



Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
611.293-SP (2014/0287346-1)**

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Edivaldo Santiago da Silva

Advogados: Alberto Zacharias Toron - SP065371

Renato Marques Martins - SP145976

Alexandre Crepaldi e outro(s) - SP082981

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interes.: Paulo César Barbosa

Advogado: Matheus Guimarães Cury e outro(s) - SP139614

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Impugnação a todos os fundamentos. Inocorrência. Separação de processos. Art. 80, do CPP. Discricionariedade. Incidência. Omissão na 2ª instância. Irrelevância. Outro fundamento. Suficiência. Nulidade. Prejuízo. Inexistência. Presunção. Descabimento. Matéria constitucional. Impossibilidade de análise. Recurso improvido.

1. Não deve ser conhecido o agravo em recurso especial quando a parte que o interpõe deixa de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão de inadmissibilidade na origem, aplicando-se o enunciado n. 182 da Súmula do STJ, assim como o art. 253, parágrafo único, I, parte final, do RISTJ.

2. O art. 80, do CPP, permite a separação facultativa de processos, de forma discricionária, com base na existência de qualquer motivo que seja relevante a critério do Judiciário, dispositivo que, se aplicado, prevalece sobre as regras de conexão e continência estabelecidas no art. 79, do mesmo Código.

3. A omissão da 2ª instância em apreciar a alegação de ausência de fundamentação sobre o pedido de reabertura da instrução se torna irrelevante quando a pretensão decorria da reunião de processos, optando o juízo de 1º grau por efetuar a separação.

4. As nulidades no processo penal observam ao princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, não devendo ser declarada sem a efetiva comprovação do prejuízo concreto, o qual não pode ser presumido pela parte.

5. O recurso especial, assim como as demais impugnações dele decorrente, não é a via própria para o deslinde de controvérsia relativa a matéria constitucional, pois a análise de questão dessa natureza não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua a Lei Fundamental.

6. Agravo regimental improvido.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 29.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: *Edivaldo Santiago da Silva* interpôs agravo regimental contra decisão monocrática da minha Relatoria que conheceu de agravo em recurso especial para conhecer parcialmente do próprio recurso especial, mas negando-lhe provimento. A decisão agravada apresentou a seguinte fundamentação: 1) ausência de impugnação específica quanto ao argumento de ofensa ao art. 79, *caput*, do CPP; 2) possibilidade de separação dos processos baseada no art. 80, do CPP; 3) irrelevância da ofensa ao art. 619, do CPP, porque o argumento não apreciado na origem dependia da manutenção da reunião de processos, o que terminou não acontecendo; 4) impossibilidade de alegação de ofensa à Constituição na via do recurso especial (e-STJ, fls. 2.502 a 2.509).

Em suas razões, o agravante sustenta que: 1) a decisão que inadmitiu o seu recurso especial na origem não apresentou mais de um fundamento, válido por si só, para a conclusão adotada, razão pela qual a defesa não tinha o ônus de impugnar cada um deles. Justifica sua afirmação dizendo que o art. 79, do CPP, invocado nas suas razões, é antagônico ao art. 80, do mesmo Código, razão pela qual não precisaria impugnar o último, mesmo tendo ele sido utilizado como fundamento pelo acórdão do TJSP; 2) a decisão ora agravada utilizou fundamentação não contida no acórdão de origem, suprimindo a sua deficiência, inclusive surpreendendo a defesa, o que não era possível; 3) o afastamento da ofensa ao art. 619, do CPP, aconteceu, igualmente, mediante suprimento de falha da decisão de 2ª instância, o que mais uma vez surpreendeu a defesa, além de violar a supressão de instância, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, na forma do art. 5º, LIV e LV, da CF, e de consubstanciar *reformatio in pejus*; 4) finaliza dizendo que no seu recurso especial não invocou a aplicação de princípios constitucionais (e-STJ, fls. 2.535 a 2.546).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que conheceu de agravo em recurso especial para conhecer parcialmente do próprio recurso especial e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

O cerne da discussão gira em torno da ausência de apreciação e fundamentação do juízo de 1º grau quanto a pedido de reabertura da instrução, com produção de novas provas, decorrente da reunião de processos. No lugar de apreciar a arguição, o juízo singular de origem optou por realizar a separação de processos, em decisão com fundamentação igualmente questionada pela defesa. Em consequência, ela alega ofensa ao art. 79, *caput*, do CPP, sustentando que deveria ser mantida a reunião de processos, bem como ao art. 619, do mesmo Diploma, aduzindo que o órgão de 2º grau não apreciou sua alegação de falta de fundamentação nem mesmo após a oposição de embargos de declaração.

Analisada a argumentação trazida no agravo regimental, verifica-se que não é o caso de exercer o juízo de retratação, devendo o recurso ser submetido à 5ª Turma deste Tribunal. Diante da variedade de questões submetidas a análise, passo ao exame de cada uma delas separadamente:

1. *Da ausência de impugnação a todos os fundamentos do acórdão no recurso especial:*

Segundo o texto do art. 253, p.u., inciso II, “a”, do RISTJ, distribuído o agravo e ouvido, se necessário, o Ministério Público no prazo de cinco dias, o relator poderá:

[...]

II - conhecer do agravo para:

a) *não conhecer do recurso especial* inadmissível, prejudicado ou daquele que *não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida* (grifou-se).

O primeiro capítulo do recurso especial, aquele que alega ofensa ao art. 79, *caput*, do CPP, (reunião dos processos por conexão ou continência), não atendeu a parte final da alínea “a” do inciso II do parágrafo único do art. 253 do RISTJ, estando correta, neste ponto, a decisão de inadmissibilidade tomada pela Presidência da Seção Criminal do TJSP.

O recorrente defende que não precisava refutar o uso do art. 80, do CPP, pelo acórdão impugnado, porque a sua conclusão decorreria do art. 79, *caput*, do mesmo diploma, mas não tem razão. Na forma do texto regimental transcrito, ele não tinha apenas o ônus de sustentar a incidência do dispositivo legal cuja aplicação pretendia, mas também de explicar por que o dispositivo utilizado no acórdão não se aplicaria ao caso, o que não aconteceu.

Ao contrário do que argumenta, os arts. 79, *caput*, e 80, do CPP, não são antagônicos. Embora o primeiro indique a reunião de processos e o segundo permita a separação, eles são completamente harmônicos. A harmonia decorre do fato de o primeiro apresentar uma regra geral, baseada na conexão ou continência, a qual, porém, é excepcionada pela regra estabelecida no segundo, que estabelece uma discricionariedade judicial. Assim, quando o TJSP aplicou ao caso a regra de exceção, fazendo-a prevalecer sobre a geral, caberia à defesa não apenas invocar a incidência desta, possuindo o ônus, também, de refutar aquela, explicando detalhadamente por que ela não incidiria.

Dito de outra forma, a aplicação do art. 80, do CPP, pelo TJSP, é sim suficiente para, sozinho, independentemente de outros argumentos, manter a reunião de processos. Por isso, estando certo ou errado o entendimento, caberia à defesa refutá-lo, o que não ocorreu, repita-se. É por esta razão, aliás, que o precedente por ela invocado não se aplica ao caso.

Além de aplicar-se ao caso o art. 253, II, “a”, do RISTJ, na sua parte final, incide também a Súmula 182, deste STJ, segundo a qual “é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”, valendo aqui a mesma *ratio decidendi* para o próprio recurso especial. Neste sentido:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de impugnação específica. Súmula n. 182/STJ. Porte ilegal de arma de fogo. Regime prisional fechado. Pena corporal não superior a 4 (quatro) anos. Réu reincidente. Maus antecedentes utilizados para exasperar a pena-base e justificar o regime prisional mais gravoso. Fundamento não impugnado. Súmula 283/STF. Pretensão de abrandamento de regime prisional. Regime semiaberto. Impossibilidade. Súmula 269/STJ. Inaplicabilidade. Agravo regimental não provido.

1. A decisão agravada não conheceu do agravo em recurso especial interposto por ter a parte agravante deixado de impugnar especificamente a incidência de óbice ventilado pela Corte *a quo*.

2. A falta de impugnação específica de todos os fundamentos utilizados na decisão agravada (despacho de inadmissibilidade do recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.

3. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a subsistência de fundamentos inatacados, aptos a manter a conclusão do acórdão impugnado, conduzem ao não conhecimento do recurso, ante a incidência da Súmula n. 283/STF. Precedentes.

4. Ademais, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de admitir a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ. Na espécie, contudo, o agravante, além de reincidente, possui maus antecedentes, tendo as instâncias ordinárias adotado a referida vetorial desfavorável para afastar a pena-base do seu mínimo legal, o que afasta a incidência da Súmula n. 269/STJ, representando fundamentação idônea para a manutenção do regime prisional fechado e a impossibilidade da substituição da pena. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.691.662/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020; grifou-se).

Assim, à falta de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão recorrida, o recurso especial não pode ser conhecido quanto ao argumento de ofensa ao art. 79, *caput*, do CPP.

2. Da incidência do art. 80, do CPP:

O não conhecimento do recurso especial quanto à alegação de ofensa ao art. 79, do CPP, é suficiente para julgar o primeiro capítulo da impugnação defensiva. Porém, apenas para argumentar, ratificando que a defesa não tem razão, é interessante perceber que no mérito sua tese seria descabida, ainda que a apreciação sequer fosse necessária.

Deveras, está correta a aplicação do art. 80, do CPP, no uso da faculdade conferida ao Poder Judiciário legalmente. O caso é complexo, com vários réus. Inicialmente foi ajuizada uma ação penal contra dois deles; depois foi ajuizada outra contra os demais, dentre eles o recorrente. Após o término da instrução, o juiz de 1º grau determinou a reunião dos processos, dizendo que eles se encontravam na mesma fase, mas pronunciou os acusados com base nos elementos produzidos em ambos, o que levou o TJSP a anular aquela decisão. Ao retornarem os autos, o recorrente pediu reabertura da instrução, mediante a ouvida de novas testemunhas e tomada de novos interrogatórios. Para evitar o procedimento, mantendo-se para cada réu apenas as provas produzidas sob o crivo do contraditório para cada um, o magistrado singular optou por novamente separar os processos, seguindo-se outra sentença de pronúncia, agora sem uso aleatório dos elementos produzidos em ambos os feitos.

Independentemente de o TJSP ter concordado com a decisão inicial de reunião dos processos, isso não impedia nova separação, de acordo com as peculiaridades dos autos, porque a aplicação do art. 80, do CPP, possibilita a medida, entre outras razões, por qualquer “motivo relevante”, expressão aberta, que deixa a solução ao critério discricionário do Poder Judiciário. Ademais, naquela oportunidade, reabrir a instrução prolongaria excessivamente o andamento do feito, o que também autorizava a medida adotada. Nesse sentido:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Art. 14 da Lei 10.826/2003. Norma penal em branco. Decreto 9.797/19. Revogado pelos Decretos 9.844/19 e 9.847/19. Ausência de autorização automática a advogados. Competência da Polícia Federal. Conduta típica. Desmembramento do processo. Discricionariedade do juízo. Hipótese do art. 80 do CPP. Possibilidade. Prolação de sentença na ação principal. Incidência da Súmula 235 do STJ. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso ordinário improvido.

[...]

4. O art. 80 do CPP dispõe ser *facultativa a separação dos processos* quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou em lugar diferente, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, *ou por outro motivo relevante*, o juiz reputar *conveniente* a separação.

5. O desmembramento do processo é decisão que se encontra dentro do âmbito de *discricionariedade do juiz*, nos termos do art. 80 do CPP, não havendo constrangimento ilegal a ser reparado, por ausência ou defeito de motivação na decisão impugnada.

6. “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”. (AgRg no AREsp 1.527.783/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

7. Prolatada sentença de absolvição imprópria ao corrêu, com o julgamento do mérito da ação penal nos autos principais, não se admite a reunião de processos por conexão, nos termos da Súmula 235 do STJ.

8. Recurso ordinário improvido.

(RHC 120.565/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 02/09/2020; grifou-se).

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Apropriação indébita previdenciária. Nulidade. Art. 400 do CPP. Interrogatório realizado antes da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008. Desnecessidade de repetição do ato. Ilegalidade inócurrenente.

[...]

2. A *anulação de atos processuais significa a perda de atividades já realizadas, prejudicando as partes e o magistrado, e acarretando demora na prestação jurisdicional almejada*, motivo pelo qual a legislação processual penal exige que os prejuízos decorrentes da eiva a ser reconhecida sejam concreta e efetivamente demonstrados, nos ditames do princípio *pas de nullité sans grief*, o que não se verificou *in casu*.

Pretendido reconhecimento da conexão. Ajuizamento de mais de uma ação penal pelo Ministério Público. Crimes praticados em momentos distintos. Nulidade não configurada.

1. *Embora a conexão e a continência impliquem, via de regra, a unidade de processo e julgamento, consoante a previsão contida no artigo 79 da Lei Penal Adjetiva, o certo é que o artigo 80 do referido diploma legal prevê a separação*

facultativa dos feitos quando “as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”.

2. No caso dos autos foram intentadas ações penais distintas por condutas perpetradas em momentos diversos, não sendo obrigatória a sua reunião, de forma que corretos, então, o acórdão objurgado e a decisão do Juízo Federal de origem, que estão em consonância com o entendimento pacífico nesta colenda Corte Superior, e no egrégio Supremo Tribunal Federal.

3. Modificar as conclusões do Tribunal Regional no sentido de que existiria conexão entre as ações penais, demandaria a incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável no Recurso Especial.

[...]

(AgRg no AREsp 1.237.832/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018; grifou-se).

Embora no caso a situação seja de crime único supostamente cometido por vários autores em concurso, também se aplica até mesmo o precedente desta Turma acima copiado, eis que ele é relativo à validade da aplicação do art. 80, do CPP, não só em casos de conexão como também de continência (cumulação subjetiva em casos de coautoria ou participação em um só delito).

De forma mais específica a 5ª Turma também já decidiu, embora há mais tempo, em situação que se encaixa perfeitamente nesta situação:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

[...]

1. Embora a conexão e a continência impliquem, via de regra, a unidade de processo e julgamento, consoante a previsão contida no artigo 79 da Lei Penal Adjetiva, o certo é que o *artigo 80 do referido diploma legal prevê a separação facultativa* dos feitos quando “as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”.

2. No caso dos autos, o Ministério Público *ajuizou 2 (duas) ações penais distintas*, uma delas - a que se refere ao presente *mandamus* - instaurada contra os líderes e principais operadores do esquema criminoso na parte relacionada ao Município de São João do Paraíso, e a segunda apresentada apenas contra os servidores públicos que teriam participado dos crimes.

3. *Tal procedimento não pode ser acoimado de ilegal, primeiro porque inexistente qualquer norma processual legal que obrigue o Ministério Público a ofertar uma única denúncia contra todos os envolvidos na mesma empreitada criminosa, e segundo porque, caso as autoridades judiciárias responsáveis pelas ações penais entendessem que todas elas deveriam ser processadas e julgadas concomitantemente num único juízo, poderiam suscitar conflito de competência, nos termos do artigo 114, inciso II, do Código de Processo Penal.*

[...]

(HC 259.177/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 25/09/2014; grifou-se).

Na verdade, o agravante não discorda do acerto da fundamentação ora realizada, extraída da própria decisão monocrática agravada, com as devidas adaptações. O seu argumento é apenas de que ela o surpreendeu, por não corresponder ao mesmo motivo relevante apontado na origem para fazer valer a separação de processos. Entretanto, ainda que a razão não tenha sido a mesma, não houve a alegada surpresa, porque tanto aqui como lá o que se fez foi determinar ao caso a aplicação do art. 80, do CPP.

Não faria sentido percebermos que exatamente o mesmo dispositivo legal utilizado na origem tem aplicação à causa, para, mesmo assim, anular todo o processo, apenas a fim de que ele seja aplicado de uma forma mais adequada. Como não houve nulidade do acórdão por falta de fundamentação, podem eventuais ajustes, que independam de reexame de fatos, ser efetuados neste grau de jurisdição. Caso contrário, teríamos que anular todos os processos que tivessem decisões fundamentadas, aplicando o texto legal adequado, mas que possuísse alguma imprecisão no motivo apresentado, ainda que existissem outros perfeitamente corretos, inclusive sem a discordância da defesa. Seria fazer prevalecer fortemente a forma sobre o fundo, o que não deve acontecer.

Não fosse o bastante, embora isso não tenha sido mencionado na decisão ora agravada, não tem razão a defesa quando alega equívoco do motivo apresentado pela 2ª instância para manter a separação dos processos. Aplicando o art. 80, do CPP, ela disse que, no caso, a razão estava na alegação das defesas como um todo (não apenas do agravante), de violação ao princípio da ampla defesa (e-STJ, fl. 2119), o que realmente aconteceu quando da reunião de processos efetuada em momento inoportuno no juízo *a quo*.

Destarte, seja pelo motivo relevante por mim apontado, seja em razão do motivo relevante indicado no 2º grau, o acórdão recorrido agiu de forma correta.

3. Da ausência de nulidade e de demonstração concreta de prejuízo:

É importante observar, outrossim, que a intenção da defesa de ver anulado todo o processo, ainda que indiretamente, com a reabertura da instrução, também não faz sentido, diante da ausência de nulidade e da absoluta ausência de demonstração de prejuízo.

Ainda que este fundamento não tenha sido apresentado anteriormente, trata-se de outra argumentação que pode perfeitamente ser utilizada nesta instância. E isso não causa nenhuma surpresa à defesa, porque a situação procedimental em exame foi explicada de forma detalhada por ela própria (e-STJ, fls. 1.968 a 1.976 e 2.294 a 2.296), deduzindo-se daí a nossa afirmação.

Realmente, é necessário repetir, agora com base nas razões do próprio agravante, o que aconteceu na causa em estudo. Segundo ele mesmo, as duas ações penais foram processadas separadamente até as alegações finais, sem que houvesse alegação de qualquer vício processual até então. Ocorre que, após as alegações finais, o juízo de 1º grau determinou a reunião dos processos, pronunciando os réus de ambas as causas com base em elementos de provas produzidas nas duas. O TJSP, então, justamente para corrigir o vício que naquele momento foi cometido, anulou o processo a partir da reunião, para que a defesa pudesse se manifestar sobre a prova acrescida da outra causa.

Explicado de outra maneira, a reunião efetuada, justamente aquela que tinha gerado o vício processual, tinha sido anulada e corrigida pelo TJSP. Todavia, ao ser intimado para se manifestar sobre a possibilidade de nova reunião, o agravante desejou reabrir a instrução. Para evitar a situação, e considerando que a sua causa já estava separadamente instruída, o juiz singular optou por não mais efetuar a junção. Ou seja, estando a causa regular até as alegações finais, apagou-se o debate sobre a reunião com outra ação penal, voltando-se ao estágio no qual nenhum vício existia.

Além da clara correção do vício processual existente, segundo o art. 563, do CPP, logo o primeiro atinente a tal instituto, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Na linha do referido dispositivo caminha tranquilamente a jurisprudência desta Corte:

Habeas corpus substituto de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Lei Maria da Penha. Descumprimento de medidas protetivas de urgência. Negativa de autoria. Improriedade da via. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Preservação da integridade da vítima. Conveniência da instrução criminal.

Ausência de intimação dos acusados para realização de audiência para oitiva da vítima. Ausência de prejuízo. Nulidade não configurada. Ordem não conhecida.

(...)

12. Como é cediço, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o reconhecimento de eventual nulidade, relativa *ou absoluta*, exige a comprovação de efetivo prejuízo, vigorando o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP.

13. Ordem não conhecida.

(HC 620.306/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020; grifou-se).

Agravo regimental em recurso ordinário constitucional. Processo Penal. Fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório, fraude em prejuízo à Fazenda Pública de licitação e crime contra a ordem tributária. Substituição do rol de testemunhas da acusação. Possibilidade, no caso. Nulidade. Não ocorrência. Ausência de demonstração do prejuízo. Agravo desprovido.

(...)

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, *tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado.*

(...)

5. Agravo desprovido.

(AgRg no RHC 119.377/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 23/10/2020; grifou-se).

Ademais, também conforme a jurisprudência dominante acerca do tema, esse prejuízo deve ser concretamente demonstrado, não podendo ser presumido. Confira-se:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio tentado. Nulidade. Violação à imparcialidade. Inexistência. Prejuízo não caracterizado. Agravo regimental desprovido.

1. *“Esta Corte não admite a declaração de nulidades por presunção, devendo, em todo caso, inclusive nas nulidades ditas absolutas, ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela defesa em decorrência da irregularidade no ato processual”* (AgRg no AREsp n. 1.675.069/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/6/2020, DJe 23/6/2020).

2. *In casu*, consignou o Tribunal de origem que a magistrada limitou-se à explicação factual daquilo que ocorreu no curso processual, o que afasta a alegação de nulidade por violação ao princípio da imparcialidade.

3. Tem-se, ademais, que se fez constar a inexistência de prejuízo, elemento imprescindível à caracterização de mácula processual.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.525.747/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020; grifou-se).

