidade, inclusive, na sua condução pelos policiais até o local de trabalho e sua residência, posto que não haviam identificado nada de irregular em sua conduta durante sua abordagem na rua.

Argumenta que o local de trabalho também é protegido pela inviolabilidade garantida à residência dos cidadãos (RHC n. 90.376-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello), tanto mais que se trata de local privado que estava fechado no momento da ocorrência.

Pede, assim, o provimento do recurso ordinário, cassando-se o acórdão recorrido, “para que sejam declaradas nulas todas as provas obtidas pelas buscas ilegais realizadas pelos Policiais Militares, e as suas derivadas, sendo certo que todas foram com base na ilicitude menciona, determinando o trancamento da referida ação penal de origem, extinguindo a punibilidade do Paciente e colocando-o em liberdade” (e-STJ fl. 303).

Sucessivamente, pede “seja dado *parcial provimento*, a fim de que o Paciente possua o direito de acompanhar prosseguimento do feito em liberdade” (e-STJ fl. 303).

Em contrarrazões ao recurso, o Ministério Público do Estado de São Paulo, pugna pela manutenção do acórdão, ao argumento de que a apreensão de substância entorpecente está ancorada em circunstâncias suspeitas preexistentes (delação apócrifa e envolvimento anterior em crime da mesma natureza), ressaltando que o recorrente possui registros criminais, é reincidente específico e estava em gozo de livramento condicional autorizado em outro processo, na ocasião de sua abordagem.

No mais, defende a existência de fundamentação robusta para a prisão cautelar (apreensão de drogas; recorrente reincidente específico; atuado em flagrante, na fruição de livramento condicional por outro processo).

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer assim ementado:

Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Proteção do domicílio (art. 5º, XI, da CF). Atuação policial com base em fundada suspeita de cometimento de crime permanente. Entrada franqueada. Licitude da prova.

1. O Tribunal *a quo* afastou a alegação de nulidade da prova obtida em suposta violação ao domicílio do recorrente, sob o fundamento de que “havia suspeitas fundadas de envolvimento no tráfico e o ingresso teria sido precedido de autorização”. Ao assim decidir, a Corte de origem acompanhou o entendimento desse Tribunal Superior, não merecendo reparos.

2. A alteração da conclusão de que havia suspeitas fundadas de envolvimento do recorrente no tráfico e que o ingresso teria sido precedido de autorização não pode ser realizada na via eleita, por demandar aprofundado exame da matéria fático-probatória dos autos.

3. Parecer pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8102010).

A Corte Suprema assentou, também, que “o conceito de ‘casa’, para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, julgado em 12042005, DJe de 02062006; RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática publicada no DJ de 03082000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) *qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade*” (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, julgado em 03042007, DJe de 18052007).

A extensão da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar a estabelecimentos empresariais ou locais de trabalho vem sendo referendada

pela jurisprudência mais recente como se vê, entre outros, dos seguintes precedentes:

Habeas corpus. 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas.

(HC 106.566, Relator(a): *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, *Processo Eletrônico DJe-053 Divulg 18-03-2015 Public 19-03-2015*)

*E m e n t a: Fiscalização tributária – Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais sem mandado judicial – Inadmissibilidade – Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI) – Subsunção ao conceito normativo de “casa” – Necessidade de ordem judicial – Administração pública e fiscalização tributária – Dever de observância, por parte de seus órgãos e agentes, dos limites jurídicos impostos pela constituição e pelas leis da república – Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida com transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar – Prova ilícita – Inidoneidade jurídica – “Habeas corpus” deferido. Administração tributária – Fiscalização – Poderes – Necessário respeito aos direitos e garantias individuais dos contribuintes e de terceiros. – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. **A garantia da inviolabilidade domiciliar como limitação constitucional ao poder do estado em tema de fiscalização tributária – Conceito de “casa”***

para efeito de proteção constitucional – Amplitude dessa noção conceitual, que também compreende os espaços privados não abertos ao público, onde alguém exerce atividade profissional: necessidade, em tal hipótese, de mandado judicial (CF, art. 5º, XI). – Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. – *Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material.* Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). – O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilège du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. *Illicitude da prova – Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais.* – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a

fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

(HC 103.325, Relator(a): *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, *Acórdão Eletrônico* DJe-213 *Divulg* 29-10-2014 *Public* 30-10-2014)

Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em estabelecimentos protegidos pela garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

É bem verdade que o crime de tráfico de drogas na modalidade atribuída ao ora paciente (guardar ou ter em depósito) possui natureza permanente. Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, *desde que* existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial.

Isso não obstante, esta Corte tem entendido que “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.” (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Crime permanente. Ingresso em domicílio sem mandado judicial. Flagrante. Justa causa. Possibilidade. Súmula 83/STJ. Revisão probatória. Não cabimento. Súmula 7/STJ. Agravo improvido.

1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que naquele momento, dentro da residência, haveria situação de flagrante delito.