Penal e Processo Penal. Agravos regimentais no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Nulidade do feito. Interceptações telefônicas. Requisitos preenchidos. Prejuízo não demonstrado. Regime prisional. Quantidade da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime semiaberto. Art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal - CP. Agravo regimental de Eduardo Henrique Oliveira desprovido e agravo regimental de Romualdo Ferreira de Campos parcialmente provido.

1. Não se verifica a alegada nulidade quanto à falta de juntada da mídia, pois o conteúdo das conversas está encartado aos autos do processo desmembrado, permitindo plena consulta aos defensores. Desse modo, não há falar em cerceamento de defesa, porque o teor das transcrições é suficiente para demonstrar a atuação da associação criminosa que teve as suas conversas captadas legalmente.

2. *Esta Corte não admite a declaração de nulidades por presunção, devendo, em todo caso, inclusive nas nulidades ditas absolutas, ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela defesa em decorrência da irregularidade no ato processual.*

3. Sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

4. Agravo regimental de Eduardo Henrique Oliveira Silva desprovido e agravo regimental de Romualdo Ferreira de Campos parcialmente provido, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento de pena.

(AgRg no AREsp 1.675.069/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020; grifou-se).

Portanto, também com base neste fundamento, não há que se falar em modificação daquilo que já foi decidido nos autos, mantendo-se a validade do rito seguido pelas instâncias ordinárias.

4. Da irrelevância da ofensa ao art. 619, do CPP:

O agravante também defende no recurso especial que a 2ª instância não apreciou seu argumento relativo à falta de fundamentação da decisão de 1ª instância quanto ao seu pedido de produção de provas.

Realmente, a despeito de apresentados embargos de declaração, esta parte do recurso não foi expressamente enfrentada na instância de origem. Mas claramente isso não ocorreu porque esse argumento não possuía mais relevância, haja vista que o pedido de produção de provas dependia da manutenção dos processos reunidos, o que terminou não acontecendo. Assim, não há que se falar em ofensa ao art. 619, do CPP, entendimento que inclusive vai ao encontro de precedente recente deste Tribunal:

[...]

Para que seja possível a análise da *ofensa ao art. 619* do CPP, é necessária a indicação do eventual ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, *além da sua relevância para o deslinde da controvérsia*. Incidência da Súmula n. 284/STF.

[...]

(AgRg no AREsp 1.629.949/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 30/09/2020; grifou-se).

Entender desta forma obviamente não ofende a vedação da *reformatio in pejus*, porque a situação processual do agravante está sendo mantida exatamente a mesma neste Tribunal, não sendo ela agravada sem recurso da acusação.

E o fundamento apresentado na decisão agravada, ora reiterado, tampouco causou surpresa à defesa, muito menos gerando supressão de instância. No próprio acórdão proferido no TJSP já se falava da irrelevância do pedido de produção de provas, consoante se vê às fls. 2.119 (e-STJ):

E, se não houve a reunião dos feitos conexos, *dispensável a produção de novas provas* e até mesmo a reinquirição dos acusados, até porque não houve elementos de convicção acrescido, sendo todos esses argumentos subterfúgios para se evitar o julgamento em Plenário com a brevidade almejada.

É importante destacar ainda que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão” (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra *Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região)*, *Primeira Seção*, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016). No mesmo sentido:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Inviabilidade. Alegação de omissão da Corte *a quo*. Art. 619 do CPP. Não configuração. Apreciação satisfatória das questões suscitadas pela parte. [...] Agravo regimental não provido.

1. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. É firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão” (EDcl no AgRg nos EREsp 1.483.155/BA, Rel. Ministro *Og Fernandes, Corte Especial*, julgado em 15/6/2016, DJe 3/8/2016). Na hipótese dos autos, as matérias tidas por omissas foram satisfatoriamente apreciadas pela Corte local, que examinou as teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e à solução da controvérsia.

[...]

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 1.661.307/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 19/05/2020)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Impugnação aos fundamentos da decisão de inadmissibilidade. Incidência da Súmula 182/STJ afastada. Agravo que deve ser conhecido. Omissão não verificada. Questão apreciada pela Corte de origem. Pleito de absolvição por falta de provas. Necessidade de reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Agravo regimental provido para conhecer do agravo, mas negar-lhe provimento.

1. Reconhecida a impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada, deve ser conhecido o agravo em recurso especial.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: É cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes. nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Embargos de declaração rejeitados (STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.053.095/SP, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, julgado em 16/10/2012, DJe 25/10/2012).

3. Como se vê, o Tribunal de origem, apreciando o conjunto probatório produzido nos autos, houve por bem reputar configurada a prática do delito, fundamentadamente, não há como se infirmar o entendimento sem o reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo, mas negar-lhe provimento, determinando, de ofício, seja obstada a execução provisória da pena restritiva de direitos até o trânsito em julgado da condenação.

(AgRg no AREsp 1.577.361/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020)

Ao contrário do que diz a defesa, tais precedentes se aplicam perfeitamente ao caso, eis que sua alegação de falta de fundamentação da decisão de 1ª instância terminou implicitamente sendo afastada com base em outro argumento por si só suficiente para solucionar a questão. Isso, a propósito, é suficiente, consoante a previsão do art. 315, IV, do CPP. Apenas os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador é que devem necessariamente ser apreciados. Não aqueles irrelevantes.

5. Da alegação de matéria constitucional – descabimento:

Finalmente, ainda que a defesa não tenha almejado, no seu recurso especial, a aplicação de princípios e regras constitucionais, o fez no presente agravo regimental. No mínimo nesta ocasião ela invoca o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, citando expressamente o art. 5º, LIV e LV, da CF (e-STJ, fls. 2.545).

Ocorre, como dito na decisão agravada, que a alegação de ofensa normas constitucionais foge à previsão de admissibilidade do recurso especial, o que seria de competência do STF, na forma do art. 102, III, da CF, não podendo ser apreciadas por este Tribunal nesta via:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Sonegação fiscal. Pleito absolutório. Arguida violação ao art. 386, V e VII, do CPP. Súmula n. 284/STF. Alegada violação a dispositivos constitucionais. Impossibilidade em âmbito de recurso especial. Fundamentos autônomos não impugnados. Súmula n. 283/STF.

1. A defesa argumenta a ilicitude das provas que respaldam a materialidade e pleiteia a absolvição com base no art. 386, V e VII, do CPP. Ocorre que o recurso se revela deficiente quanto à fundamentação, visto que esse artigo não contém comando normativo suficiente para embasar a tese recursal e para reformar os fundamentos do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 284/STF.

2. Em segundo lugar, quanto a essa tese, *a parte recorrente aponta violação a dispositivos constitucionais* (art. 5º, XII, da Constituição Federal), *cuja análise é necessária para dirimir a controvérsia, o que obsta o exame da matéria por esta Corte Superior, em recurso especial, uma vez que o exame de matéria constitucional é de competência do Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 102, inciso III, da Carta Magna.*

3. Outrossim, consoante reza o enunciado sumular 283/STF, aplicável aos recursos especiais por analogia, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.604.092/ES, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020; grifou-se).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto qualificado. Nulidade. Defesa técnica insuficiente. Ausência de demonstração do prejuízo. Violação de dispositivo constitucional. Impossibilidade de análise. Competência do STF. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Inovação recursal. *Habeas corpus* de ofício. Art. 44, III do Código Penal. Circunstância judicial desfavorável. Flagrante ilegalidade. Inexistência. Agravo não provido.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que “a alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu” (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, DJe 25/2/2015), o que, de fato, não restou demonstrado na hipótese em apreço.

2. No caso dos autos, não há falar em prejuízo à defesa, porquanto o Tribunal de origem consignou que houve nomeação de defensor público ao agravante o qual apresentou alegações finais, destacando que não restou “comprovado qualquer prejuízo decorrente da atuação do defensor constituído, que só não produziu melhor resultado diante das provas que concluíram pela condenação”.

3. Vigora no processo penal o princípio segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (art. 563 do CPP).

4. *O recurso especial não é a via própria para o deslinde de controvérsia relativa à matéria constitucional, pois a análise de questão dessa natureza não é de competência desta Corte; mas, sim, do Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua a Lei Fundamental.*

5. A questão relativa à substituição da reprimenda não foi objeto das razões do recurso especial. Cuida-se, portanto, de evidente inovação recursal, vedada em sede de agravo regimental ou embargos de declaração.

6. Ao dar parcial provimento ao recurso da defesa (e-STJ, fls. 1.200-1.204), restou em desfavor da agravante a culpabilidade e as circunstâncias desfavoráveis do crime computadas na pena-base, estando portanto ausentes os requisitos subjetivos do artigo 44, III, do Código Penal, não havendo falar em flagrante ilegalidade a ser concedida de ofício.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.603.192/PB, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020; grifou-se).

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

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 63.312-RS (2020/0085610-5)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: O do B I L

Outro Nome: V M do B I L

Outro Nome: Y do B I L

Advogados: André Zonaro Giacchetta - DF026452

Victor Rawet Dotti - SP390842

Ciro Torres Freitas - DF062698

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança. Tese de nulidade do acórdão recorrido. Ausência de intimação. Intimação eletrônica expedida. Publicação no DJe. Desnecessidade de nova intimação após pedido de vista. Intelicção dos arts. 101, 105, II, 107 e 153, par. ún., do RITRF-4. Ordem judicial. Quebra de sigilo de dados. Recorrente. Empresa prestadora de serviços de e-mail. Descumprimento. Alegação de impossibilidade técnica e de ausência de obrigação jurídica. Improcedência. Recorrente controlada por empresa que em tese possuiria os dados. Transferência reservada que não configura quebra de sigilo. Possibilidade. Cooperação jurídica internacional. Desnecessidade. Empresa que presta serviços no Brasil. Conta de e-mail utilizada em território nacional. Cidadão brasileiro. Crimes de competência da Justiça Brasileira. Multa por descumprimento de ordem judicial. Arts. 536 e 537 do CPC. Preservação da autoridade e dignidade da jurisdição. Legalidade. Revisão do valor. Impossibilidade. Sucessivos descumprimentos. Ausência de desproporcionalidade. Elevado capital da empresa. Impossibilidade de adimplir a obrigação. Não demonstrada. Dilação probatória. Inviável. Execução via BACENJUD. Possibilidade. Efetividade da medida. Óbice da liminar concedida na ADC 51/DF. Inaplicabilidade ao caso. 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 - O art. 153, par. ún., do RITRF-4 dispõe que o relator do mandado de segurança solicitará sua inclusão em pauta de julgamento, cuja publicação, nos termos do art. 101, *caput*, do mesmo Regimento, deve anteceder no mínimo 5 (cinco) dias úteis a data da sessão de julgamento, na qual poderá haver sustentação oral (art. 105, II). Ainda, conforme o art. 107 do RITRF-4, quando houver pedido de vista em feito de natureza penal a reinclusão em pauta não será necessária, pois o processo será apresentado na sessão de julgamento seguinte à data da devolução dos autos.

III - Não houve violação aos dispositivos do Regimento Interno da e. Corte Federal que disciplinam o processo e julgamento do mandado de segurança, porquanto o mandado de segurança foi incluído na pauta de julgamento do dia 25/9/2019 ainda em 5/9/2019, oportunidade em que se expediu intimação eletrônica e procedeu-se à publicação no Diário de Justiça Eletrônico.

IV - Na presente hipótese, o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR determinou que a recorrente, empresa prestadora de serviços de correspondência eletrônica, cumprisse ordem de quebra de sigilo de dados de conta de e-mail de usuário para quem prestaria serviços. A recorrente, contudo, recusou-se a cumprir a ordem, alegando, para tanto, que a conta de e-mail estaria vinculada à Yahoo Inc. (atualmente Oath Inc.), que, a despeito de pertencer ao mesmo grupo societário da recorrente, ostentaria personalidade jurídica distinta.

V - Examinada a composição societária da empresa recorrente, verifica-se que esta é controlada pelas empresas norte-americanas Oath Hispanic Americas LLC e AOL Holdings (Brazil) LLC., devendo-se considerar que a Oath Hispanic Americas LLC, para os fins que importam à presente controvérsia, sucedeu a Yahoo Inc., sob cuja guarda estariam os dados requisitados pela ordem judicial.

VI - O controle societário que a empresa que possuiria os dados requisitados efetivamente exerce sobre a recorrente permite a aplicação do entendimento firmado pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça na APn 845/DF, em que se decidiu que “*a mera transferência*

reservada entre empresa controladora e controlada não constitui, em si, quebra do sigilo, o que só será feito quando efetivamente for entregue à autoridade judicial brasileira” (APN n. 845/DF, Corte Especial, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 17/4/2013).

VII - Os procedimentos de cooperação jurídica internacional não são necessários, visto que a empresa recorrente, para a qual a ordem de quebra de sigilo telemático foi direcionada, opera seus serviços no Brasil e por essa razão deve subordinar-se ao ordenamento jurídico nacional. Cuida-se ainda de conta de e-mail que foi criada por cidadão brasileiro e era utilizada a partir do território nacional para tratar de assuntos relativos a eventuais delitos cuja persecução compete à autoridade jurisdicional brasileira.

VIII - A multa por descumprimento de ordem judicial, prevista nos arts. 536 e 537 do CPC (art. 461, § 5º, do CPC de 1973), aplicável no âmbito penal por força do art. 3º do CPP, apresenta natureza jurídica sancionatória/coercitiva e tem por objetivo assegurar a força imperativa das decisões judiciais, protegendo a eficiência da tutela do processo e dos interesses públicos envolvidos. Não tem por objetivo punir, ressarcir ou compensar, diga-se, não tem a finalidade de indenizar a parte, tampouco de expropriar o devedor.

IX - O art. 139, IV, do CPC/2015 autoriza o Juiz a determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

X - Devidamente configurada a desobediência de ordem judicial, legítima a imposição de multa. Carece de fundamento a afirmativa de que a multa teria sido baseada unicamente no instituto da *contempt of court* do direito anglo-saxônico, visto que, por um lado, há normas jurídicas nacionais que amparam a multa por descumprimento de ordem judicial, e, por outro, o acórdão recorrido apenas citou que a multa aplicada aproxima-se mais do instituto, cuja finalidade é, justamente, resguardar a dignidade, a efetividade e a autoridade da jurisdição.

XI - A multa cominada, que alcança R\$ 8.430.000,00, de fato tem elevado valor. Nota-se, porém, que a multa diária foi arbitrada inicialmente em R\$ 10.000,00, tendo sido majorada para R\$ 50.000,00 apenas após sucessivos descumprimentos da ordem

judicial pela recorrente durante largo período. Por conseguinte, não há flagrante ilegalidade ou teratologia que justifique a revisão do valor fixado, sobretudo porque a recorrente não demonstrou, mediante prova pré-constituída, a alegada impossibilidade financeira de fazer frente ao valor. Não admitindo a ação de mandado de segurança dilação probatória, o direito líquido e certo suscitado deveria ter sido comprovado de plano.

XII - Embora a multa coercitiva possa ser, em tese, enquadrada como dívida ativa não tributária da União, consoante o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964, o que demandaria sua cobrança na forma da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), na realidade, ao determinar o bloqueio dos valores, o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando-lhe início, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar, o que se justifica quando a mera imposição da multa, o seu valor e o decurso do tempo, como no caso, não afetaram a disposição da recorrente em cumprir a ordem judicial.

XIII - A decisão liminar que o e. Min. Gilmar Mendes proferiu na ADC 51/DF reservou-se a “*impedir a movimentação – levantamento ou qualquer outra destinação específica – dos valores depositados judicialmente à título de astreintes nos processos judiciais em que se discute a aplicação do Decreto Executivo n. 3.810/2001, que internalizou no Direito brasileiro o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América – MLAT*” (DJe 15/5/2019). A determinação considerou casos em que valores devidos a título de *astreintes* por descumprimento de ordens judiciais em procedimentos em curso no país foram destinados para a constituição de fundos para financiamento de políticas públicas, como empreendimentos relacionados à execução penal.

XIV - Não consta que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR ou mesmo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no presente caso, tenham conferido ao valor bloqueado da conta bancária da recorrente via BacenJud ou ao total do valor da multa tratamento ou destinação que configurem hipótese que a decisão liminar da ADC 51/DF objetivou impedir. Por conseguinte, o referido julgado não influi na resolução da presente controvérsia.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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 João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão desta Relatoria, a qual negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *VM DO BIL* em face de acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região que denegara a ordem na impetração originária.

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

Depreende-se dos autos que o Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná, nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico n. 5022831-27.2018.4.04.7000/PR, deferindo a quebra de sigilo telemático requerida pelo Ministério Público Federal, determinou que a recorrente, empresa prestadora de serviços de e-mail, fornecesse, em caráter sigiloso, cópia de todos os dados, mensagens e arquivos da conta de e-mail “*mcarsalade@yahoo.com*”.

A agravante, contudo, opôs-se a fornecer os dados da conta de e-mail citada, com base no argumento de impossibilidade técnica e jurídica de submeter-se à determinação judicial. O Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, no entanto, não acolheu a irresignação da recorrente, e, em decisão 18/3/2019, conferiu-lhe nova oportunidade de cumprir a ordem judicial, elevando a multa diária para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) no caso de descumprimento.

Em face de novos pedidos de reconsideração, o Juízo de 1º Grau reiterou os mesmos fundamentos em decisões proferidas em 13/6/2019 e 16/8/2019.

Na presente insurgência, a recorrente sustenta, preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido, visto que a ausência de intimação para a sessão de julgamento do *mandamus* originário, por suprimir-lhe o direito de realizar sustentação oral, teria violado as disposições dos arts. 101 e 105, II, ambos do Regimento Interno da e. Corte Federal, e as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assinala, neste particular, que a defesa técnica da recorrente não foi intimada da inclusão do mandado de segurança na primeira pauta de julgamentos publicada em 25/9/2019 e que, na publicação do DJe de 6/9/2019, não constaram os nomes de quaisquer representantes processuais da recorrente. Pontua que o art. 225 do Regimento Interno do TRF-4, ao impor a necessidade de o relator pedir dia para julgamento, torna necessária a prévia publicação da pauta.

Pondera, assim, que a ausência de intimação da data de julgamento da impetração vulnerou as garantias de ampla defesa e de contraditório da recorrente ao impedir que seus advogados acompanhassem a sessão e realizassem sustentação oral.

Argumenta ser devida a antecipação da tutela na espécie, pois que estaria demonstrada a plausibilidade da pretensão deduzida e a urgência consubstanciada em risco grave.

A recorrente afirma ser empresa brasileira que oferece serviços e aplicações de internet, entre eles o Yahoo Mail, a usuários que aderem aos seus “Termos do Serviço” no portal “<http://br.yahoo.com>”.

Pondera haver, entretanto, empresas estrangeiras que também operam com a marca Yahoo, como, nos Estados Unidos da América, a Yahoo Inc. (atual Oath Inc.), a qual oferece serviços por meio do portal “<http://www.yahoo.com>” a usuários que aderem ao seu “Terms of Service”.

Assevera que, no presente caso, a conta de e-mail “mcarsalade@yahoo.com”, cujo sigilo foi superado, está vinculada à empresa Oath Inc., de modo que a recorrente, por possuir autonomia e personalidade jurídica própria, não poderia, por impossibilidade tanto técnica como jurídica, fornecer os dados requisitados pelo Juízo de 1º Grau.

Alega que o cumprimento da determinação judicial só se tornou possível técnica e juridicamente com a alteração dos Termos de Serviço feita em 25/9/2019, por força da qual se teria passado a definir como usuário contratualmente vinculado à recorrente também aquele que, cadastrado embora

na Oath Inc. ou em outra entidade Oath/Verizon Media estrangeira, utilizasse todavia o serviço em território nacional.

Obtempera que, na oportunidade em que foram aplicadas a multa e o bloqueio de ativos de contas bancárias em razão do descumprimento da ordem judicial, a recorrente não podia fornecer as informações requisitadas pela autoridade judiciária, situação esta que consubstanciaria a violação de direito líquido e certo a ser tutelada pelo mandado de segurança.

Reflete que o ordenamento jurídico nacional não obriga nem permite que a recorrente forneça informações sigilosas de usuários que se encontravam sob a guarda de outra empresa (Oath Inc.), mesmo que ambas integrem o mesmo grupo econômico.

Aduz que, conforme o art. 265 do Código Civil e a jurisprudência desta Corte, a solidariedade não se presume nem decorre do simples fato de sociedades distintas pertencerem a mesmo grupo econômico, de sorte que eventual exceção dessa regra exigiria previsão legal expressa.

Com base nos arts. 3º, VI, 10, § 1º, 19, 22, todos da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), afirma que a obrigação de cumprir ordem judicial só se aplica ao responsável pela guarda das informações reclamadas no âmbito e nos limites técnicos do serviço. Assinala que o art. 11 da mesma Lei, que teria sido empregado como fundamento normativo no acórdão recorrido, não trata do fornecimento de dados ou conteúdo nem estabelece obrigações solidárias entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

Sustenta que o argumento de que seria possível a transferência de informações entre a empresa estrangeira e a recorrente sem que houvesse violação do sigilo telemático dos dados não subsiste, porquanto, não obstante ambas constituam o mesmo grupo econômico, teriam personalidades jurídicas distintas. Assim, nesse caso, observa que a empresa estrangeira estaria a transmitir informações sigilosas a terceiros sem autorização judicial.