2. Tendo o ingresso em domicílio decorrido de investigações preliminares, dando conta da existência de traficância na residência da recorrente, não há falar em nulidade do flagrante.

3. A análise de eventual validade das declarações prestadas por testemunha, que teria sido obrigada a prestar informação falsa sobre o delito, exigiria revolvimento fático-probatório, providência inadmissível nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.512.826PR, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020)

Processo penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Crime de tráfico de entorpecentes. Nulidade por violação de domicílio. Crime permanente. Justa causa configurada. Inocorrência de ilegalidade. Agravo não provido.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas, foram até o local onde se encontrava o réu que, de pronto, tentou empreender fuga, lançando uma sacola de plástica sobre a laje da casa em que estava, na qual foram encontrados 26 microtubos de cocaína e 4 porções de maconha.

4. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, conclui-se que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 516.746/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 15/08/2019, DJe 2008/2019)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Invasão de domicílio. Alegação de nulidade das provas. Crime permanente. Flagrante delito. Fundadas razões. Atuação de guardas municipais. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. (...).

2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (*justa causa*) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, DJe de 31/8/2017).

3. Na espécie, a fuga de suspeitos em direção à residência, os quais possuíam em depósito quantidade significativa de substância entorpecente (142,3g de crack e 287g de maconha), e as informações no sentido de que um dos pacientes controlava o tráfico de drogas na região, legitimou a entrada dos policiais no domicílio, ainda que sem autorização judicial.

4. “É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal” (HC 471.229/SP, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, *Quinta Turma*, julgado em 19/2/2019, DJe 19/3/2019)

5. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 525.772/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Busca e apreensão domiciliar. Possibilidade. Inviolabilidade de domicílio. Existência de fundadas razões sobre a prática do ilícito. Dosimetria. Aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Quantidade das drogas apreendidas. Ações penais em curso. EREsp 1.431.091/SP. Dedicção às atividades criminosas. Fundamentos idôneos a afastar o benefício. Regime prisional. Tribunal que aplicou o regime fechado em razão da natureza e quantidade da droga apreendida. Gravidade concreta do delito. Ausência de constrangimento ilegal. Regime mais gravoso mantido. Agravo desprovido.

I – (...).

II - Em crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão, vale dizer, o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal.

III - Na hipótese, o Tribunal de origem bem consignou “que a incursão ao local dos fatos ocorreu sob estado de flagrante delito, uma vez que havia fundadas razões para se acreditar que drogas estivessem ali armazenadas.” Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 495.488SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória. Ausência de prequestionamento. Incidência dos verbetes sumulares n. 282 da Suprema Corte e n.º 211 desta Corte Superior. Concessão de *habeas corpus* de ofício. Utilização como meio para análise do mérito do recurso. Inviabilidade. Busca e apreensão domiciliar. Possibilidade. Inviolabilidade de domicílio. Existência de fundadas razões sobre a prática do ilícito. Gratuidade da justiça. Isenção de custas. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido.

(...).

3. O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão.

4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes.

5. (...).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.371.623/SC, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, Sexta Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

No caso concreto, a leitura dos Termos de Depoimento dos condutores do paciente, na ocasião do flagrante, revela que, sem qualquer indício ou investigação prévia sobre local em que poderia haver droga, o paciente foi por eles conduzido primeiro a seu local de trabalho (uma barbearia) e depois à sua residência, nos quais supostamente tiveram entrada franqueada pelo paciente e encontraram drogas.

Confira-se o exato teor da descrição dos eventos de acordo com os policiais que o conduziram:

Termo de depoimento do condutor *Marcos Alexandre Cardoso*:

(...) é policial militar da Força Tática de São João da Boa Vista e em companhia do policial ora testemunha afirmou que estavam em operação de combate ao Tráfico de Drogas nesta cidade quando **avistaram o autuado parado em uma esquina na Rua Luis Gonzaga de Sillos, Bairro Nazareth**. Declarou que **a equipe policial desta cidade resolveu abordá-lo, pois já o conheciam dos meios policiais pela prática de tráfico de drogas**, bem como havia denúncias de que realizava o comércio de drogas. Ato contínuo, **realizaram a revista pessoal e com o autuado nada de ilícito foi encontrado, sendo localizado em seu poder somente a quantia de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), bem como um molho de chaves**. Indagado, **o autuado relatou que as chaves eram de sua residência e de seu local de trabalho, qual seja, uma Barbearia**. Em seguida, **dirigiram-se a Barbearia do autor e, franqueada a entrada por ele, encontraram atrás de um “banner”, 14 (quatorze) “ependorfs” contendo substância semelhante a cocaína**. Questionado sobre a localização da droga, o autuado negou sua propriedade. **Dando continuidade às diligências, foram até a residência do autuado, que estava com a porta danificada, adentraram e localizaram sobre uma mesa, na área externa, saquinhos plásticos, típicos de embalar drogas, dois comprimidos e no quarto do autuado também foi encontrada uma balança de precisão**. Novamente indagado, o autuado confirmou a propriedade da balança de precisão, explicando que, por ser usuário de droga, geralmente pesa o entorpecente que compra para ter conhecimento de que não está sendo enganado.