Obtempera que mesmo quando se considerem controladora e controlada a empresa norte-americana e a recorrente, respectivamente, a ordem judicial deveria obrigatoriamente ter sido direcionada à primeira, que efetivamente detinha a guarda das informações cujo sigilo foi levantando por decisão do Juízo de 1º Grau.

Alega que as sociedades controladas (ou subsidiárias) preservam sua autonomia e personalidade jurídica, circunstância que as diferencia de meras sucursais, filiais ou agências.

Noutro giro, afirma que o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos da América (Decreto n. 3.810/2001), em seu art. XIII, item 1, prevê instrumento adequado para a autoridade judiciária brasileira obter as informações necessárias de empresa norte-americana.

Pontua que o e. Min. Gilmar Mendes, no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51, deferiu medida liminar para determinar que os valores depositados em contas judiciais a título de *astreintes*, impostas em demandas judiciais ajuizadas com o fim de obter conteúdo de comunicações que estejam sob controle de entidade situada fora do território nacional, não sejam submetidos a nenhuma movimentação até a resolução definitiva do mérito de ação.

Assevera que a imposição de multa e de bloqueio de ativos fundou-se no instituto da *contempt of court* do direito anglo-saxônico, que não teria correspondente no ordenamento jurídico nacional, e em interpretação equivocada do art. 144-A do Código de Processo Penal, o que violaria o princípio da legalidade e o direito fundamental de propriedade da recorrente.

Refere, nesse passo, que o art. 144-A do CPP tem que ver, exclusivamente, com a alienação antecipada de ativos de bens que tenham sido objeto de medida cautelar assecuratória - sequestro, arresto e especialização de hipoteca legal, consoante os arts. 125 a 144 do CPP - decretada contra o investigado ou acusado com a finalidade de garantir o confisco do produto do crime como efeito da condenação ou assegurar a reparação do dano causado pelo delito, o pagamento das custas processuais ou das penas pecuniárias da sentença condenatória.

Pondera, também, ser indevida a aplicação de multa se a ordem judicial não podia ser cumprida por impossibilidade jurídica e fático-material.

Argumenta que o procedimento de execução de multa por descumprimento de ordem judicial, incluídas as *astreintes*, deve subordinar-se, à falta de previsão do Código de Processo Penal, às regras enunciadas nos arts. 523 e 525 do Código de Processo Civil, que preveem a prévia intimação do executado para pagar voluntariamente a dívida e franqueiam-lhe a oportunidade de a impugnar. Cita, igualmente, que os arts. 8º, 10 e 16 da Lei n. 6.830/80 dispõem ser necessária a intimação do executado para pagar a dívida antes da expropriação da quaisquer bens seus.

Propõe que o bloqueio judicial de bens e valores via BacenJud condiciona-se à prévia instauração de procedimento executório e à intimação do executado

para a realização de defesa e eventual pagamento voluntário da obrigação ou oferecimento de garantia correspondente.

Por fim, sustenta que a multa total, fixada em R\$ 8.430.000,00 (oito milhões e quatrocentos e trinta mil reais), revela-se desproporcional e desarrazoada à luz das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista que a recorrente buscou reformular sua política de usuários justamente com o fim de conseguir dar efetivo cumprimento à ordem judicial.

Aduz que a impossibilidade econômico-financeira de adimplir com o valor arbitrado a título de multa não é requisito para a redução do valor, conforme o art. 573, § 1º, do CPC, pois a revisão do valor se assentaria fundamentalmente nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Refere que a recorrente tem colaborado com investigações e processos judiciais em curso no país e que, com o fim de poder cumprir a ordem judicial, teria atualizado sua política de usuários, de modo que não se lhe poderia dispensar tratamento equivalente ao de outras empresas que em nada colaboram com a autoridade judiciária nacional.

Defende que o art. 12 do Marco da Civil da Internet não se aplica à espécie, porquanto teria por objeto apenas a fixação de sanção administrativa ao provedor que desrespeitar os direitos à privacidade, honra, imagem, proteção de dados e sigilo das comunicações privadas e registros assegurados pela legislação brasileira aos usuários da Internet.

Requer, ao final (fls. 514-515):

*“(i) reconhecer e declarar a nulidade do v. acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal a quo, determinando-se a inclusão do mandado de segurança impetrado pela **Verizon Media Brasil** em nova pauta de sessão de julgamento, com a observância da regular intimação dos seus patronos; ou*

*(ii) caso assim não se entenda, conceder integralmente a segurança pleiteada e cassar o ato coator, de forma a revogar a multa imposta pela Autoridade Coatora, cancelar o bloqueio de ativos em conta bancária da **Verizon Media Brasil** e impedir a imposição de quaisquer outros atos de constrição ou sanções; ou*

(iii) na improvável hipótese de manutenção da multa, determinar que a sua execução ocorra por meio do procedimento legal cabível, na forma do item III (vii) acima, revogando-se o bloqueio de ativos realizados, bem como que o seu valor seja reduzido, na forma do item III (viii) acima.”

O Ministério Público Federal, às fls. 538-563, manifestou-se pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso.

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.

No presente recurso, sustenta a agravante, em síntese, a necessidade de reforma da decisão agravada para reconhecer: *a)* a nulidade do acórdão do e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região em virtude da alegada ausência de intimação da sessão de julgamento da impetração originária; *b)* a ilegalidade da multa aplicada pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR por força do descumprimento de ordem judicial pela recorrente; *c)* a desproporcionalidade do valor da multa arbitrada; *d)* a ilegalidade da execução da multa via BacenJud.

Pois bem. 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.

Preliminarmente, a recorrente sustenta a nulidade do acórdão recorrido por ausência de intimação para a sessão de julgamento do *mandamus* originário, com fundamento nas disposições dos arts. 101 e 105, inciso II, ambos do Regimento Interno do e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e nas garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O art. 153, parágrafo único, do Regimento Interno do TRF-4 dispõe que o relator do mandado de segurança solicitará sua inclusão em pauta de julgamento, cuja publicação, nos termos do art. 101, *caput*, do mesmo Regimento, deve anteceder no mínimo 5 (cinco) dias úteis a data da sessão de julgamento, na qual poderá haver sustentação oral (art. 105, II).

Confira-se:

“Art. 101. A publicação da pauta no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região será realizada pelo menos cinco dias úteis antes da sessão de julgamento do respectivo Colegiado.”

“Art. 105. Poderá haver sustentação oral nas seguintes hipóteses: [...] II – mandado de segurança de competência originária, inclusive quanto ao julgamento do pedido liminar, ação rescisória e reclamação.”

“Art. 153. Transcorrido o prazo de dez dias do pedido de informações, com ou sem estas, serão os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que emitirá parecer em igual prazo.

Parágrafo único. Devolvidos os autos, com ou sem parecer, o Relator solicitará a inclusão em pauta para julgamento.”

No entanto, conforme o art. 107 do Regimento Interno do Tribunal *a quo*, quando houver pedido de vista em feito de natureza penal, a reinclusão em pauta não será necessária, pois o processo será apresentado na sessão de julgamento seguinte à data da devolução dos autos. Veja-se:

“Art. 107. Antes de terminada a votação, o Desembargador Federal ou Juiz Federal Convocado que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista do processo pelo prazo máximo de dez dias, após o qual será reincluído em pauta, exceto os votos-vista em processo penal, para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.”

Examinando o andamento processual do Mandado de Segurança n. 5031625- 51.2019.4.04.0000/PR, constata-se que o Desembargador Federal relator, em 16/8/2019, determinou a inclusão do feito na pauta de julgamento da sessão designada para 25/9/2019. A pauta de julgamento foi publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 6/9/2019. Na sessão de julgamento, porém, houve pedido de vista, e o processo foi reincluído em mesa para julgamento 29/10/2019.

Desse modo, conclui-se que não houve violação aos dispositivos do Regimento Interno da e. Corte Federal que disciplinam o processamento e julgamento do mandado de segurança, porquanto o mandado de segurança em comento foi efetiva e oportunamente incluído em pauta de julgamento pelo Desembargador Federal relator, dando-se conhecimento à defesa técnica da recorrente, ao passo que o *mandamus* pode ser posto diretamente em mesa após o término do prazo do pedido de vista.

Registre-se, em acréscimo, que a defesa técnica não formulou pedido expresso de intimação para realizar sustentação oral na sessão de julgamento da impetração originária. Não obstante, sua realização foi-lhe efetivamente facultada pela instância precedente, dado que houve a publicação da pauta de julgamento e a intelecção das normas regimentais aplicáveis à espécie permite concluir que o processo que retorna do pedido de vista é julgado independentemente de nova publicação de pauta.

Ademais, os embargos de declaração opostos na origem, nos quais se suscitou a nulidade do acórdão por ausência de intimação da sessão de julgamento, não foram apreciados pela e. Corte Federal em virtude da comunicação de desistência, de modo que, não tendo sido a matéria examinada na instância precedente, inviabiliza-se sua análise por esta Corte Superior.

Por essas razões, reputa-se improcedente o pedido de decretação de nulidade da sessão de julgamento do acórdão recorrido.

Adiante, para o exame da matéria de fundo do recurso, transcrevo, de início, os fundamentos da decisão em que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico n. 5022831-27.2018.4.04.7000/PR, em 6/12/2018, apreciou a tese de impossibilidade de efetivação da quebra do sigilo da conta de e-mail “mcarsalade@yahoo.com” arguida pela recorrente, impondo a multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento (Evento 26):

“1. Trata-se de processo no qual este Juízo decretou, a pedido do MPF, a quebra do sigilo sobre as mensagens e arquivos eletrônicos armazenados em endereços eletrônicos de investigados (eventos 04 e 18).

A O do B I L (atual denominação da Y do B I L) informa que a conta “mcarsalade@yahoo.com” não foi registrada no seu domínio, tendo sido, aparentemente, criada com ferramenta de endereço eletrônico disponibilizada pela sua controladora norte-americana Y (O I), a qual aduz ser empresa totalmente distinta. Dessa forma, sustenta não deter capacidade técnica e legal para atender ao comando judicial e sugere que as autoridades brasileiras busquem implementar a quebra juntamente com a empresa no exterior, via contato direto ou cooperação jurídica internacional (evento 23).

Requer o MPF que a O do B seja intimada para verificar se nos registros de IP a conta mcarsalade@yahoo.com foi acessada em território brasileiro durante o período abrangido pela quebra de sigilo telemático decretada nos autos e, em caso positivo, forneça os dados requisitados, inclusive sobre eventual exclusão de dados a partir da deflagração da operação policial, sob pena de multa diária de R\$ 100 mil (evento 24).

Decido

2. O endereço eletrônico “mcarsalade@yahoo.com” é titularizado por Marcelo Carsalade, que é investigado por suposto envolvimento nos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da assim denominada Operação Lavajato. Em síntese, há indícios de que Marcelo Carsalade teria participado, como intermediador, de

negociações espúrias entre empresas de trading e funcionários corruptos da Petrobrás, recebendo comissão por tal atividade ilícita.

A investigação, portanto, e a ordem de quebra do sigilo telemático não têm efeitos extraterritoriais, pois, ainda que os endereços eletrônicos sejam estrangeiros, as pessoas investigadas residem no Brasil, os crimes investigados teriam ocorrido no Brasil, e os endereços eletrônicos em questão teriam sido utilizados para a realização de comunicações aqui no Brasil.

Então a O do B I L (Y B) ou sua controladora no exterior, a O I (Y I), norte-americana, não tem base legal para recusar o cumprimento da ordem de quebra de sigilo telemático.

Questão similar já foi enfrentada por este Juízo e ocorreu com a Google Brasil e a Google Inc. no processo 5048457-24.2013.4.04.7000. Sob pena de multa de R\$ 50 mil reais diários, foi determinada que a quebra fosse efetivada pela Google Brasil, em 17/12/2013 (evento 42).

Transcrevo trecho:

‘Não é a primeira vez, perante este Juízo, que há dificuldades de atendimento de ordem judicial pela Google.

Fosse o titular do email estrangeiro, norte-americano ou de outro país, assistiria completa razão à Google.

Tratando-se, porém, de residente no Brasil, investigado por lavagem de dinheiro no Brasil, deve a Google prestar as informações solicitadas pela autoridade judicial brasileira, ainda que os servidores estejam em outro país.

Se a Google Inc. ou a Google International LLC pretende realizar negócios no Brasil, ainda que através de empresa aqui constituída, a Google Brasil Internet Ltda., deve atender à legislação brasileira e às determinações das autoridades brasileiras.

De todo óbvio que, tratando-se de residentes no Brasil, que as mensagens trafegam perante as linhas de comunicação brasileiras antes de seu eventual armazenamento em território estrangeiro.

A afirmação de que o problema seria a legislação norte-americana não é convincente, pois outras empresas em situação similar, como a Microsoft Corporation atendem a ordens semelhantes. Aliás, nestes próprios autos, isso já ocorreu, pois as quebras dirigidas aquela empresa foram devidamente atendidas.

Cabe, portanto, à Google revisar seus procedimentos e práticas corporativas a fim de habilitar-se a atender as ordens emanadas das autoridades judiciais brasileiras e não a estas a revisarem suas práticas, adequando-se às exigências da Google.

Por outro lado, tal exigência não destoaria da própria prática jurisprudencial norte-americana.

*Com efeito, na área do sigilo bancário, admitem as Cortes Federais norte-americanas que a sede ou filial de um Banco nos Estados Unidos pode ser intimada para apresentar, sob pena de sanção processual, documentos bancários mantidos em filiais ou sedes em outros países. No leading case, *United States v. Bank of Nova Scotia*, 740 F.2d 817 (11th Cir. 08/14/1984), uma filial em Miami do Bank of Nova Scotia, que tem sede em Toronto/Canadá, recebeu uma subpoena exarada pelo Grande Júri Federal, para apresentação de documentos de clientes que eram mantidos em filiais em Bahamas, Grand Cayman e Antigua. O Banco apresentou um pedido ao juiz federal para que fosse dispensado do cumprimento da subpoena, o que foi negado em primeira instância, sendo ainda o Banco considerado como em situação de 'contempt of court' com imposição de multa diária até a entrega dos documentos. A conclusão do juiz federal foi também mantida pela 11ª Corte de Apelação Federal dos Estados Unidos. Entendeu-se que os poderes investigatórios do Grande Júri eram amplos e poderiam incluir determinação da espécie e que não haveria necessidade de expedição de um pedido de cooperação internacional para obtenção dos documentos. Sobre o possível conflito entre a lei norte-americana, que obrigava a apresentação de documentos, e as leis de sigilo dos demais países, que a proibia, a Corte de Apelações reconheceu que haveria um conflito, mas que isso não seria suficiente para justificar o não cumprimento da determinação, pois a condução da investigação feita nos Estados Unidos não poderia ser obstaculizada sempre que houvesse um conflito com o interesse de outros países. Além disso, 'o Banco teria voluntariamente escolhido realizar negócios em numerosos países e teria aceitado o risco incidental de ser submetido a eventuais ações governamentais inconsistentes', e 'não poderia obter os benefícios de realizar negócios aqui [nos Estados Unidos], sem aceitar as concomitantes obrigações'.*

Embora esses julgados sejam relativos a sigilo bancário, com devidas adaptações, o entendimento neles constante pode ser aplicado ao sigilo telemático.

Por outro lado, conforme precedente citado pela própria Google, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento, em 17/04/2013, de Questão de Ordem no Inquérito n. 784/DF, Relatora, a Exma. Ministra Laurita Vaz, entendeu que a Google Brasil está obrigada a atender a ordens judiciais de quebras de sigilo telemático envolvendo crimes sob a jurisdição brasileira e mensagens enviadas por brasileiros. Da decisão, destaco o seguinte trecho:

'Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explora o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet – o que lhe é absolutamente lícito –, mas se esquivar de cumprir as leis locais.

Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados e afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção.’

Agregue-se que, considerando a dinâmica da investigação criminal, não é viável realizar a diligência necessária por cooperação jurídica internacional.

Os próprios norte-americanos, aliás, não a utilizam para interceptar emails alhures, o que ilustrado pelos recentes episódios envolvendo a NSA e o FISA ACT, nos quais há notícia oficiosas de vigilância eletrônica inclusive sobre comunicações de pessoas residentes fora dos Estados Unidos.

Não se trata aqui de seguir o exemplo, mas de impor à jurisdição brasileira sobre crimes praticados no Brasil por residentes brasileiros e como tais sujeitos a ela”

Ante o exposto e na esteira do precedente do Superior Tribunal de Justiça, concedo o prazo derradeiro de dez dias para que a Google Brasil Internet Ltda, representante da Google Inc. ou a Google International LLC no Brasil, cumpra a anterior ordem judicial, adotando as providências necessárias para viabilizar o acesso, por quinze dias, a todas as comunicações efetuadas pelos usuários dos emails (...), pelo prazo de quinze dias, bem como o acesso a todas as mensagens armazenadas nas pastas destes emails, tudo isso pela autoridade policial, DPF Márcio Adriano Anselmo, DELEFIN da Polícia Federal em Curitiba, segundo os detalhamentos que podem ser acertados diretamente com ela.

As providências devem ser tomadas sem conhecimento dos usuários do serviço.

Fixo multa de R\$ 50.000,00 por dia de atraso, a partir do fim dos dez dias acima concedidos’.

O mesmo aplica-se no presente caso.

Importa destacar que a citada decisão foi integralmente mantida pela 8ª Turma do TRF4, no julgamento do Mandado de Segurança n. 5030054- 55.2013.404.0000, Relator, o Desembargador João Pedro Gebran Neto, julgado em 26/02/2014.

Transcrevo, por oportuno, trecho da ementa do julgado:

‘1. Determinada a quebra de sigilo telemático em investigação de crime cuja apuração e punição sujeitam-se à legislação brasileira, impõe-se ao impetrante o dever de prestar as informações requeridas, mesmo que os servidores da empresa encontrem-se em outro país, uma vez que se trata de empresa constituída conforme as leis locais e, por este motivo, sujeita tanto à legislação brasileira quanto às determinações da autoridade judicial brasileira.

2. O armazenamento de dados no exterior não obsta o cumprimento da medida que determinou o fornecimento de dados telemáticos, uma vez que basta à empresa controladora estrangeira repassar os dados à empresa controlada no Brasil, não ficando caracterizada, por esta transferência, a quebra de sigilo.

3. A decisão relativa ao local de armazenamento dos dados é questão de âmbito organizacional interno da empresa, não sendo de modo algum oponível ao comando judicial que determina a quebra de sigilo’.

Destaco, ainda, precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, especificamente julgado de 17/04/2013, Questão de Ordem no Inquérito n. 784/DF, Relatora, a Exma. Ministra Laurita Vaz, no qual entendeu-se que a Google Brasil está obrigada a atender a ordens judiciais de quebras de sigilo telemático envolvendo crimes sob a jurisdição brasileira e mensagens enviadas por brasileiros. Da decisão, destaco o seguinte trecho:

‘Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet – o que lhe é absolutamente lícito –, mas se esquivue de cumprir as leis locais.

Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados e afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção’.

No que toca à obrigação de o escritório brasileiro da O cumprir a ordem judicial, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) prevê, em seu art. 11, § 1º, que nas operações de comunicações (e.g. troca de e-mails), os provedores de conexão e de aplicações de internet estão sujeitos à legislação brasileira desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. A sujeição à lei brasileira se aplica mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil (art. 11, § 2º, da Lei 12.965/2014).

Importante ainda destacar que após esta decisão a Google Inc., a Google International LLC e a Google Brasil Internet Ltda. passaram, louvadamente, a acatar as ordens de quebra telemática exaradas pelo Juízo, naquele e outros casos posteriores, sem novos questionamentos.

Não há nenhuma notícia, por outro lado, de que por essa mudança de comportamento tenha sido processada nos Estados Unidos. Isso porque não há violação das leis norte-americanas, já que não se pretende investigar fatos havidos naquele país ou pessoas lá residentes.

Assim, como a Google Inc., a Google International LLC e a Google Brasil Internet Ltda., a YB e a YI devem, portanto, cumprir a decisão de quebra.

Em caso de descumprimento, multa será imposta à subsidiária brasileira, na inviabilidade de sancionar a controladora.

3. Face ao exposto, concedo o prazo de dez dias para que a Ob do B I L (atual denominação da Y D O B I L), representante da O I (Y I) no Brasil, cumpra a anterior ordem judicial, adotando, portanto, as seguintes providências ora necessárias:

- verificar e informar se, a partir de 01/01/2009, nos registros de IP, a conta mcarsalade@yahoo.com foi acessada em território brasileiro;

- em caso positivo, encaminhar as mensagens armazenadas, recebidas e enviadas, e arquivos eletrônicos armazenados, inclusive constantes de nuvem de armazenamento, bem como dos dados de identificação do titular do endereço eletrônico "mcarsalade@yahoo.com";

- em caso positivo, informar se a partir das 12h do dia 05/12/2018 a conta foi acessada e se houve exclusão de dados pelos usuários após esses acessos.

As providências devem ser tomadas sem conhecimento dos usuários do serviço.

Fixo multa de R\$ 10.000,00 por dia de atraso, a partir do fim dos dez dias acima concedidos.

Informo que a continuidade do descumprimento levará ao progressivo incremento da multa e à imediata cobrança dela por Bacenjud via bloqueio bancário.

Informo, por oportuno, a fim de evitar controvérsias desnecessárias, que a sanção a ser aplicada será somente a multa, sem descontinuidade de serviço ou prisão de dirigentes.

Esclareço ainda que admito rever a ordem caso demonstrado pela Oath do Brasil Internet Ltda. que os endereços eletrônicos foram utilizados a partir do exterior, infirmado o alegado pela autoridade policial e pelo MPF." (Evento 26, grifou-se, com alterações).

A recorrente, contudo, opôs-se a fornecer os dados da conta de e-mail citada, ainda com base no argumento de impossibilidade técnica e jurídica de submeter-se à determinação judicial. O Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, no entanto, não acolheu a irrisignação da recorrente, e, em decisão 18/3/2019, conferiu-lhe nova oportunidade de cumprir a ordem judicial, elevando a multa diária para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) no caso de descumprimento. Confira-se (Evento 52 do Processo n. 5022831-27.2018.4.04.7000/PR):

“1. Em decisão proferida no evento 24 foi concedido prazo de dez dias para que a O do B I L (atual denominação da Y do B I L), representante da O I (Y I) no Brasil, cumprisse anterior ordem judicial, tomando algumas providências lá determinadas.

Intimada, O do B I L novamente se negou a prestar as informações, dizendo que a medida somente seria oposta à sua controladora, O I, não sendo responsável pelas informações (evento 37).

Diante do ofício, o MPF requereu a execução da multa cabível a partir do dia 20/10/2018, a reiteração da obrigação de forneceras informações e dados prestados no prazo de 10 (dez) dias, elevando o valor da multa diária para o montante de R\$ 50.000,00.

Decido.

Conforme bem ponderou o MPF no evento 50:

A recusa da O Bem fornecer os dados de e-mail do domínio... causa estranheza.

Isso porque, a Y B (antiga denominação da O B), embora tenha, num primeiro momento das investigações da Operação Lava Jato, recusado o fornecimento de dados de e-mail do domínio..., passou a fornecê-los após a fixação de multa diária por esse il. Juízo. Essa questão está bem documentada no evento 39 dos autos n. 5002263-58.2016.4.04.7000.

É possível que, após a reformulação do grupo empresarial sob a O I (resultante da fusão entre Y e A), a O B tenha revisado as suas políticas de compliance, abandonando a cooperação com as autoridades brasileiras.

Essa mudança de postura, contudo, além de violar os precedentes desse il. Juízo, do TRF4 e do STJ, incluindo um julgado de RMS interposto pela própria Y B (RMS 55.019/DF), é absolutamente contrária à lei brasileira.

A multa diária oponível à O do B L até a presente data, decorrente do descumprimento da decisão proferida no evento 26, supera o R\$ 800.000,00.

Caberia por esta decisão sua imediata aplicação, bem como impor novas multas diárias à O pela continuidade do descumprimento.

Entretanto, resolvo, sem prejuízo de eventual implantação e execução das multas passadas, novamente, oportunizar à O o cumprimento da decisão, visto que a este Juízo interessa o atendimento da medida necessária à investigação e não arrecadar valores.

Para facilitar o atendimento, resolvo explicitar a causa fundada que motivou a quebra do sigilo telemático, por decisão judicial de 16/08/2018, do endereço eletrônico que a O se nega a fornecer acesso.

Não é viável, porém, explicitar certos detalhes, como o nome dos investigados, sob o risco de vazar a investigação, cuja eficácia depende do sigilo nessa fase processual.

O presente caso envolve investigação no âmbito da assim denominada operação Lavajato, mais especificamente em negócios na área da compra e venda de combustíveis, desde o ano de 2009.

Embora os fatos ainda estejam em investigação, há fundada suspeita, portanto, do envolvimento do investigado neste feito em crime de corrupção e lavagem de dinheiro.

O usuário do email é brasileiro e desenvolve suas atividades no Brasil.

A dinâmica de uma investigação policial, com atividade criminal em andamento, dificulta a utilização dos mecanismos mais demorados do MLAT.

Tratando de atividade criminal em andamento, com possível lavagem de dinheiro decorrente de corrupção, imperativo que a prova seja colhida com urgência, diante da necessidade de que, quanto antes, possa a Polícia intervir para interromper a prática delitativa e eventualmente buscar reaver parte do fruto da corrupção.

Destaco ainda que as tentativas de desvinculação da O do B com sua controladora não são suficientes para eximi-la de sua responsabilidade. A empresa brasileira é subsidiária do grupo internacional O, tratando-se, para efeito de responsabilidade quanto à prestação das informações solicitadas, de sua representante no Brasil. Nesse sentido, inclusive, os diversos julgados mencionados na decisão constante do evento nº 26 - DESPACDEC1.

Talvez com esses dados, logre a O do B convencer sua controladora no exterior a cumprir a determinação judicial.

Assim, com a expectativa do cumprimento voluntário da decisão judicial de quebra, deixo de executar por ora a multa já devida e concedo à O do B e a sua controladora no exterior o prazo de 10 dias para cumprir a anterior ordem judicial, adotando, portanto, as seguintes providências ora necessárias:

- verificar e informar se, a partir de 01/01/2009, nos registros de IP, a conta mcarsalade@yahoo.com foi acessada em território brasileiro;

- em caso positivo, encaminhar as mensagens armazenadas, recebidas e enviadas, e arquivos eletrônicos armazenados, inclusive constantes de nuvem de armazenamento, bem como dos dados de identificação do titular do endereço eletrônico "mcarsalade@yahoo.com";

- em caso positivo, informar se a partir das 12h do dia 05/12/2018 a conta foi acessada e se houve exclusão de dados pelos usuários após esses acessos.

Caso não produzida, retomarei a imposição da multa diária, que resta desde logo elevada para o montante de R\$ 50.000,00 ao dia em relação aos dias posteriores ao novo prazo.

Fica a O do B e sua controladora advertida da necessidade de manter sigilo sobre esta decisão, inclusive em relação ao usuário do email, sob a pena da prática de crime de quebra do sigilo da investigação, com a responsabilização dos Diretores da O do B L.” (Evento 52, grifou-se, com modificações).

Em face de novos pedidos de reconsideração, o Juízo de 1º Grau reiterou os mesmos fundamentos em decisões proferidas em 13/6/2019 (Evento 69) e 16/8/2019 (Evento 95).

Pois bem. No presente recurso ordinário, a recorrente sustenta, em síntese, que, no período em que foram aplicadas as sucessivas multas por descumprimento de ordem judicial, não podia, por impossibilidade tanto técnica como jurídica, observar a determinação de fornecer os dados da conta de e-mail “mcarsalade@yahoo.com”, cujo sigilo o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR levantou para a instrução de ação penal sob sua competência.

Para tanto, argumenta, em resumo, que durante o período inicial em que as *astreintes* lhe foram aplicadas os dados da conta de e-mail estavam sob a exclusiva responsabilidade da Oath Inc., empresa norte-americana que ostentaria autonomia e personalidade jurídica diversa da recorrente, sem embargo de ambas integrarem o mesmo grupo societário. Desse modo, a recorrente assevera que até a reformulação de sua política de usuários não podia, por razões de ordem técnica e jurídica, cumprir a determinação do Juízo de 1º Grau.

No presente caso, esclareça-se que a empresa Verizon Media do Brasil Internet Ltda. - cuja denominação foi, no passado, Yahoo do Brasil Internet Ltda. e, depois, Oath do Brasil Internet Ltda. - é empresa atualmente controlada pela Oath Hispanic Americas LLC, com sede nos Estados Unidos da América, conforme se depreende de consulta ao sítio eletrônico da Junta Comercial do Estado de São Paulo.

A Yahoo Inc., por seu turno, figurou no quadro societário da atual Verizon Media do Brasil, com elevada participação de capital (USD 582.409,00), até 17/7/2017. Foi substituída, sucessivamente, pela Yahoo Holdings Inc., na mesma data; pela Yahoo Holding International B.V., em 27/7/2017; e, por fim, pela AOL Holdings (Brazil) LLC., em 13/12/2017, todas com o mesmo capital social.

A Oath Inc. originou-se da fusão operada entre as empresas AOL e Yahoo, após a aquisição de ambas pela empresa Verizon, e, recentemente, passou a denominar-se Verizon Media. No Brasil, a Verizon Media opera sob o nome Verizon Media do Brasil Internet Ltda.

Nota-se, portanto, que o capital social da empresa recorrente é titularizado pela Oath Hispanic Americas LLC. (que resultou da fusão entre a AOL e o Yahoo Inc., cuja propriedade pertence à Verizon) e pela AOL Holdings (Brazil) LLC., empresa remanescente da AOL que também pertence ao grupo Verizon.

Conclui-se, portanto, que a empresa recorrente é controlada pelas empresas norte-americanas Oath Hispanic Americas LLC e AOL Holdings (Brazil) LLC., devendose considerar que a Oath Hispanic Americas LLC., para os fins que importam à presente controvérsia, sucedeu a Yahoo Inc., sob cuja guarda, alega a recorrente, estariam os dados requisitados pela ordem judicial.

Por conseguinte, não procede o argumento de que os dados encerrados na conta de e-mail citada estão sob responsabilidade de empresa diversa com autonomia e personalidade jurídica própria, porquanto a recorrente, considerada a fisionomia de sua composição societária, é diretamente controlada pela empresa que, em sua proposta, seria a única responsável pela guarda dos dados.

Neste particular, consoante o entendimento firmado por esta Corte Superior em Questão de Ordem na AP n. 845, de relatoria da e. Min.^a Laurita Vaz, já referida no acórdão recorrido, “*a mera transferência reservada [...] entre empresa controladora e controlada não constitui, em si, quebra do sigilo, o que só será feito quando efetivamente for entregue à autoridade judicial brasileira*”.

Por oportuno, colaciono o seguinte excerto do *decisum*:

“Insisto: a simples transmissão de dados, resguardado seu conteúdo, entre as entidades pertencentes ao mesmo grupo empresarial, com a exclusiva finalidade de entrega à autoridade judiciária competente, no caso a brasileira, não tem o condão de sequer arranhar a soberania do Estado estrangeiro.

O obstáculo oposto, ademais, não procede. A sede-matriz (empresa controladora) em território americano se faz representar aqui pela G B.

Ora, o que se pretende é a entrega de mensagens remetidas e recebidas por brasileiros em território brasileiro, envolvendo supostos crimes submetidos indubitavelmente à jurisdição brasileira.

Nesse cenário, é irrecusável que o fato de esses dados estarem armazenados em qualquer outra parte do mundo não os transformam em material de prova estrangeiro,

a ensinar a necessidade da utilização de canais diplomáticos para transferência desses dados.

Trata-se, evidentemente, de elemento de prova produzido, transmitido e recebido em território brasileiro, repito. Nada tem a ver com terras alienígenas, a não ser pelo fato de, por questões estratégico-empresariais, estarem armazenadas nos Estados Unidos.

*Cumpra observar que a mera transferência reservada – poder-se-ia dizer interna corporis – desses dados entre empresa controladora e controlada **não** constitui, em si, quebra do sigilo, o que só será feito quando efetivamente for entregue à autoridade judicial brasileira, aqui.*

Insisto: a simples transmissão de dados, resguardado seu conteúdo, entre as entidades pertencentes ao mesmo grupo empresarial, com a exclusiva finalidade de entrega à autoridade judiciária competente, no caso a brasileira, não tem o condão de sequer arranhar a soberania do Estado estrangeiro.

A quebra do sigilo dos dados requeridos é sabidamente medida de suma importância para a elucidação de crimes cometidos em território brasileiro por brasileiros, repito, mais uma vez.

Vale ressaltar que a referida empresa foi constituída em conformidade com as leis brasileiras e, evidentemente, deve se submeter à legislação pátria, não podendo se esquivar do cumprimento de requisição judicial invocando leis americanas, pelo todo exposto, inaplicáveis ao caso.

Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet – o que lhe é absolutamente lícito –, mas se esquivar de cumprir as leis locais.

Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados é afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção.

Creio até que seria o caso de se sugerir à autoridade executiva um estudo sobre a necessidade de se impor condições mais rígidas para se admitir tais atividades empresariais em território nacional, de modo a se delimitar, desde logo, a responsabilidade pelo serviço prestado.”

Bem como a ementa do julgado:

Questão de ordem. Decisão da Ministra Relatora que determinou a quebra de sigilo telemático (gmail) de investigados em inquérito em trâmite neste STJ. Google

Brasil Internet Ltda. Descumprimento. Alegada impossibilidade. Inverdade. Google International LLC e Google INC. Controladora americana. Irrelevância. Empresa instituída e em atuação no país. Obrigatoriedade de submissão às leis brasileiras, onde opera em relevante e estratégico seguimento de telecomunicação. Troca de mensagens, via e-mail, entre brasileiros, em território nacional, com suspeita de envolvimento em crimes cometidos no Brasil. Inequívoca jurisdição brasileira. Dados que constituem elementos de prova que não podem se sujeitar à política de Estado ou empresa estrangeiros. Afrenta à soberania nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento. (QO na APn 845/DF, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/4/2013).

Nesse caso, os procedimentos de cooperação jurídica internacional não são necessários, visto que a empresa recorrente, para a qual a ordem de quebra de sigilo telemático foi direcionada, opera seus serviços no Brasil e por essa razão deve subordinar-se ao ordenamento jurídico nacional. Portanto, se os dados requestados estavam em guarda de empresa estrangeira que, no entanto, detém o controle da empresa nacional, não havia nenhum impedimento jurídico para o cumprimento da ordem judicial, ao passo que eventuais problemas técnicos relacionados à transmissão das informações poderiam ser facilmente contornados pelos dilatados e sucessivos prazos que o Juízo de 1º Grau assinalou para o cumprimento da determinação.

Consoante se depreende dos autos, ademais, cuida-se de conta de e-mail que foi criada por cidadão brasileiro e era utilizada a partir do território nacional para tratar de assuntos relativos a eventuais delitos cuja persecução compete à autoridade jurisdicional brasileira. Assim, não se vislumbra motivação idônea que justifique a recusa do cumprimento da ordem judicial.

Nesse sentido:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Inquérito policial. Quebra de sigilo telemático. Descumprimento de ordem judicial. Alegações de ausência de indícios de autoria delitiva e de violação a direito de terceiro. Não cabimento. Aplicação de multa diária. Empresa situada no país. Submissão à legislação nacional. Marco civil da internet. Incidência. [...] 3. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo” (RMS 55.109/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017) 4. Observe-se, ainda, que não há qualquer ilegalidade no fato de o delito investigado ser anterior à vigência do Marco Civil da Internet. Isto porque a Lei n. 12.965/2014 diz respeito tão

somente à imposição de *astreintes* aos descumpridores de decisão judicial, sendo inequívoco nos autos que a decisão judicial que determinou a quebra de sigilo telemático permanece hígida. Com efeito, a data dos fatos delituosos é relevante para se aferir apenas a incidência da norma penal incriminadora, haja vista o princípio da anterioridade penal, sendo certo que o inquérito policial investiga condutas que se encontram tipificadas no art. 10 da Lei n. 9.296/1996 (Lei de interceptação) e art. 153, § 1º-A, do Código Penal - CP e não na Lei n. 12.965/2014. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança ao qual se nega provimento. (RMS 55.019/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 1/2/2018).

Com relação à multa arbitrada, firme-se, inicialmente, que a multa por descumprimento de ordem judicial tem fundamento nos arts. 536 e 537 do Código de Processo Civil (art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973), aplicável no âmbito penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal.

Com efeito, a multa por descumprimento de ordem judicial apresenta natureza jurídica sancionatória/coercitiva e tem por objetivo assegurar a força imperativa das decisões judiciais, protegendo a eficiência da tutela do processo e dos interesses públicos nele envolvidos. Não tem por objetivo punir, ressarcir ou compensar; diga-se, não tem a finalidade de indenizar a parte, tampouco de expropriar o devedor.

A respeito da matéria, a Quinta e a Sexta Turma desta Corte sedimentaram que “*a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil*”. Nesse sentido, “*a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal*” (RMS 44.892/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 15/4/2016).

A propósito, os seguintes precedentes:

Penal, Processual Penal e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Quebra do sigilo telemático de investigado em inquérito. Descumprimento de ordem judicial pela empresa provedora de e-mails, destinatária da ordem, fundado em alegações referentes a direito de terceiro. Não cabimento. Submissão às leis brasileiras. Precedente da Corte Especial. Multa diária pelo descumprimento. Possibilidade. Valor das *astreintes*. Razoabilidade e proporcionalidade. Execução provisória. Supressão de instância. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

1. A *Microsoft Informática Ltda.* impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de

determinada conta de e-mail, mediante a criação de uma “conta espelho”, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. A requisição de serviços à recorrente, enquanto provedora da conta de e-mail do investigado, estabelece, satisfatoriamente, o modo de realizar a interceptação de dados, não cabendo à destinatária da medida deixar de cumpri-la, pelo argumento de suposta ofensa a direitos fundamentais de terceiro. Precedente: HC 203.405/MS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 28/6/2011, DJe 1º/7/2011.

3. A ordem questionada determinou o monitoramento do fluxo de dados telemáticos em território nacional, a fim de apurar a eventual prática de delitos no país, portanto, sujeitos à legislação brasileira a teor do disposto no art. 5º do Código Penal.

4. Na forma dos arts. 88 do Código de Processo Civil e 1.126 do Código Civil, é da empresa nacional a obrigação de cumprir determinação da autoridade judicial competente. Nesse aspecto, a *Corte Especial*, na QO-Inq 784/DF, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, julgada em 17/4/2013, decidiu que “não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet - o que lhe é absolutamente lícito -, mas se esquive de cumprir as leis locais”.

5. Afigura-se desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo, porquanto aplicável à espécie a legislação brasileira.

6. Este Superior Tribunal firmou o entendimento de que a imposição de *astreintes* à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil. E, ainda que assim não fosse, as normas de direito processual civil teriam incidência ao caso concreto, por força do art. 3º do Código de Processo Penal.

7. A renitência da empresa ao cumprimento da determinação judicial justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC. O valor da penalidade - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - não se mostra excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ no caso da QO-Inq n. 784/DF.

8 A matéria atinente à execução provisória das *astreintes* não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impede a análise do tema, sob pena de supressão de instância.

9. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (RMS 44.892/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 15/04/2016, grifei).

Processual Civil. Recurso especial. Inquérito policial. Quebra de sigilo telemático. Cumprimento tardio de ordem judicial. Aplicação de multa

cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados. Art. 475-J do CPC. Relação jurídica de direito processual civil. Aplicação dos prazos recursais previstos no CPC. Recurso provido.

1. O juízo criminal, ao aplicar multa cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados decorrentes da quebra de sigilo determinada em inquérito policial, estabelece com ela uma relação jurídica de natureza cível, seja porque o responsável pelo cumprimento da ordem judicial não é parte no processo criminal, seja porque a aplicação de multa por eventual descumprimento - ou retardo no adimplemento - tem amparo no art. 475-J do Código de Processo Civil.

2. Existência, ademais, de dúvida razoável quanto à natureza - cível ou criminal - da matéria, a justificar a aplicação do princípio da boa-fé processual, reforçado no novo Código de Processo Civil, de inegável valor como referência do direito que está por vir.

3. Aplicabilidade, na hipótese, do art. 536 do CPC, que fixa em cinco dias o prazo para a oposição de embargos de declaração, por constituir a cominação de multa diária por atraso no cumprimento de ordem judicial tema tipicamente cível.

4. Recurso especial provido. (REsp 1.455.000/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 9/4/2015, grifei)

Ressalte-se o disposto no art. 139, IV, do CPC/2015, que autoriza o Juiz a “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”.

Desse modo, devidamente configurada a desobediência de ordem judicial, legítima a imposição de multa. Nesse passo, carece de fundamento a afirmativa de que a multa teria sido baseada unicamente no instituto da *contempt of court* do direito anglo-saxônico, visto que, por um lado, há normas jurídicas nacionais que amparam a multa por descumprimento de ordem judicial; e, por outro, o acórdão recorrido apenas citou que a multa aplicada aproxima-se mais do instituto, cuja finalidade é, justamente, resguardar a dignidade, a efetividade e a autoridade da jurisdição.

A multa cominada, que alcança R\$ 8.430.000,00 (oito milhões e quatrocentos e trinta mil reais), de fato tem elevado valor. Veja-se, porém, a cronologia dos autos e a sucessão dos atos processuais, conforme as informações encaminhadas pelo Juízo de 1 Grau (fls. 398-408):

a) 16/8/2018: decretação da quebra do sigilo do e-mail “mcarsalade@yahoo.com”;

b) 28/11/2018: apresentação da resposta em que a recorrente arguiu a incapacidade de fornecer os dados requisitados;

c) 6/12/2018: prolação da decisão em que, reiterando a requisição, o Juízo de 1º Grau assinalou o prazo de 10 (dias) para cumprimento, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

d) 4/2/2019: protocolo de nova petição pela recorrente;

e) 18/3/2019: prolação da terceira decisão, em que o Juízo concedeu novo prazo para o cumprimento da ordem, ainda sem execução da multa, com previsão de elevação para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de inobservância;

f) 2/5/2019: formulação de outro pedido de reconsideração;

g) 13/6/2019 e 16/8/2019: últimas decisões em que o Juízo manteve os fundamentos adotados nas manifestações anteriores.