(e-STJ fl. 14 – negritei)

Idêntica narrativa se encontra no Termo de Depoimento do Policial Militar *Wellington Davanco Bezerra* à e-STJ fl. 15.

Por sua vez, o paciente, ouvido em sede policial, declarou “que não autorizou a entrada dos policiais no seu estabelecimento comercial, contudo ficou na viatura enquanto os policiais, utilizando as suas chaves, entraram e retornaram dizendo que haviam sido localizadas as drogas apreendidas” (e-STJ fl. 16). Também afirmou que “Em seguida, os policiais foram até a residência de seus pais, local onde também reside e lá também entraram sem a sua autorização, danificando a porta da residência. Segundo os policiais localizaram uma balança de precisão, dois comprimidos e saquinhos plásticos. Negou as propriedades desses objetos, não sabendo informar onde os policiais encontraram tais coisas. Declarou que já respondeu pelo delito de tráfico de drogas, contudo dessa vez não fez nada, esclarecendo que a droga encontrada pelos policiais não lhe pertencia” (e-STJ fl. 16).

Diante desse contexto, tenho que somente a informação de que o paciente tivera envolvimento anterior com tráfico de drogas não autoriza a autoridade policial, após revista pessoal em que nada de ilícito foi encontrado na posse do suspeito, a conduzi-lo até seu local de trabalho e sua residência, locais protegidos pela garantia constitucional do art. 5º, IX, da CF, para ali entrar, sem prévia autorização judicial e sem seu consentimento, diante da inexistência de fundamento suficiente para levar à conclusão de que, naqueles locais, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não.

Em situação semelhante, na qual o suspeito chegou a ser flagrado com drogas em seu carro, a 6ª Turma desta Corte também entendeu não existirem fundamentos suficientes a autorizar a conclusão de que haveria justa causa para realização de busca em sua residência sem prévia autorização judicial. Confira-se:

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante. Regularidade. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Invasão de domicílio pela polícia. Necessidade de justa causa. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Reconhecimento. Prisão preventiva. Art. 312 do CPP. *Periculum libertatis*. Indicação necessária. Fundamentação abstrata. Ilegalidade. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida.

1. Não há falar em ilegalidade do flagrante quando, em uma abordagem de rotina da polícia militar, são encontrados entorpecentes no veículo que o paciente dirigia.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a

qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 810/2010).

3. Não houve, no caso, referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não existiu, da mesma forma, menção a eventual movimentação de pessoas na residência típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele lugar. Ocorreu apenas a apreensão da chave do apartamento do acusado, na mesma oportunidade em que foram encontrados entorpecentes em seu veículo, e, em razão disso, os milicianos ingressaram na residência.

4. Uma vez que não há sequer como inferir - de fatores outros que não o simples fato de haverem sido encontrados no veículo do réu oito comprimidos de ecstasy, R\$ 1.500,00, uma máquina de cartão de crédito e a chave de seu apartamento - que o averiguado estivesse praticando delito de tráfico de drogas, ou mesmo outro ato de caráter permanente, no interior do apartamento onde residia, não há razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão, no local aludido, de 1 revólver marca Taurus, calibre 32, 5 munições, 1 balança de precisão, entorpecentes pesando aproximadamente 7,2g de substância esverdeada semelhante a maconha, 16 frascos de vidro de lança-perfume, 1 celular branco marca Samsung e 88 comprimidos de ecstasy, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

(...)

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para declarar nulas as provas obtidas dentro do apartamento do paciente, nos termos do voto, bem como para tornar sem efeito o decreto de prisão provisória, ressalvada a possibilidade de nova imposição da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(HC 527.161/RS, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019) – negritei.

Patente, assim, a ilegalidade da entrada dos policiais na residência e no local de trabalho do paciente, sem prévio mandado judicial e sem autorização do morador. De consequência, devem ser reconhecidas como ilícitas as provas obtidas em tais buscas, assim como as delas derivadas.

Verificando o andamento da ação penal n. 1500212-84.2019.8.26.0129, constatei que o Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca

de Casa Branca/SP proferiu sentença em 02042020, publicada em 04052020, condenando o paciente pela prática do crime previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, arbitrados unitariamente no mínimo legal. A defesa interpôs apelação criminal recebida pelo magistrado de 1º grau em decisão de 12052020, mas ainda não encaminhada ao Tribunal de Justiça.

Diante desse contexto e reconhecendo-se a nulidade das provas obtidas na busca domiciliar aqui considerada ilegal, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito, com a expedição do competente alvará de soltura, se o paciente não estiver detido por outras razões.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para reconhecer a nulidade das provas de tráfico de entorpecentes obtidas nas buscas na residência e no local de trabalho do paciente, bem como de todas as que delas derivaram, e, por conseguinte, absolver o paciente, com fulcro no art. 386, II, do CPP.

É como voto.