Desse modo, verifica-se que o elevado valor da multa não decorreu de excesso ou arbitrariedade do órgão emissor da ordem judicial, mas, ao contrário, resultou diretamente do extenso período em que a recorrente, de maneira obstinada porém ilícita, dada a ausência de amparo jurídico, recusou-se a submeter-se à autoridade jurisdicional brasileira. A recalcitrância infundada da recorrente, com efeito, é a causa única da significativa monta que a multa cominada ao fim alcançou, pois, como visto, a multa diária, arbitrada inicialmente em R\$ 10.000,00, foi sobrelevada para R\$ 50.000,00 apenas após sucessivos descumprimentos das ordens judiciais, as quais sempre assinalaram prazos razoáveis para sua implementação. De outro lado, mesmo a multa diária de R\$ 50.000,00 não se revela excessiva, quando contrastada com o elevado patrimônio da recorrente a que os autos fazem referência.

Por conseguinte, não vislumbro flagrante ilegalidade ou teratologia que justifique a revisão do valor fixado, sobretudo porque a recorrente não demonstrou, mediante prova pré-constituída, a alegada impossibilidade financeira de fazer frente ao valor aplicado. Não admitindo a ação de mandado de segurança dilação probatória, o direito líquido e certo suscitado deveria ter sido comprovado de plano.

Vejam-se os seguintes julgados desta Corte:

Processual Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo incidente de sequestro. Instrumento de defesa. Embargos. Contumácia do recorrente. Decisão acerca do sequestro. Natureza definitiva. Ajuizamento de mandado de segurança substitutivo do meio de impugnação cabível. Prazo da apelação decorrido *in albis*. Decisão de inadmissibilidade do apelo. Recurso em

sentido estrito. Cabimento. Inércia. Trânsito em julgado do processo incidente de sequestro. Incidência da Súmula/STF 267. Vedação legal à utilização de mandado de segurança (Lei 12.016, art. 5º, III). Ausência de direito líquido e certo. Exame do arcabouço fático. Dilação probatória incompatível com o rito do mandado de segurança. Capítulo do mérito do sequestro. Decadência do *mandamus*. Recurso desprovido.

[...]

5. O caso concreto revela verdadeira contumácia do réu, explicitada pela não apresentação de embargos (CPP, art. 130, I) e a interposição intempestiva de apelação, que culminou em sua inadmissibilidade e conseqüente trânsito em julgado da matéria, com a rejeição dos embargos declaratórios. Houve, pois, trânsito em julgado do processo incidente, porquanto somente a interposição de recurso em sentido estrito poderiam obstar a preclusão da decisão que inadmitiu a apelação, nos termos do inciso XV do art. 581 do CPP. Nesse diapasão, tendo transitado em julgado o processo incidente, incide a vedação do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009, o que torna inviável a impetração, que possuía o mesmo objeto da apelação intempestiva.

6. Do fato narrado não se evidencia o direito líquido e certo do recorrente a não ter os bens sequestrados, uma vez que a apreciação do argumento de que o bem objeto da medida cautelar assecuratória foi adquirido com recursos lícitos demandaria dilação probatória, que se revela inviável na via mandamental, cuja prova deve ser pré-constituída. Ademais, a Lei 12.694/2012 alargou o espectro de incidência das medidas cautelares assecuratórias, ao inserir os §§ 1º e 2º do art. 91 do CP. Desse modo, o sequestro pode abranger, igualmente, bens ou valores de origem lícita, equivalentes ao produto ou proveito da infração, se estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior. Por conseguinte, torna-se muito mais complexa a prova da impossibilidade do acautelamento do bem ou valor por sequestro, o que praticamente inviabiliza a utilização da via do mandado de segurança.

7. Quanto ao capítulo da legalidade do sequestro, observa-se a decadência do prazo para impetração do mandado de segurança. Do sequestro do veículo, datado de 12.11.2014, o então impetrante teve ciência, por citação, em 27.11.2014, todavia, impetrou o mandado de segurança apenas em 03.08.2015, portanto, bem posterior aos 120 dias (Lei 12.016, art. 23).

8. O mandado de segurança substitutivo da apelação constitui via inadequada de impugnação da decisão de sequestro, motivo pelo qual não prosperam as pretensões recursais com fundamento de *error in iudicando*, quanto ao mérito da legalidade da medida assecuratória, e de *error in procedendo*, atinente ao não conhecimento do *mandamus* pelo Tribunal *a quo*.

9. Recurso desprovido. (RMS 49.540/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 22/09/2017, grifei)

Processo Penal e Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão que, após a sentença condenatória, decreta a pena de perdimento de prestações de veículos alienados fiduciariamente a instituições financeiras. Ilegitimidade dos réus para se insurgir contra perdimento de veículos que não lhes pertencem. Inexistência de preclusão *pro judicato* para a decretação da pena de perdimento de bens apreendidos ao longo da ação penal. Regularidade da intimação de advogado constituído pela imprensa oficial. Recurso não conhecido.

[...]

3. Embora fosse possível reconhecer a legitimidade dos réus para se insurgir contra o perdimento das parcelas do financiamento dos dois veículos por eles pagas, o fato é que eles não negam a origem ilícita dos valores utilizados para adimplemento das prestações de um dos automóveis (Corola/Toyota), limitando-se a defender a licitude do montante correspondente às parcelas do caminhão Volkswagen, sem juntar prova pré-constituída de suas alegações. De mais a mais, o que se depreende do pedido formulado pelos recorrentes é que seu real objetivo, ao pleitear a reabertura do prazo recursal, é impugnar a pena de perdimento que, ao fim e ao cabo, não atingiu os veículos, com a intenção de reavê-los.

4. É perfeitamente admissível a decretação do perdimento de bens em momento posterior à sentença, sem que isso implique *reformatio in pejus*, já que, nos termos do art. 91, II, b, do CP, a decretação do perdimento de bens que constituem produto do crime em favor da União corresponde a efeito automático da condenação do acusado.

Precedentes: AgRg no REsp 1.371.987/MG, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016 e REsp 1.133.957/MG, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013.

[...]

7. Recurso ordinário em mandado de segurança não conhecido. (RMS 54.163/PE, *Quinta Turma*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/8/2017).

Penal e Processo Penal. Embargos de declaração no recurso ordinário. Mandado de segurança. Medida acautelatória patrimonial. Substituição de bem. Imóvel de terceiro. Falta de legitimidade. Confusão patrimonial. Perdimento cabível. Recurso improvido. Ausência de ambiguidade, obscuridade ou contradição.

[...]

3 - Ademais, a apontada confusão patrimonial entre empresas seria parte do fato criminoso, a indicar como possível o efeito de perdimento - que independe de formal sequestro prévio.

4 - O rito do mandado de segurança e de seu consectário recursal pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão

aduzida, a existência da aventada ofensa a direito líquido e certo suportado pelo impetrante.

5 - Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no RMS 49.375/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 25/10/2016, grifei)

Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Inexistência de novos argumentos aptos a desconstituir a decisão impugnada. Restituição de bens. Perdimento decretado por sentença condenatória. Direito líquido e certo. Não comprovação. Ausência de ilegalidade e abuso de poder. Suspensão dos efeitos da sentença. Supressão de instância. Recurso a que se negou provimento. Agravo regimental desprovido.

I - Como é sabido, o mandado de segurança somente terá cabimento para a proteção de direito líquido e certo, compreendendo-se tal expressão, em sentido processual, como “direito comprovável documentalmente, sem necessidade de instrução dilatória.” (GRINOVER, Ada Pellegrini, 7ª ed. pág. 310).

II - Nos termos da Lei n. 12.016/2009, art. 5º, II, “Não se concederá mandado de segurança: [...] II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.”, III - Igualmente, segundo o enunciado n. 267, da Súmula do STF “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. IV - O writ poderá ser impetrado contra ato jurisdicional, excepcionalmente, quando ficar configurada manifesta ilegalidade ou abuso de poder, apta a ofender direito líquido e certo.

V - No caso, a requente não comprovou documentalmente, sem necessidade de dilação probatória, a origem lícita dos bens que pretende ver restituídos, de forma que o pedido de restituição ou de cassação da sentença no ponto em que autorizou a utilização dos bens pelo Estado, se mostram inviáveis.

VI - A suspensão dos efeitos da sentença penal condenatória não foi apreciada pelo eg. Tribunal de origem, o que obsta a sua análise por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 49.994/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 10/08/2017)

Por fim, igualmente improcedente a tese de que a multa aplicada só pode ser cobrada mediante procedimento de execução fiscal.

Com efeito, embora a multa coercitiva possa ser, em tese, enquadrada como dívida ativa não tributária da União, consoante o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964, o que demandaria sua cobrança na forma da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), na realidade, ao determinar o bloqueio dos valores, o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando-lhe início, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida mediante providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da

multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial.

De se lembrar, repise-se, que o art. 139, IV, do CPC autoriza o juiz a “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado desta Corte:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Inquérito policial. Quebra de sigilo telemático. Cumprimento incompleto de ordem judicial. Aplicação de multa diária à empresa responsável pelo fornecimento de dados (Facebook). Possibilidade. Valor das *astreintes*. Razoabilidade e proporcionalidade.

1. Situação em que a *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de contas Facebook de investigados, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. Não há ilegalidade ou abuso de poder a ser corrigido, pois fica claro o cumprimento incompleto da decisão judicial que determinara o fornecimento de dados de contas perfis no Facebook de investigados, já que não foram trazidas todas as conversas realizadas no período de 13/10/2015 a 13/11/2015, tampouco as senhas de acesso, o conteúdo completo da caixa de mensagens, o conteúdo da linha do tempo (timeline) e grupos de que participam, além das fotos carregadas no perfil com respectivos metadados.

3. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exime a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários.

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

5. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que “a imposição de *astreintes* à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil”, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, “a solução do impasse gerado pela renitência da empresa

controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal” (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, Quinta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

6. A legalidade da imposição de *astreintes* a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.

Nessa toada, incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (*astreintes*) está prevista em lei.

7. Muito embora no Direito Civil a exigibilidade da multa diária por descumprimento de decisão judicial esteja condicionada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda (REsp n. 1.006.473/PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012), sob pena de enriquecimento sem causa do autor (destinatário do valor da multa), o mesmo raciocínio não se aplica ao Direito Penal, em que o destinatário do valor das *astreintes* é o Estado, titular da pretensão punitiva, e em que não existe motivo para condicionar-se a exigibilidade da multa à condenação do réu.

8. Ao determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial.

De se lembrar que o art. 139, IV, do CPC/2015, autoriza o juiz a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial por mais de um ano justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq n. 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (RMS 55.109/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 17/11/2017).

Por fim, a decisão liminar que o e. Min. Gilmar Mendes proferiu na ADC 51/DF reservou-se a “*impedir a movimentação – levantamento ou qualquer outra*

destinação específica – dos valores depositados judicialmente à título de astreintes nos processos judiciais em que se discute a aplicação do Decreto Executivo n. 3.810/2001, que internalizou no Direito brasileiro o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América – MLAT” (DJe 15/5/2019).

A determinação considerou casos em que valores devidos a título de *astreintes* por descumprimento de ordens judiciais em procedimentos em curso no país foram destinados para a constituição de fundos para financiamento de políticas públicas, como empreendimentos relacionados à execução penal.

Não consta, todavia, que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR ou mesmo o e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no presente caso, tenham conferido ao valor bloqueado da conta bancária da recorrente via BacenJud ou ao total do valor da multa tratamento ou destinação que configurem hipótese que a decisão liminar da ADC 51/DF objetivou impedir. Por conseguinte, concluo que o referido julgado não influi na resolução da presente controvérsia.

Por essas razões, não vislumbro argumentos que infirmem os fundamentos da decisão agravada.

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

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 136.911-MT (2020/0283934-5)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Recorrente: H da S (Preso)

Advogado: José Roberto Rodrigues da Rosa e outro(s) - MS010163

Recorrido: Ministerio Publico do Estado de Mato Grosso

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Femicídio tentado. Excesso de prazo para a formação da culpa. Inocorrência. Ausência de desídia do juízo de primeiro grau. Processo com trâmite regular. Pronúncia.

Súmula n. 21 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. *Modus operandi*. Recorrente permaneceu foragido por um ano. Risco concreto à ordem pública e à aplicação da lei penal. Receio de contaminação pela Covid-19. Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Réu não inserido no grupo de risco. Medidas cautelares alternativas. Insuficiência. Tese de legítima defesa da honra. Ciúme configura possibilidade de exasperação da pena e não de mitigação da conduta violenta do recorrente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso ordinário desprovido.

1. Constitui entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça que somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

In casu, conforme se verifica das informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau, o processo tem seguido tramitação regular até o momento. Saliente-se que apesar de o decreto prisional ter sido exarado em 20/11/2018, o respectivo mandado foi cumprido apenas em 26/11/2019. Foi proferida sentença de pronúncia em 31/5/2019, contra a qual se insurgiu a defesa, encontrando-se os autos com a Corte estadual para julgamento de recurso em sentido estrito, incidindo, no caso, a Súmula n. 21 do Superior Tribunal de Justiça.

Não há, pois, falar em desídia do Magistrado condutor, o qual tem diligenciado no sentido de dar andamento ao processo, não podendo ser imputada ao Judiciário a responsabilidade pela demora do feito.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

Na hipótese dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstradas, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente e a gravidade do delito, evidenciadas pelo *modus operandi* da conduta criminosa, na medida em que o acusado desligou as câmeras de segurança do imóvel, imobilizou a vítima com fita adesiva e tentou colocá-la no porta-malas do carro, diante da resistência da ex-companheira, desferiu chutes e socos, valendo-se de uma faca para golpear seu pescoço, impedido de concluir a ação homicida em virtude da intervenção dos vizinhos, narrativa que demonstra risco ao meio social. Ademais, conforme salientado pelo aresto combatido, o recorrente permaneceu foragido por mais de um ano. Tais circunstâncias revelam a necessidade da custódia para garantia da ordem pública, bem como para aplicação da lei penal.

3. O risco trazido pela propagação da doença não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, ou sua substituição por prisão domiciliar, sendo imprescindível, para tanto, conforme ressaltado pelo ilustre Min. Reynaldo Soares da Fonseca, a comprovação dos seguintes requisitos: “a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida” (AgRg no HC 561.993/PE, Quinta Turma, DJe 4/5/2020).

Na hipótese dos autos, o recorrente não comprovou que está inserido no grupo de risco ou que necessita atualmente de assistência à saúde não oferecida pela penitenciária, não se encontrando, portanto, nas hipóteses previstas pela Recomendação do CNJ.

4. A presença de condições pessoais favoráveis do agente não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

6. A despeito da liberdade para formulação de tese defensiva da tribuna, tentar diminuir a gravidade da conduta do recorrente por intermédio do rechaçado instituto da “legítima defesa da honra” busca,

em verdade, normalizar a reação violenta ao descontentamento com o relacionamento e, ainda, culpar a vítima por tamanha brutalidade.

Imperioso que a Corte da Cidadania rechace tal linha de argumentação, uma vez que a normalização desse tipo de reação violenta e intempestiva que coloca o país no patamar de países com os mais altos índices de feminicídio.

No mesmo sentido foi deferida a liminar na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779/DF, proferida pelo eminente Ministro Dias Toffoli para considerar inconstitucional a tese de “legítima defesa da honra” e obstar sua utilização no Tribunal do Júri. Na mesma linha de raciocínio, não há como dar guarida à tese em sede de *habeas corpus*.

7. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 19.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por H DA S contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso* no julgamento do HC n. 1013705-70.2020.811.0000.

Extrai-se dos autos que o recorrente foi preso preventivamente em 23/11/2018 por ter supostamente praticado o delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos I, IV e VI, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (homicídio qualificado tentado). Referida custódia foi mantida por ocasião da sentença de pronúncia.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem nos termos do acórdão que restou assim ementado:

Habeas corpus. Homicídio qualificado tentado. Prisão preventiva. 1. Pleito de revogação da prisão. Alegado excesso de prazo. Inocorrência. Andamento processual regular. 2. Pedido de liberdade pelo risco do Covid-19. Recomendação n. 62 do CNJ. Não preenchimento dos requisitos. Ordem denegada.

1. O prazo para encerramento da instrução criminal não é analisado através de critérios puramente matemáticos, pois, conforme o processo, devido as suas circunstâncias, pode demandar tempo maior, sempre observado o princípio da razoabilidade, de modo que o excesso de prazo somente configurará constrangimento ilegal se for injustificado e atribuível exclusivamente à acusação ou ao juízo, o que não é o caso dos autos, como bem delineado nas informações prestadas pela autoridade judiciária.

2. A mera alegação de possível contaminação pelo risco da pandemia do COVID-19, por si só, não tem o condão de autorizar ou mesmo servir de argumento a fim de ensejar a substituição da prisão definitiva do paciente. (fls. 263/264)

No presente reclamo, alega excesso de prazo para a formação da culpa, porquanto a custódia cautelar perdura por mais de 1 ano e 10 meses sem que o recorrente tenha sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Sustenta ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, e afirma que o recorrente não se evadiu do distrito da culpa, tanto que preso quando se encaminhava espontaneamente para apresentar-se perante a autoridade policial. Ressalta as condições pessoais favoráveis e destaca o maior risco suportado pela população carcerária em virtude da pandemia de COVID-19.

A defesa busca, surpreendentemente, o reconhecimento de que a tentativa de homicídio configura uma reação comum e, até mesmo normal, pois desencadeada por suposto comportamento reprovável de sua ex-companheira. Assevera que a vida da vítima não foi colocada em risco pela ação do recorrente.

Por fim, aponta suficiência da aplicação de medidas alternativas ao cárcere, sobretudo quando considerada a posterior dissolução da união estável.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a expedição de alvará de soltura, ainda que mediante aplicação de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do CPP.

Indeferido o pedido de liminar (fls. 417/419) e prestadas as informações solicitadas (fls. 425/431 e 438/474); o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 475/481).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Inicialmente, quanto ao excesso de prazo para o encerramento da instrução processual, o Tribunal de origem salientou que:

Com a juntada das informações, observa-se que, de fato, não estão presentes os requisitos ensejadores da medida urgente, porquanto a constatação de excesso de prazo não observa regra aritmética rígida, à luz do princípio da razoável duração do processo, a ser examinado consoante as circunstâncias do caso, que podem, ou não, justificar uma maior dilação da marcha processual.

(...).

Desse modo, a alegação de excesso de prazo quanto à instrução criminal, fica superada, haja vista a orientação do Enunciado da Súmula n. 21, do STJ: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”.

Com efeito, a ação penal teve tramitação regular até a deflagração do estado de emergência decorrente da pandemia do Covid-19, tanto que o paciente já está pronunciado e aguardando apenas a retomada gradual das atividades presenciais, conforme Portaria Conjunta n. 428-2020, de 13/07/2020.

Desse modo, a paralisação momentânea do feito não se deu por desídia do juízo impetrado, mas sim por motivo de evidente força maior, em obediência a determinação de suspensão das atividades presenciais, oriunda das Portarias Conjuntas publicadas desde o mês de março de 2020, editadas com o escopo de prevenir o contágio e contaminação pela COVID-19 no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Ademais, os prazos processuais devem ser contados dentro de uma perspectiva global, somente sendo possível a concessão do writ quando o excesso verificado é fruto de indolência do Juízo ou da acusação, o que não é possível verificar de acordo com o andamento processual no Sistema desta Corte de Justiça, confirmado pela magistrada da origem e pela prova pré-constituída encartada à impetração. (fls. 269/270)

Constitui entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça – STJ que somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

In casu, conforme se verifica das informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau, o processo tem seguido tramitação regular até o momento. Saliente-se que apesar de o decreto prisional ter sido exarado em 20/11/2018, o respectivo mandado foi cumprido apenas em 26/11/2019. Foi proferida sentença de pronúncia em 31/5/2019, contra a qual se insurgiu a defesa, encontrando-se os autos com a Corte estadual para julgamento de recurso em sentido estrito, atraindo ao caso o teor do enunciado n. 21 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

Nesse contexto, não há, pois, falar em desídia do Magistrado condutor, visto que tem diligenciado no sentido de dar andamento ao processo, não podendo ser imputada ao Judiciário a responsabilidade pela demora na condução do feito.

Nesse sentido:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tentativa de homicídio qualificado. Recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima. Excesso de prazo na formação da culpa. Complexidade. Cartas precatórias. Instrução que segue o curso normal. Ausência de desídia da autoridade judiciária. Observância ao princípio da razoabilidade. Ilegalidade ausente. Recurso improvido com recomendação.

1. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade.

2. Não se constata indícios de desídia do Juízo processante em relação ao andamento do feito, que segue seu curso normal, sobretudo considerando-se que, na espécie, trata-se de ação penal em que é apurada tentativa de homicídio qualificado, na qual houve a necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva das testemunhas e vítima, bem como para interrogatório do acusado, circunstâncias que certamente evidenciam a complexidade do feito, a ensejar maior demanda de produção de provas, justificando certa delonga para a conclusão da fase instrutória.

3. Recurso improvido, com recomendação ao Juízo processante para imprimir celeridade na tramitação do feito, inclusive observando o que dispõe o art. 222, § 2º, do CPP.

(RHC 80.923/AL, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/5/2017).

Recurso em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Excesso de prazo na formação da culpa. Ausência de desídia do Poder Judiciário. Demora provocada pela defesa. Súmula 64/STJ. Requisitos da prisão preventiva. *Modus operandi*. Constrangimento ilegal não configurado.

1. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade.

2. Na espécie a instauração do incidente de insanidade mental do recorrente, a pedido da própria defesa, mostra que o trâmite processual se encontra compatível com as particularidades do caso concreto. Dessa forma, eventual demora na conclusão da instrução criminal não decorreu da desídia do aparelho estatal, mas, sim, da própria defesa.

3. Quanto aos fundamentos da prisão preventiva, verifica-se que a prisão cautelar está devidamente amparada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do crime, evidenciada pelo *modus operandi* empregado: o acusado, que mantinha um relacionamento amoroso com a vítima, atacou-a munido de uma arma branca - faca - e desferiu golpes no coração e pulmão dela, além de ter empregado meio cruel (esganadura).

4. Recurso em *habeas corpus* improvido. (RHC 70.853/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 2/3/2017).

Quanto aos motivos para a manutenção da prisão preventiva, por oportuno, segue a transcrição da decisão do juízo de primeiro grau que decretou a custódia preventiva:

Denota-se da leitura atenta dos autos, que o representado é marido da vítima há 13 (treze) anos e, motivado por ciúmes, na manhã do dia 18.11.2018, premeditadamente teria desativado as câmeras fumadoras da residência onde estavam hospedados e aberto o porta-malas do carro. Em seguida, adentrou ao imóvel, amarrou a vítima enquanto essa dormia e passou a agredi-la, sendo que a colocou no porta malas do automóvel, momento em que ela teria conseguido fugir, sendo agredida com socos e facadas enquanto gritava por socorro, tendo um desses golpes a atingido gravemente na região do pescoço.

Verifica-se que a prática do crime em destaque enseja pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, estando presentes os fundamentos legais para a decretação dessa espécie de segregação, notadamente para garantir a ordem pública tendo em vista a natureza grave do delito e o grande clamor social causado, diante da frieza, premeditação e da brutalidade à vítima.

Ademais, o suspeito responde processo criminal por delito contra a vida na Comarca de Sidrolândia/MS, ficando evidente a sua tendência à reiteração criminosa e periculosidade social, reforçando o fundamento da segregação cautelar pela garantia da ordem pública.

(...).

Outrossim, se fazem presentes também os fundamentos da necessidade da garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal, uma vez que o representado fugiu do distrito da culpa e vem amedrontando a vítima e

seus familiares, prejudicando a busca pela verdade real, diante da intimidação das testemunhas que venham a ser inquiridas na fase judicial.

(...).

Assim, em conformidade com o parecer ministerial, vislumbro presentes os requisitos legais para a decretação da medida extrema requerida, pelo que, com espeque nos arts. 312 e 313, do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de *Hugleice da Silva* (adrede qualificado). (fls. 42/47)

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a segregação cautelar nos seguintes termos:

Ademais, o paciente respondeu ao processo preso com fundamento na garantia da ordem pública, embora no início tenha se evadido do distrito da culpa, haja vista que foi preso, no dia 26/11/2019, pela Polícia Rodoviária Federal na Rodovia entre Dourados/MS e Campo Grande/MS, é certo que agora pronunciado, com maior razão deve permanecer em cárcere até que seja julgado pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. (fls. 268/269)

O Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, verifico estarem presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam demonstrada a periculosidade do recorrente e a gravidade do delito, evidenciadas pelo *modus operandi* da conduta criminosa, na medida em que o acusado desligou as câmeras de segurança do imóvel, imobilizou a vítima com fita adesiva e tentou colocá-la no porta-malas do carro, diante da resistência da ex-companheira, desferiu chutes e socos, valendo-se de uma faca para golpear seu pescoço, impedido de concluir a ação homicida em virtude da intervenção dos vizinhos, narrativa que demonstra risco ao meio social, reforçado pelo fato de responder à outra ação penal também por crime contra a vida. Ademais, conforme salientado pelo aresto combatido, o recorrente permaneceu foragido por mais de um ano.

Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação.

Vejam-se os seguintes precedentes:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Femicídio tentado. Ameaça. Furto. Alegação de ausência de *animus necandi*. Supressão de instância. Prisão preventiva. Motivação idônea. Garantia da ordem pública. Periculosidade do agente. *Modus operandi*. Garantia de aplicação da lei penal. Evasão do réu do distrito da culpa. Art. 316 do CPP. Inexistência de violação. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Writ* não conhecido.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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. Em relação às alegações da defesa de que traz prova da ausência de *animus necandi* do paciente e de que já teria tido autorização de aproximação da própria vítima, verifica-se que as questões não foram objeto de julgamento no acórdão atacado, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância, consoante entendimento desta Corte.

3. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a periculosidade do agente, evidenciada no *modus operandi* do delito é fundamento idôneo para justificar o encarceramento cautelar, tendo como fim o resguardo da ordem pública.

4. *Hipótese em que a custódia provisória está suficientemente motivada na garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, que se evidencia na gravidade concreta da conduta delitiva.* Segundo consta, o paciente, inconformado com o término do relacionamento amoroso com Daiane, teria pulado o muro da residência da ofendida, mas empreendeu fuga após o acionamento da Polícia Militar, efetuando, no entanto, o roubo das chaves da casa. *Na madrugada seguinte, o paciente retornou ao local e desferiu golpes com uma faca de cozinha em direção à região abdominal da vítima, que teria conseguido esquivar-se. Irresignado, o paciente segurou a ofendida pelo pescoço, tentando sufocá-la.* O pai da vítima, Sr. Edvaldo, ouviu a agressão e, dirigindo-se ao quarto, entrou em luta corporal com o paciente, que o teria agredido com um forte soco no olho. Daiane, então, conseguiu retirar a faca das mãos do paciente que roubou as chaves do carro do Sr. Edvaldo e empreendeu fuga. Ademais, a vítima já havia

registrado vários boletins de ocorrência em razão das importunações e ameaças por parte do ora paciente.

5. *A prisão cautelar está motivada também por elementos extraídos dos autos, que demonstram a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que certificada a fuga do réu após o crime.*

6. Hipótese em que o paciente foi pronunciado em 8/9/2020, tendo sido a prisão preventiva mantida, não havendo se falar em descumprimento do art. 316 do CPP, eis que devidamente fundamentada.

7. Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime.

8. As condições pessoais favoráveis do agente não têm o condão de, isoladamente, garantir a liberdade ao acusado, quando há, nos autos, elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema nos termos do art. 312 do CPP.

9. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 565.892/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 3/11/2020).

Agravo regimental em *habeas corpus*. Processo Penal. Femicídio. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade demonstrada pelo *modus operandi* do delito. Periculosidade concreta do paciente. Acusado foragido. Garantia da instrução criminal e aplicação da lei penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Recurso desprovido.

1. A decretação ou a manutenção da prisão preventiva depende da configuração objetiva de um ou mais dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para isso, o Julgador deve consignar, expressamente, elementos reais e concretos indicadores de que o indiciado ou acusado, solto, colocará em risco a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

2. *As circunstâncias do caso retratam a necessidade de se assegurar a ordem pública em razão da periculosidade concreta do Recorrente - evidenciada pelo modus operandi do delito, em que ressaltaram as instâncias antecedentes que a Vítima foi morta com disparo de arma de fogo direcionado à sua cabeça, em estrada rural, após descer do ônibus, quando retornava para casa do trabalho.*

3. *A custódia cautelar também é necessária para garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal, notadamente porque houve fuga após o fato criminoso, sem que o mandado prisional expedido em 11/01/2018 tenha sido cumprido até o momento, a denotar que o Acusado não tem a intenção de colaborar com a Justiça.*

4. Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, por si sós, não impedem a prisão processual, caso estejam presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a imposição da medida extrema, como verificado na hipótese.

5. Recurso desprovido.

(AgRg no HC 475.539/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 30/4/2019).

Por outro lado, a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça prescreve medidas de prevenção à propagação da COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativos, tendo como uma de suas finalidades a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, *“sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e com infecções”* (art. 1º).

Quanto aos presos provisórios o texto traz a seguinte orientação:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

Nesse sentido, cumpre salientar que o risco trazido pela propagação da doença não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, ou sua substituição por prisão domiciliar, sendo imprescindível,

para tanto, conforme ressaltado pelo ilustre Min. Reynaldo Soares da Fonseca, a comprovação dos seguintes requisitos: “a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida” (AgRg no HC 561.993/PE, Quinta Turma, DJe 4/5/2020).

Na hipótese dos autos, o recorrente não comprovou que está inserido no grupo de risco ou que necessite atualmente de assistência à saúde não oferecida pela penitenciária, não se encontrando, portanto, nas hipóteses previstas pela Recomendação do CNJ.

Assim não há falar em revogação da prisão preventiva ou sua substituição por prisão domiciliar em razão da pandemia da COVID-19. Cito recentes julgados desta Corte Superior de Justiça:

Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Indeferimento liminar da petição inicial. Tráfico de drogas. Pleito de prisão domiciliar. Pandemia. COVID-19. Filho menor de 12 anos. Art. 117 da LEP. Supressão de instância. Ausência de ilegalidade manifesta. Agravo regimental não provido.

1. Na hipótese, o *habeas corpus* foi manejado contra decisão singular do Desembargador Relator do Tribunal de origem, sem informação de que tenha havido interposição de agravo regimental para manifestação do Órgão Colegiado daquela Corte. Assim, ausente o exaurimento da instância ordinária, não se conhece do pedido sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

2. Ainda que assim não fosse, as instâncias ordinárias ressaltaram que não haveria nos autos “comprovação de que a paciente pertença a grupo de risco e que seu filho menor dependa de sua presença para subsistência”, não se vislumbrando excepcionalidade que pudesse afastar a regra contida no art. 117 da LEP. Noutra giro, não há qualquer comprovação de que a agravante seja integrante de grupo de risco em razão da pandemia da COVID-19.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 574.247/RO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 15/5/2020).

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Violação ao princípio da colegialidade pelo julgamento monocrático. Inexistência. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Apreensão de expressiva quantidade de drogas. Tentativa de fuga no momento da abordagem policial. Incidência da Recomendação n. 62/2020 do CNJ. Não preenchimento dos requisitos. Inexistência de constrangimento ilegal. Recurso improvido.

1. A jurisprudência consolidada da Corte estabeleceu-se no sentido de que não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator calcada em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a previsão regimental e a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental. Precedentes.

2. Considera-se fundamentada a prisão preventiva decretada com base em elementos concretos do caso, consistente nas circunstâncias fáticas e na gravidade da conduta criminosa em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 1.495 kg de maconha, além do registro da tentativa de fuga no momento da abordagem policial.

3. Esta Corte Superior entende majoritariamente que a tentativa de fuga no momento da abordagem policial, após a prática criminosa, justifica a prisão preventiva.

4. Quanto à crise mundial pela Covid-19, não se verifica o preenchimento dos requisitos disciplinados pela Resolução 62 do CNJ, não foi comprovado efetivo risco de contágio pelo agravante, não havendo evidências de que integre grupo de risco ou da falta de local adequado para eventual necessidade de tratamento adequado.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 126.248/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/6/2020).

Ademais, esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

Por seu turno, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser inaplicável medida cautelar alternativa, quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública.

A propósito:

Processo Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública. Reiteração delitiva. Periculosidade social. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares. Inadequação. Violação aos princípios da homogeneidade e da insignificância. Inadequação da via eleita. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido.

1. A defesa se insurge contra a decisão monocrática desta relatoria que não conheceu do *habeas corpus*, por inadequação da via eleita e no mérito, de ofício,

afastou a existência de constrangimento ilegal hábil a permitir a concessão da ordem por esta Corte Superior.

2. No particular, o agravante foi preso em flagrante, e convertida a custódia em preventiva, pela suposta prática do crime de furto qualificado (subtração, em concurso de pessoas, de vinte metros de cabos de telefonia, de fio de cobre, avaliados em R\$ 631,00).

3. A prisão preventiva do agravante está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista a reiteração do agente na prática delitiva: a sua vida pregressa registra condenações por tráfico de drogas, com último término de cumprimento de pena em 2013; e ação penal em andamento, em grau de recurso, pela prática de furto qualificado, no ano de 2016 - sentença proferida em agosto/2019, fixada a pena de reclusão de 3 anos, 7 meses e 16 dias, em regime semiaberto), o que evidencia periculosidade social e justifica a manutenção da prisão.

4. A persistência do agente na prática criminosa justifica a interferência estatal com a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, porquanto esse comportamento revela uma periculosidade social e compromete a ordem pública.

5. Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, embora não possam exasperar a pena-base (Súmula n. 444/STJ), constituem indicativos de risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

6. Condições subjetivas favoráveis não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

7. Violação aos princípios da homogeneidade e da insignificância. Não é possível inferir, neste momento processual e na estreita via do *habeas corpus*, acerca de causa excludente da tipicidade, bem como acerca de eventual regime prisional a ser fixado em caso de condenação (e conseqüente violação dos princípios da homogeneidade).

A confirmação da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não se coaduna com a finalidade da presente ação constitucional. Inadequação da via eleita.

8. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

9. Agravo regimental conhecido e não provido.

(AgRg no HC 580.216/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 30/6/2020)

Por fim, imperioso que o Tribunal da Cidadania se manifeste sempre que às suas portas chegarem alegações desta jaez, *in verbis*:

2. Dito isto, é fato que conforme seu depoimento diante da autoridade policial, realmente teve uma séria discussão com sua esposa, porém, *o ato de lesioná-la ocorreu quando do calor do evento (luta), eis que Huggleice a surpreendeu ao descobrir mensagens e fotografias em seu telefone, e este fato desencadeou o desespero deste homem que viu sua esposa em ato de traição e adultério.*

3. Portanto Nobres Ministros, *se por um lado temos que existe de fato a ação de lesionar, por outro lado temos um fato que, se não o isenta, pelo menos torna a ação **dentro de um padrão esperado**, eis que este homem, marido, pai de família, descobre fotografias de sua esposa totalmente nua, enviada para um homem, vizinho, amigo da família, e mais, Mayara também recebeu fotografias no mínimo comprometedoras desse mesmo homem.*

4. A Defesa objetiva exatamente que se veja que não se trata aqui de um homem cruel, sádico e irresponsável que simplesmente tentou matar sua companheira com um ato absurdo de degola. Não é isso que ocorreu. *Os ânimos foram ao extremo quando Huggleice verificou fotos nuas de sua esposa, e isto, seguramente despertou o sentimento humano de desespero e raiva, longe obviamente de ser fútil e de menor importância.*

5. Não se tratava de uma simples desconfiança de uma suposta traição. Havia fotografias de sua esposa nua enviadas a outro homem que também enviou fotografias suas no banheiro para Mayara / Vítima. Havia fotografia na carteira do homem que foi esquecida no quarto de Huggleice, o mesmo quarto onde repousava com sua esposa.

6. *Imprescindível que Vs. Exas. estejam efetivamente cientes dos motivos que levaram a tão grave desfecho, aliás, os fatos todos são graves, ou seja, são graves o motivo da ação e o resultado da ação. Se a ação de Huggleice é reprovável, e o é de fato, o comportamento de Mayara como esposa também é reprovável sob todos os aspectos. (fl. 399)*

A combativa defesa tenta diminuir a gravidade da conduta do recorrente por intermédio do rechaçado instituto da “legítima defesa da honra”. Aponta como “normal” a reação violenta ao descontentamento com o relacionamento e coloca, ainda, a culpa na vítima por tamanha brutalidade.

Hoje se colhe os frutos de um período no qual a “legítima defesa da honra” encontrava guarida na Justiça brasileira. É justamente a normalização desse tipo de reação violenta e intempestiva que coloca o país no patamar de países com os mais altos índices de feminicídio.

Destaque-se decisão proferida pelo eminente Ministro Rogério Schietti Cruz acerca da matéria no julgamento do AREsp n. 1.553.933/SC, publicada no DJe de 6/11/2019:

Por fim, cumpre-me esclarecer ao agravante, ainda que em *obiter dictum*, que, desde 1991, pelo menos, a tese de legítima defesa da honra é refutada, com veemência, por esta Corte Superior como fundamento válido à absolvição dos uxoricidas (REsp n. 1517/PR, Rel. Ministro José Candido de Carvalho Filho, 6ª T., DJ 15/4/1991).

Embora seja livre a tribuna e desimpedido o uso de argumentos defensivos, surpreende saber que ainda se postula, em pleno ano de 2019, a absolvição sumária de quem retira a vida da companheira por, supostamente, ter sua honra ferida pelo comportamento da vítima. Em um país que registrou, em 2018, a quantidade de 1.206 mulheres vítimas de feminicídio, soa no mínimo anacrônico alguém ainda sustentar a possibilidade de que se mate uma mulher em nome da honra do seu consorte.

Não vivemos mais períodos de triste memória, em que réus eram absolvidos em Plenários do Tribunal do Júri com esse tipo de argumentação. Surpreende ver ainda essa tese sustentada por profissional do Direito em uma Corte Superior, como se a decisão judicial que afastou tão esdrúxula tese fosse contrária à lei penal.

Não se pode mais dar espaço a esse tipo de argumentação. A jurisprudência do Tribunal da Cidadania, inclusive, é firme ao pontuar que o ciúme autoriza, inclusive, a exasperação da pena-base por derivar da sensação de domínio do homem em detrimento da mulher. Neste sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Lesão corporal em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dosimetria. Exasperação da pena-base. Culpabilidade. Desfavorável. Intensidade da violência. Motivos. Ciúmes. Consequências. Abalos psicológicos e dores intensas. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental não provido.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior admite a análise desfavorável da culpabilidade do agente em razão da intensidade da violência perpetrada contra a vítima em crimes de lesão corporal em contexto de violência doméstica contra a mulher.

2. O ciúme é de especial reprovabilidade em situações de violência de gênero, por reforçar as estruturas de dominação masculina - uma vez que é uma exteriorização da noção de posse do homem em relação à mulher - e é fundamento apto a exasperar a pena-base.

3. A valoração negativa das consequências do delito fundada nos abalos psicológicos e nas dores intensas da ofendida, conforme consignado pelos Juízos de primeiro e segundo grau, constitui motivação idônea.

4. Para rever o entendimento das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é vedado pelo óbice da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.441.372/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/5/2019).

Destaco, também, o parecer ministerial quanto ao ponto, por ratificar a importância da qualificadora incluída pela Lei n. 13.104/15 na defesa das mulheres em situação de violência doméstica:

Inicialmente, observamos que, não bastasse a inviabilidade, na esfera mandamental, de exame das alegações fático-probatórias abordadas no recurso, acerca das circunstâncias e motivações do ato criminoso, *causa estarecimento, para dizer o mínimo, a tentativa de justificar a torpeza do crime supostamente praticado, como que a pretender escusar o gravíssimo delito de tentativa de feminicídio em razão de um pretenso comportamento que seria igualmente “reprovável sob todos os aspectos” da vítima na condição de esposa (!).*

O absurdo da ilação é censurável e mais se presta a demonstrar o quão importante é a previsão da qualificadora do homicídio cometido contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher (CP, art. 121, § 2º, VI c/c § 2ª-A, incluídos pela Lei 13.104/2015) como medida repressiva de atos dessa natureza. (fl. 476)

Por fim, em recentíssima decisão, o eminente Ministro Dias Toffoli deferiu liminar para obstar a utilização da tese de “legítima defesa da honra” perante o Tribunal do Júri por considerá-la inconstitucional. O decisum foi levado ao colegiado, em sessão virtual, e, apesar de o julgamento não ter sido concluído, imperioso destacar os seguintes trechos:

É certo que a plenitude de defesa é princípio constitucional essencial à instituição do tribunal do júri e está inscrita no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, al. a, do texto constitucional.

Assim sendo, entendo que a Constituição garante aos réus submetidos ao tribunal do júri plenitude de defesa, no sentido de que são cabíveis argumentos jurídicos e não jurídicos – sociológicos, políticos e morais, por exemplo -, para a formação do convencimento dos jurados.

Não obstante, para além de um argumento atécnico e extrajurídico, a "legítima defesa da honra" é estratégia cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher, por contribuir com a perpetuação da violência doméstica e do feminicídio no país. Com efeito, como bem colocou o Ministro Rogério Schietti, no julgamento do AREsp n. 1.553.933/SC (...).

Logo a legítima defesa da honra, nessa perspectiva, não cabe ser invocada como argumento jurídico ou não jurídico inerente à plenitude de defesa própria do Tribunal do Júri. Isso porque, nas palavras de Fernando Capez, outrora citado, "a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero" (op. cit. p. 309).

Mas, ainda que assim não fosse, não se pode ignorar que a cláusula tutelar da plenitude de defesa não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Como já tive a oportunidade de consignar, ao citar o Ministro Celso de Mello, inexistem garantias individuais de ordem absoluta, mormente com escopo de salvaguardar práticas ilícitas (v.g RHC n. 132.115, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 9/3/17).

As franquias constitucionais individuais, nas palavras de Sua Excelência, constituem

um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas. Porém essas franquias ostentam caráter meramente relativo. Não assumem nem se revestem de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico social do interesse público (Pet n. 577-QO/DF, Tribunal Pleno, DJ de 23/4/93).

Sob essa perspectiva, a cláusula tutelar da plenitude de defesa, invocada para sustentar a tese de legítima defesa da honra, teria a função ultrajante de salvaguardar a prática ilícita do feminicídio ou de qualquer outra forma de violência contra a mulher, o que é inaceitável em um país em que a vida é considerada o bem jurídico mais valioso do Direito, por opção inequívoca da Constituição de 1988.

Há, portanto, a prevalência da dignidade da pessoa humana, da vedação a todas as formas de discriminação, do direito à igualdade e do direito à vida sobre a plenitude da defesa, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.

Nesse contexto, não verifico a presença de constrangimento ilegal capaz de justificar a revogação da custódia cautelar do recorrente.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso ordinário.

RECURSO ESPECIAL N. 1.847.488-SP (2019/0333904-6)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: F H

Advogados: Igor Sant'Anna Tamasauskas - SP173163

Pierpaolo Cruz Bottini - SP163657

Tiago Sousa Rocha - SP344131

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso especial. *Habeas corpus*. Corrupção passiva, ativa e lavagem de dinheiro. Inexistência de violação do art. 619 do CPP. Acórdão que trancou a ação penal por ausência de prova da contrapartida oferecida pelo agente público ao corruptor. Descabimento. Natureza formal do art. 317 do CP. Impossibilidade, entretanto, de restaurar a decisão de recebimento da denúncia. Fatos que já foram objeto de julgamento na Justiça Eleitoral, com absolvição de parte dos acusados. Princípio da vedação à dupla incriminação (*double jeopardy clause*). Recurso especial desprovido.

1. Inexiste a alegada ofensa ao art. 619 do CPP, pois o Tribunal de origem decidiu a controvérsia de maneira fundamentada, enfrentando suficientemente os aspectos relevantes da questão.

2. O argumento central do acórdão recorrido para trancar a ação penal foi a inexistência de demonstração, por parte do MP/SP, de qual seria a eventual contrapartida oferecida por F.H. (*intraneus*) a R.R.P. (*extraneus*) pelo pagamento da quantia de R\$ 2.600.000,00. Na ótica da Corte de origem, a sociedade empresária controlada por R.R.P.

se beneficiaria, apenas, de contratos firmados com a Administração Pública Federal - que o recorrido F.H. não integrava -, tanto que a suposta verba teria sido paga ao diretório nacional do partido político, do qual J.V.N. era tesoureiro (e-STJ, fls. 391-392).

3. De fato, como o MP/SP argumenta em seu recurso especial, o crime de corrupção passiva tem natureza formal, consumando-se com a mera solicitação por parte do servidor público. O eventual favorecimento por este conferido ao corruptor pode até interessar para a incidência da majorante prevista no art. 317, § 1º, do CP; a tipicidade objetiva da figura delitiva do *caput* do referido artigo, contudo, resta completada com o simples ato de solicitar a vantagem.

4. Contudo, não é possível prover o recurso especial (a fim de restaurar a decisão de recebimento da denúncia), pois os mesmos fatos que motivaram o ajuizamento da ação penal ora em exame já foram julgados pela Justiça Eleitoral, também em ação criminal, em sentença contra a qual o MPE não interpôs recurso. Naquela ocasião, F.H. foi absolvido dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, enquanto J.V.N. e F.C.S. foram condenados pelos crimes de quadrilha e lavagem, mas absolvidos quanto aos demais.

5. Como a sentença da Justiça Especializada foi proferida no exercício de verdadeira jurisdição criminal, o prosseguimento da ação penal da qual se originou este *habeas corpus* encontra óbice no princípio da vedação à dupla incriminação, também conhecido como *double jeopardy clause* ou (mais comumente no direito brasileiro) postulado do *ne bis in idem*.

6. Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do *ne bis in idem* é um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º, § 2º). Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, instituem a vedação à dupla incriminação.

7. Tendo o Ministério Público, instituição una (à luz do art. 127, § 1º, da CF/1988) ajuizado duas ações penais referentes aos mesmos

fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, há violação à garantia contra a dupla incriminação. Como a sentença eleitoral já transitou em julgado para a acusação, não é possível manter o trâmite da ação penal aforada na Justiça Estadual.

8. Tratando-se de idênticas imputações, não incide a tese de independência entre as instâncias, pois as duas demandas são de natureza criminal.

9. Adicionalmente, nos termos da tese definida pelo STF no julgamento do Inquérito 4.435/DF, a competência para julgar os fatos era, de fato, da Justiça Eleitoral, pois os supostos crimes de corrupção passiva e ativa e lavagem de dinheiro teriam sido praticados em contexto eleitoral, a revelar a conexão com o delito do art. 350 do Código Eleitoral.

10. Recurso Especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer (voto-vista), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 26.4.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TJ/SP, assim ementado:

Habeas corpus. Pedido de trancamento de ação penal por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Falta de indicação, na denúncia, de vínculo entre o cargo

ocupado pelo paciente (Prefeito de São Paulo), e possíveis vantagens a serem obtidas em perspectiva pela empreiteira que efetuou pagamento de dívida de campanha. Indícios de favorecimento no âmbito do governo federal, estranho ao paciente. Aparente prática de crime de "Caixa 2", já em apuração na Justiça Eleitoral. Ademais, finalizado o mandato de prefeito à época da denúncia, descabido falar em "perspectiva" de benefícios oriundos do executivo municipal. Ausência de notícias de favorecimento à empreiteira no período. Falta de justa causa para a ação penal. Ordem concedida, com extensão aos corréus (e-STJ, fls. 382-415).

Na origem, o *Parquet* ofereceu denúncia (e-STJ, fls. 61-86) em desfavor de F.H. - ora recorrido -, J.V.N., F.C.S., R.R.P., W.P.S. e A.Y., bem como das pessoas jurídicas L.W.C.E.G., C.O.G. e F.C.S. Para tanto, a exordial narra que F.H., candidato ao cargo de prefeito municipal no ano de 2012, solicitou a R.R.P. (por meio de J.V.N., então tesoureiro de seu partido político) o pagamento de R\$ 3.000.000,00, para saldar dívida de campanha contraída com empresa prestadora de serviços gráficos, pertencente a F.C.S.

Segundo o órgão acusador, a solicitação ocorreu em abril ou maio de 2013, em data não especificada, quando F.H. - vencedor da eleição no ano anterior - já se encontrava no exercício do cargo de prefeito. Na ótica do MP/SP, o pedido foi feito com a perspectiva, ainda que implícita, de favorecer a sociedade empresária de R.R.P. em futuros contratos com o município, o que configuraria a contrapartida de F.H. pela vantagem financeira.

A negociação do valor da suposta propina teria sido conduzida entre W.P.S. (agindo em nome de R.R.P.) e J.V.N., com o que se chegou ao valor final de R\$ 2.600.000,00. O pagamento deste montante, segundo a acusação, foi operacionalizado por A.Y., fracionado em diversas operações entre as sociedades empresárias denunciadas, de modo a dificultar o rastreamento dos valores e permitir a sua ocultação.

Diante deste cenário, o MP/SP pediu a condenação dos denunciados pelos crimes dos arts. 288, 317 e 333 do CP, bem como pelo art. 1º, § 1º, II, da Lei 9.613/1998.

A denúncia foi rejeitada em relação ao delito de quadrilha e recebida quanto aos demais (e-STJ, fls. 38-60), ao que se seguiu a impetração de *habeas corpus* (e-STJ, fls. 1-37) pela defesa de F.H. perante o Tribunal de origem.

Ao apreciar o remédio heroico, o TJ/SP proferiu o acórdão ora recorrido, cuja ementa se transcreveu acima. Em face deste aresto, o *Parquet* opôs embargos de declaração (e-STJ, fls. 494-521), rejeitados nos seguintes termos:

Embargos de declaração. Omissão, contradição e o obscuridade. Inocorrência. Rejeição. Trancamento de ação penal decorrente da conclusão de que insuficientes os indícios de autoria contra o paciente, viabilizando a concessão de 'habeas corpus' em caráter excepcional. Falta de justa causa. Art. 648, I, do CPP. Acórdão não reconheceu a inépcia da denúncia ou a atipicidade da conduta imputada, tampouco negou a natureza formal dos delitos atribuídos (e-STJ, fls. 524-531).

Em seu recurso especial (e-STJ, fls. 421-493), o MP/SP aponta violação dos arts. 619 e 648, I, do CPP, bem como dos art. 317 e 333 do CP e 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998.

Argumenta que o acórdão recorrido padeceria de omissão e contradição não sanadas, a despeito da oposição de aclaratórios.

Aduz que o aresto admitiu expressamente que houve solicitação de vantagem indevida por funcionário público, bem como a entrega efetiva desse valor por empreiteira. No entanto, mesmo partindo desse suposto, concluiu contraditoriamente pelo trancamento da ação penal, afastando os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Salienta que a exordial revelaria indícios suficientes sobre a prática dos crimes de corrupção passiva e ativa e lavagem de dinheiro por parte dos denunciados, havendo justa causa para a ação penal correspondente.

Prossegue o recorrente para concluir que a vantagem indevida oferecida pelo particular - e paga por meio de contratos simulados - visaria favorecer a empresa de engenharia por ele representada, na forma de parcerias público-privadas a serem firmadas com o município durante o mandato de F.H.

Diante desse contexto, argumenta ser desnecessário que a denúncia especifique qual seria a contrapartida obtida por R.R.P., uma vez que o crime de corrupção passiva é formal, prescindindo da ocorrência de resultado naturalístico.

Defende, ainda, que a conclusão sobre ser o real beneficiário da vantagem indevida o diretório nacional da agremiação política (ao invés do prefeito F.H., especificamente), estaria relacionada ao mérito da ação penal. Por conta disso, não seria justificado o trancamento prematuro da lide.

F.H. apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 538-570), mas os demais acusados não o fizeram (e-STJ, fl. 588). Em seguida, o apelo nobre foi admitido na origem (e-STJ, fl. 590).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF manifestou-se pelo provimento do recurso especial, para restaurar o curso da ação penal (e-STJ, fls. 607-616).

A defesa apresentou documentos novos (e-STJ, fls. 620-1.118), nos quais relata a absolvição de F.H. em ação de improbidade administrativa e ação penal eleitoral, referentes aos mesmos fatos em discussão neste processo. Anexou, também, a defesa prévia de R.R.P. na referida ação de improbidade, na qual o réu negou que o pagamento de qualquer valor a F.H.

Intimado a se manifestar sobre estes documentos, o recorrente defendeu a independência entre as instâncias cível, penal e eleitoral, além de afirmar que a viabilidade da condenação é matéria que pertence ao mérito da demanda, não podendo ser examinada neste processo (e-STJ, fls. 1.132-1.135).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator):

1. Considerações iniciais.

Atendidos plenamente os requisitos de admissibilidade, o recurso especial deve ser conhecido.

Em breve recapitulação, vê-se que o argumento central do acórdão recorrido foi a inexistência de demonstração, por parte do MP/SP, de qual seria a eventual contrapartida oferecida por F.H. a R.R.P. pelo pagamento da quantia de R\$ 2.600.000,00. Na ótica da Corte de origem, a sociedade empresária controlada por R.R.P. se beneficiaria, apenas, de contratos firmados com a Administração Pública Federal - que o recorrido F.H. não integrava -, tanto que a suposta verba teria sido paga ao diretório nacional do partido político, do qual J.V.N. era tesoureiro (e-STJ, fls. 391-392).

Outrossim, como a denúncia foi oferecida no ano de 2018 (após o fim do mandato de F.H., encerrado em 2016), o TJ/SP entendeu que não bastava a menção, na denúncia, à mera expectativa de uma contrapartida em favor de R.R.P. Para o Tribunal local, era necessário que o *Parquet* comprovasse, especificamente, qual a vantagem auferida por R.R.P. com o suposto pagamento de propina a F.H. (e-STJ, fls. 393-394).

A tese recursal, por sua vez, é a de que a denúncia não necessitaria adentrar em tais detalhes, pois o crime de corrupção passiva prescinde da produção de um resultado naturalístico específico. Bastaria, nesse cenário, que a denúncia descrevesse a solicitação de vantagem pelo funcionário público, ônus que o recorrente entende cumprido a contento.

São estes, em suma, os argumentos trazidos à apreciação desta Corte Superior.

2. Prejudicialmente: inexistência de violação do art. 619 do CPP.

Afasto a alegada ofensa ao art. 619 do CPP, pois o acórdão recorrido decidiu a controvérsia de maneira fundamentada, enfrentando suficientemente os aspectos relevantes da questão. A pretensão do MP/SP de afastar o trancamento da ação penal, ao defender a existência de justa causa para o oferecimento de denúncia, se refere mais propriamente à questão de fundo da causa, e não à inteireza da prestação jurisdicional entregue pela Corte de origem.

Ao julgar os embargos de declaração, o TJ/SP se manifestou expressamente - bem ou mal - sobre todos os questionamentos elencados pelo *Parquet* no recurso especial (e-STJ, fl. 467), quais sejam: (I) possibilidade de trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus*; (II) competência da Justiça Comum Estadual; (III) ausência de justa causa; (IV) tipicidade e classificação do crime de corrupção passiva; e (V) extensão do trancamento em benefício dos corréus (e-STJ, fls. 527-531).

Rejeito, portanto, o recurso especial neste ponto, e passo ao exame das teses recursais relacionadas de maneira mais íntima ao mérito da causa.

3. Natureza do crime de corrupção passiva.

Pois bem. De fato, como o MP/SP argumenta em seu recurso especial, o crime de corrupção passiva tem natureza formal, consumando-se com a mera solicitação de algum benefício por parte do servidor público. O eventual favorecimento por este conferido ao corruptor pode até interessar para a incidência da majorante prevista no art. 317, § 1º, do CP; a tipicidade objetiva da figura delitiva do *caput* do referido artigo, contudo, resta completada com o simples ato de solicitar a vantagem.

É assim, a propósito, que esta Corte Superior já se manifestou sobre a matéria em debate:

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal e Processual Penal. Contrarrazões em agravo regimental. Intimação. Desnecessidade. Controvérsia decidida singularmente. Possibilidade de recurso. Matéria levada ao Colegiado. Ausência de prejudicialidade. Crime de corrupção passiva. Condenação. Inovação recursal. Impossibilidade. Matérias não dispostas nas contrarrazões ao recurso. Afastamento da incidência da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Matéria de direito. Extensão da condenação aos demais réus. Impossibilidade. Ampliação da causa de pedir. Descabimento. Crime formal que se consuma com a prática de um dos verbos nucleares. Prescindibilidade de efetiva realização de ato funcional. Prescrição virtual. Ausência de previsão legal. Agravo regimental desprovido.

[...]

6. No mérito, o ora agravante foi absolvido do delito de corrupção passiva ao argumento de que não demonstrado o ato de ofício configurador da mercancia. Ocorre que a jurisprudência desta Corte firmou orientação de que “o crime de corrupção passiva é formal e se consuma com a prática de um dos verbos nucleares previstos no art. 317 do Código Penal, isto é, solicitar ou receber vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, sendo, pois, prescindível a efetiva realização do ato funcional. Com efeito, o ato de ofício constitui mera causa de aumento de pena, prevista no parágrafo 1º, do aludido diploma (ut, AgRg no REsp n. 1.374.837/RN, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 10/10/2014)” (AgRg no AREsp 1.389.718/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/12/2019, DJe 17/12/2019).

7. Não é possível o reconhecimento da prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, por ausência de previsão legal, nos termos da Súmula n. 438/STJ. Precedentes.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1.740.769/RN, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021; grifou-se)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação Sevandija. Vereadores. Organização criminosa. Corrupção passiva. Justa causa formal e material. Trancamento do processo. Impossibilidade. Recurso não provido.

[...]

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que o crime de corrupção passiva possui natureza formal e independe de resultado, razão pela qual não exige a prática de ato de ofício. Na hipótese, a acusação enumerou, na exordial acusatória, alguns atos de ofício cometidos pelos vereadores, tais como: aprovação da Lei Orçamentária Anual - LOA, em dezembro de 2015; aprovação das contas com parecer contrário do TCE; eleição do presidente da Câmara,

em dezembro de 2013; encerramento de CPIs sem nenhuma apuração - CPI do Asfalto, CPI da COHAB, CPI do Livro e CPI do Transporte, em outubro de 2013, e até mesmo a não instalação delas, como no caso da CPI da Stock Car, em março de 2014.

4. A vantagem indevida, alçada à condição de elemento normativo jurídico que se inclui no tipo do injusto penal em foco, não necessita ser econômica, pois admite benefício de qualquer natureza, moral ou material, desde que conste entre os interesses pessoais do detentor de função pública a praticar ou retardar ato em contraprestação à imerecida retribuição (precedentes do Supremo Tribunal Federal).

5. Por ser a denúncia a petição inicial do processo criminal, com caráter meramente descritivo, deve limitar-se a relatar os fatos com todas as suas circunstâncias, conforme verificado na espécie, pois a autoria delitiva e a pormenorização da empreitada criminoso só serão elucidadas ao final da instrução. Ir além dessa análise e adentrar o juízo de mérito sobre a materialidade e a autoria delitivas demandaria o exame das provas e dos elementos informativos já colhidos ao longo da instrução, o que é inviável na via estreita da ação constitucional, dada a necessidade de dilação probatória.

6. Recurso não provido.

(RHC 92.299/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019; grifou-se)

Trata-se de lição amplamente conhecida sobre o delito em análise. Ao relatar o julgamento de apelação criminal, em janeiro de 1951, o então Desembargador NELSON HUNGRIA já afirmava ser desnecessário “que o subornado pratique ou omita o ato de ofício, de acordo com a vontade do corruptor ativo (o que constitui condição de maior punibilidade), para que o crime se consuma” (*Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 27, 1952, p. 141).

Por isso, tem razão o MP/SP ao impugnar a motivação adotada pela Corte de origem para efetuar o trancamento precoce da ação penal. Entretanto, não é possível prover o recurso especial (a fim de restaurar a decisão de recebimento da denúncia), em virtude da ocorrência de fatos supervenientes que afetam de maneira relevante a pretensão punitiva.

4. Absolvição do recorrido na Justiça Eleitoral: vedação à dupla incriminação (double jeopardy clause) ou dupla persecução penal

Como noticiado pela defesa do recorrido F.H. (e-STJ, fls. 620-1.118), os mesmos fatos que levaram ao oferecimento da denúncia ora discutida também

foram apreciados em ação de improbidade administrativa e ação penal na Justiça Eleitoral, sendo que ambas culminaram com sua absolvição. Penso que a sentença absolutória por ato improbidade (e-STJ, fls. 666-678) não vincula o resultado do presente feito, porquanto proferida na esfera do direito administrativo sancionador - que é independente da instância penal -, embora seja possível, em tese, considerar como elementos de persuasão os argumentos nela lançados.

Com este entendimento, cito, exemplificativamente, o seguinte julgado:

Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Ação de improbidade julgada improcedente. Independência das esferas. Provas da materialidade e autoria devidamente analisadas. Condenação. Art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, art. 288, do Código Penal e arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/93. Constrangimento ilegal não configurado. *Habeas corpus* não conhecido.

[...]

II. "Com efeito, há independência das instâncias, não cabendo a alegação da defesa de que a absolvição do réu na esfera cível deve ser estendida à ação criminal. Isso porque, no Processo Penal vigora o princípio da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz, de modo que é perfeitamente possível que o juízo criminal, analisando os elementos colhidos no decorrer da instrução probatória, de cognição mais ampla e exauriente, conclua pela autoria e materialidade do delito" (AgRg no AREsp n. 1.516.441/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/10/2019).

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 550.749/SP, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 26/02/2020)

Quanto à absolvição perante a Justiça Eleitoral, por outro lado, a questão adquire peculiaridades que reclamam tratamento diferenciado. Isso porque a sentença (e-STJ, fls. 679-1.125), não recorrida pelo MPE (e-STJ, fls. 1.126-1.127), foi proferida no exercício de verdadeira jurisdição criminal, de modo que o prosseguimento da ação penal da qual se originou este *habeas corpus* encontra óbice no princípio da vedação à dupla incriminação, também conhecido como *double jeopardy clause* ou (mais comumente no direito brasileiro) postulado do *ne bis in idem*, ou ainda da proibição da dupla persecução penal.

Abundam conceitos doutrinários e juspositivos sobre a vedação à dupla incriminação; por sua concisão, transcrevo aqui a redação do art. 29, n. 5, da

Constituição Portuguesa de 1976, segundo o qual “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

É difícil precisar a origem histórica desta garantia processual. Dentre os textos normativos da era contemporânea, a Quinta Emenda à Constituição dos EUA, de 1789 (“[...] nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”) é talvez o mais lembrado pelos juristas, mas o *ne bis in idem* a antecede por muito e busca suas raízes na antiguidade da história humana. Com efeito,

o princípio da dupla incriminação não era inteiramente desconhecido por gregos e romanos, embora o ambiente jurídico fosse bastante diferente. Este princípio encontrou expressão final no Digesto de Justiniano, como o preceito de que o governador não deverá permitir que a mesma pessoa seja acusada novamente por um crime do qual já foi absolvida (SIGLER, JAY. *A history of double jeopardy. The american journal of legal history*, Oxford, v. 7, n. 4., 1963, p. 283, tradução direta).

Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do *ne bis in idem* é certamente um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (§ 2º do mesmo art. 5º). Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, tratam da vedação à dupla incriminação. Eis o teor dos referidos dispositivos:

Art. 8º, n. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Art. 14, n. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

Numa das melhores obras sobre o tema em nosso país, fala-se mesmo na *velada presença da proibição da dupla persecução penal no Direito Brasileiro*, uma vez que está ausente da Constituição de modo explícito (CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 105). Por conseguinte, em face de normas como as acima apontadas - e outras, que o autor agora citado identifica na legislação criminal pátria, codificada ou extravagante -, está, *a contrario sensu*, acolhido de modo implícito.

A relevância prática do princípio em questão é indubitável. Afinal,

sem proteção contra a dupla incriminação, a capacidade do réu de conduzir sua vida seria impedida pelo medo de nova exposição à vergonha, ao custo e ao suplício do processo. Assim, a garantia protege o interesse do acusado à tranquilidade, ou seu interesse em poder, de uma vez por todas, concluir seu confronto com a sociedade (BURTON, Donald Eric. A closer look at the Supreme Court and the double jeopardy clause. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 49, n. 3, 1988, p. 803, tradução direta).

Partindo-se dessa perspectiva, deve-se compreender que

o *ne bis in idem* somente poderia ser cumprido quando baseado na ideia de limitação do poder estatal. Isso porque, para cada ato delituoso não pode ser dada mais do que uma resposta. Do contrário, o homem seria submetido a uma situação jurídica indefinida, indigna com a condição humana [...]. E, nos tempos presentes, sob o signo dos valores edificantes dos Estados Democráticos de Direito, tal desiderato já não se coaduna com a necessária tutela jurídica da liberdade dos indivíduos que estão sob o *ius perseguendi* estatal. (SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 163-164).

Além disso, o risco de condenações errôneas, em virtude da inobservância deste princípio, é uma preocupação prática relevante, por “diminuir a capacidade do réu de se defender, não apenas em razão dos crescentes custos da litigância, mas também porque cada julgamento dá à acusação uma oportunidade de prever e se ajustar à estratégia defensiva” (HESSICK, Carissa Byrne; HESSICK, F. Andrew. Double jeopardy as a limit on punishment. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 97, n. 1, 2011, p. 59, tradução direta).

Boa parte dos debates doutrinários e pretorianos a respeito da *double jeopardy clause* centram-se na definição do que seria o mesmo fato (ou o mesmo delito), de modo a impedir seu apenamento em processos criminais distintos. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, no famoso caso *Blockburger v. United States*, fixou a tese de que “o teste a ser aplicado para determinar se há duas infrações ou apenas uma é analisar se o tipo legal exige a prova de um fato que o outro não demanda” (284 U.S. 299, 1932).

Na casuística brasileira, é possível detectar a mesma *ratio* em precedentes do STF. Ao julgar *habeas corpus* impetrado em favor de militares da Aeronáutica que respondiam a dois processos penais (um na Justiça Militar, outro na Justiça

Comum Federal) pelos fatos envolvidos na triste colisão área de 29/09/2006, o Pretório Excelso assim se pronunciou:

Habeas Corpus. Trancamento de ação penal. Alegação de violação ao princípio do *ne bis in idem*. Ausência de plausibilidade. Duplicidade de processos decorrentes de um mesmo fato. Possibilidade. Imputações distintas. Crimes de natureza comum e castrense. Competência absoluta. Ordem denegada. Um determinado acontecimento pode dar origem a mais de uma ação penal e em âmbitos jurisdicionais distintos e especializados. Improrrogabilidade e inderrogabilidade da competência absoluta. Precedentes. A conexão e a continência não constituem óbice à separação obrigatória de processos quando da ocorrência de concurso entre crime militar e crime comum, conforme dispõe o art. 79, I, CPP. Ordem denegada.

(HC 105.301, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 12-05-2011)

Colhe-se do voto condutor do referido acórdão:

Quatro dos controladores de vôo estão respondendo a processos, nas Justiças Federal do Mato Grosso e Federal Militar da Circunscrição Judiciária do Distrito Federal, pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, mas com imputações distintas, inexistindo *bis in idem*.

Os controladores de vôo Felipe, Lucivaldo, Leandro e Jomarcelo foram denunciados, junto à Justiça Federal, como incurso no art. 261 do Código Penal (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo), figura delituosa definida de modo diverso na legislação castrense. Com efeito, o delito de atentado contra transporte, previsto no art. 283 do CPM, como crime militar, pressupõe que a infração exponha a perigo "aeronave, ou navio próprio ou alheio, sob guarda, proteção ou requisição militar emanada de ordem legal, ou em lugar sujeito à administração militar", ou ainda "praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação aérea, marítima, fluvial ou lacustre sob administração, guarda ou proteção militar", circunstâncias não presentes na hipótese apreciada.

Já na ação em curso na Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar do Distrito Federal, Felipe, Lucivando e Leandro foram denunciados como incurso no art. 324 do Código Penal Militar (inobservância de lei, regulamento ou instrução), delito previsto exclusivamente no diploma repressivo castrense.

Ainda na mesma auditoria da Justiça Militar, Jomarcelo responde por homicídio culposo, que tem igual definição na lei penal comum e na castrense, crime classificado pela doutrina como militar impróprio.

Como se vê, a decisão do STF pautou-se não na suposta independência entre as instâncias militar e federal (argumento análogo ao que defende o MP/SP em sua manifestação de fls. e-STJ 1.132-1.135), mas sim na existência de imputações distintas, não contidas uma na outra, à semelhança do entendimento adotado pela Suprema Corte dos EUA no caso *Blockburger*.

Por conseguinte, a independência de instâncias não permite, por si só, a continuidade da persecução penal na Justiça Estadual, haja vista que a decisão proferida na Justiça Especializada foi de natureza penal, e não cível. Tanto o processo resolvido na esfera eleitoral como o presente versam sobre crimes, e como tais se inserem na jurisdição criminal, uma por natureza. O que diferencia as hipóteses de atuação da Justiça Comum Estadual e da Justiça Eleitoral, quando exercem jurisdição penal, é a sua competência; ambas, contudo, realizam julgamentos em cognição exauriente sobre a prática de condutas delitivas. Sendo distintas as imputações vertidas num e noutro processo, é certo que cada braço do Judiciário poderá julgá-las; inobstante, tratando-se de acusações idênticas, não é o argumento genérico de independência entre as instâncias que permitirá o prosseguimento da ação penal remanescente.

Realmente, é indubitável “a incidência da regra do *ne bis in idem* nas hipóteses em que *distintas justiças* - no plano internacional e no plano interno de um Estado - se ocupam do mesmo comportamento ilícito.” (CRUZ, ob. cit., p. 221; grifou-se).

Na delimitação do conceito de *idem facta* como núcleo central do acontecimento concretamente imputado ao acusado,

é importante realçar, ainda, que, embora, eventualmente, existam entre as diversas imputações diferenças de tempo, de lugar, de modo de execução, ou mesmo do objeto do fato imputado, é possível a subsistência da identidade nuclear do fato, devendo, para tanto, ser analisado o acontecimento singularmente ocorrido. [...]. Além do mais, não se há de esquecer que, como estabelecido desde os romanos, os fatos imputados no processo compreendem o deduzido, assim como o dedutível. Com efeito, a resolução do caso penal, com a prolação de decisão definitiva, põe termo ao conteúdo da pretensão processual penal, em sua totalidade, estendendo-se a proibição de renovação da demanda não apenas sobre a ‘porção do fato’ descrito no processo, mas sobre todo o fato, ainda que tenha havido deficiência na imputação. Assim, [...], sustenta-se que a proibição (*ne*) de imposição de mais de uma (*bis*) consequência jurídico-repressiva pela prática dos mesmos fatos (*idem*) ocorre, ainda, quando o comportamento definido espaço-temporalmente imputado ao acusado não foi trazido por inteiro para apreciação do juízo. Isso porque o objeto do processo é

informado pelo princípio da consunção, pelo qual tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica, e não o foi, jamais poderá vir a se^lo novamente. E também se orienta pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, devendo o caso penal ser conhecido e julgado na sua totalidade – unitária e indivisivelmente – e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á irrepetivelmente decidido. (SABOYA, ob. cit., pp. 180-181).

Portanto, para definir se F.H. (e os demais corréus) fazem jus à proteção da garantia contra a dupla incriminação, o fundamental é examinar se há diferença substancial entre os fatos e imputações julgados nas ações penais em trâmite na Justiça Comum Estadual e na Justiça Eleitoral.

Com efeito, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - informa pesquisa de RODOLFO TIGRE MAIA, *apud* ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ - há uma

manifesta prevalência do sopesamento dos fatos, e não dos conceitos normativos dos crimes, como critério para a identificação de duas ações penais, conforme se depreende da leitura dos julgados que indica, a saber: Recurso de HC 52.959, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Bilac Pinto, DJ de 21/3/75; Recurso Criminal 1.299, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ de 25/11/77; Recurso de HC 62.715-3, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 29/11/85; Recurso de HC 63.989-4, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 1/8/86; Recurso de HC 66.317-6, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 1/7/88; HC 71.125-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 9/9/94; HC 74.171-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 20/8/96; HC 76.550-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 18/9/98; HC 76.852-8, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 10/3/2000. (CRUZ, ob. cit., pp. 107-108. O trabalho por ele referenciado, de MAIA, Rodolfo Tigre, é O princípio do *bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 16, pp. 11-75, jul./set.2005).

Quanto a este ponto, a longa sentença proferida pelo juízo da 1ª Zona Eleitoral de São Paulo/SP (e-STJ, fls. 679-1.125) não deixa dúvidas: os fatos naquela esfera apurados, embora mais abrangentes, englobam os mesmos que fundamentam a pretensão do MP/SP na ação penal que ora busca reavivar.

Na Justiça Eleitoral, além da corrupção passiva, da lavagem de dinheiro e da associação criminosa, o processo penal continha uma imputação adicional: a do art. 350 do Código Eleitoral, pela inserção de notas fiscais falsas na prestação de contas, referentes aos serviços cobrados e não prestados pela gráfica de F.C.S. Por este delito F.H. foi, inclusive, condenado a penas de 4 anos e 6 meses de

reclusão e 18 dias-multa (e-STJ, fls. 1.087-1.096). Não obstante, a solicitação dos R\$ 2.600.000,00 por J.V.N. (em nome de F.H.) e seu pagamento por R.R.P. - justamente os fatos que motivam a acusação do MP/SP - foram também analisados na sentença. Veja-se:

Desformalizando as relações jurídicas relativas à emissão das notas fiscais, tem-se que: a) a empresa C.E.O. não tinha funcionários suficientes no período; b) as empresas [...] e C.E.O. não consumiram energia elétrica compatível com a utilização das máquinas impressoras; c) as empresas [...] e C.E.O. não consumiram papel e insumos compatível com o fornecimento de folhetos de propaganda eleitoral. Disto decorre a conclusão de que as empresas dos réus F.C. e R. não tinham faticamente condições para produzir o material gráfico objeto das prestações de serviço lançadas nas notas fiscais utilizadas na prestação de contas, já que a prova testemunhai, ainda que afirme que havia funcionários e que o material foi entregue no interior, não conseguiu explicar como havia funcionários e grande produção de material gráfico para as campanhas do réu H. e para várias cidades do interior sem o correspondente consumo de energia elétrica e de insumos.

Desta maneira, o réu F.C., por sua empresa [...], emitiu 168 notas fiscais ideologicamente falsas, que foram utilizadas na prestação de contas assinadas pelos réus H. e F. M. Por sua vez, o réu R., por sua empresa C.E.O., emitiu 98 notas fiscais ideologicamente falsas, que foram utilizadas na prestação de contas. Dadas estas circunstâncias concretas de utilização - multiplicidade de crimes da mesma espécie, durante o período eleitoral de 2012, no estado e município de São Paulo, para candidato de um partido - [...], deve ser reconhecida o crime continuado. *Após a eleição, terceiro (R.P.), a pedido do corréu V. (núcleo político), efetuou o pagamento de R\$ 2.600.000,00 para quitar as dívidas de candidatos a eleição (núcleo político), por meio de A.Y. (núcleo financeiro), por serviços simuladamente prestados pelas empresas dos réus F.C. e R.*

Deve-se destacar que a denúncia narra três séries de eventos: 1) durante o período eleitoral, houve a emissão de notas fiscais, sem lastro em operação mercantil, pelas empresas gráficas C.O.G. LTDA (do réu R) e [...] LTDA. (do réu F.C.); 2) as notas fiscais foram lançadas na prestação de contas de candidato à Prefeitura de [...] em 2012, assinada pelos réus F.H. (candidato majoritário) e F.M.; 3) *no ano seguinte à eleição, houve o pagamento de R\$ 2.600.000,00, em favor da gráfica [...], feito ao réu F.C. por A.Y., com valores de origem ilícita de titularidade de R.P., em razão de pedido do réu V., e parte dos valores foi repassado à C.O.G, do réu R.*

Os acusados tiveram ciência dos fatos imputados desde o início da ação penal, e deles puderam defender-se. Assim, este juízo é competente para apreciá-los.

Ainda que parte dos fatos constassem da denúncia oferecida na Justiça Comum Estadual, este juízo eleitoral é o competente, na esteira de precedentes do c. Supremo Tribunal Federal. Isto assim é porque *a primeira denúncia foi aqui*

oferecida, ela é a mais ampla que a do Ministério Público do Estado de São Paulo (e-STJ, fls. 1.061-1.064).

Ao analisar estas imputações, o magistrado sentenciante concluiu que apenas os fatos 1 (emissão de notas fiscais falsas) e 2 (lançamento das notas na prestação de contas de F.H. à Justiça Eleitoral) restaram provados. Pelos fatos que integram o núcleo 3 (solicitação e recebimento de R\$ 2.600.000,00), ao revés, F.H. foi absolvido. É o que se colhe do seguinte trecho da sentença:

Por fim, sobre o recebimento de valores de origem ilícita em 2013 e a organização criminosa, a prova produzida não é suficiente para se afirmar a participação dos corréus F.H. e F.M. O pagamento ao [...] e doação de R\$1.900.000,00 pelo diretório à campanha de F.H. ocorreu em setembro de 2012 (fls. 09 do apenso I), em período anterior à negociação do pagamento da [...] às gráficas, e constou da prestação de contas. Ainda que as gráficas também tenham supostamente prestado serviços à campanha de F.H., constando da prestação de contas, não se logrou demonstrar o vínculo direto com a suspensão do projeto de extensão da avenida das Águas Espraiadas em fevereiro de 2013 e a posterior celebração de contrato com a [...], controlada pela [...] em maio de 2013. Não vieram aos autos cópias dos processos administrativos das licitações e dos acompanhamentos das execuções contratuais do projeto de extensão das Águas Espraiadas e do contrato com a [...], tampouco os procedimentos de fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), ou prova cautelar ou documental dos acordos entre o réu H. e os representantes da [...] ou da [...]. Neste ponto, a colaboração premiada e a prova documental trazida pelo colaborador não foram corroboradas por outros elementos de convicção, o que caracteriza a insuficiência de provas em relação a estes dois réus. (e-STJ, fls. 1.076-1.077)

Não há perfeita identidade entre o polo passivo deste processo e aquele da ação penal que tramitou na Justiça Eleitoral, pois dentre os que constam como réus nestes autos, apenas F.H., J.V.N. e F.C.S. foram também demandados na esfera eleitoral. Assim restou sumariado o julgamento dos pedidos condenatórios pelo juiz eleitoral:

Quanto ao réu F.H.: a) *Condeno-o* pelo crime do art. 350 do Código Eleitoral (258 vezes), em concurso formal na prestação de contas; b) *Absolvo-o* das imputações de falsificação de notas fiscais, nos termos do artigo 386, IV, do Código de processo Penal, por estar provado que não concorreu para essas infrações; c) *Absolvo-o* das imputações de quadrilha, corrupção passiva, crime de improbidade, e lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, nos termos do artigo 386, VII, por não haver prova suficiente para a condenação.

Quanto ao réu F.C.S.: a) *Condeno-o* pelo crime do art. 350 do Código Eleitoral (168 vezes), como crime continuado, por emissão de notas fiscais ideologicamente falsas com fins eleitorais; b) *Absolvo-o* das imputações de falsificação da prestação de contas, para fins eleitorais, nos termos do artigo 386, IV, do Código de processo Penal, por estar provado que não concorreu para essas infrações; c) *Condeno-o* pelo crime de quadrilha (artigo 288 do Código Penal, vigente à época), e lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (artigo 1º, § 1º, da Lei 9.613, de 3 de março de 1998); d) *Absolvo-o* das imputações de corrupção passiva, crime de improbidade, nos termos do artigo 386, VII, por não haver prova suficiente para a condenação.

[...]

Quanto ao réu J.V.N. : a) *Absolvo-o* da imputação de prática do crime do art. 350 do Código Eleitoral, por emissão de notas fiscais ideologicamente falsas com fins eleitorais, com fundamento no artigo 386, IV, do Código de processo Penal, por estar provado que não concorreu para essas infrações; b) *Absolvo-o* das imputações de falsificação da prestação de contas, para fins eleitorais, nos termos do artigo 386, IV, do Código de processo Penal, por estar provado que não concorreu para essas infrações; c) *Condeno-o* pelo crime de quadrilha (artigo 288 do Código Penal, vigente à época), e lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (artigo 1º, § 1º, da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998); d) *Absolvo-o* das imputações de corrupção passiva, crime de improbidade, nos termos do artigo 386, VII, por não haver prova suficiente para a condenação (e-STJ, fls. 1.085-1.086).

Este trecho demonstra que, quanto aos réus F.H., F.C.S e J.V.N., é evidente que a proteção contra a dupla incriminação obsta o prosseguimento da ação penal aforada na Justiça Estadual. O primeiro, por ter sido absolvido da totalidade das imputações objeto deste processo; os últimos, porque embora condenados pelos crimes dos arts. 288 do CP e 1º da Lei 9.613/1998, já tiveram resposta do aparato punitivo estatal quanto a suas condutas, não podendo ser novamente submetidos a processo penal por tais fatos.

Quanto aos demais acusados, os quais não integraram o feito criminal eleitoral, poder-se-ia pensar que, como não foram julgados pela sentença respectiva (e considerando a divisibilidade das ações penais públicas), seria cabível a restauração da decisão do juiz de primeiro grau que, na Justiça Comum Estadual, recebeu a denúncia em seu desfavor. Afinal, a vedação à dupla incriminação tem seus limites subjetivos, pois “caso determinado acusado seja absolvido em virtude da ausência de provas, isso não significa que outro coautor ou partícipe não possa ser julgado posteriormente pela mesma imputação” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.231).

O presente caso guarda, no entanto, uma peculiaridade: a Corte de origem entendeu por subordinar a punibilidade dos corréus à de F.H. (e-STJ, fls. 395-396), o que inclusive motivou questionamento do MP/SP em sede de embargos de declaração (e-STJ, fl. 520). Ao julgar os aclaratórios, o TJ/SP manteve seu posicionamento originário, nos seguintes termos:

No que toca aos corréus. expresso ao fim do aresto que estendida a concessão da ordem a eles porque “todas as condutas descritas na exordial giram em torno da suposta relação pagamento da dívida de campanha de H. à [...] pela Prefeitura de São Paulo, o que, como visto, não encontra arrimo em indícios firmes”.

Não se disse que atípicas as condutas atribuídas aos codenunciados em contexto não relacionado, especificamente, à municipalidade de São Paulo, o que vale para a corrupção ativa imputada a R.P. e a W.S. A averiguação da prática desses delitos diversos, contudo, deve ocorrer em outra esfera (e-STJ, fl. 531).

Ocorre que *esta específica fundamentação do aresto recorrido não foi impugnada pelo Parquet em seu recurso especial*. O apelo nobre afirma, apenas, que o Tribunal local teria se omitido sobre o exame da questão (o que não procede, como já dito anteriormente e se depreende da simples leitura do excerto acima transcrito); no entanto, a conclusão alcançada pelo TJ/SP não foi atacada, em seu mérito, pelo órgão acusador. Ou seja: ao delimitar a extensão horizontal do efeito devolutivo de seu recurso especial, o recorrente optou por não submeter a este STJ a interpretação dada pela Corte de origem ao art. 580 do CPP.

Consequentemente, em face da absolvição de F.H. pela Justiça Eleitoral, e adotando-se a lógica do acórdão recorrido (cujo acerto ou desacerto não pode ser revisto nesta instância especial, porquanto não devolvido ao exame do STJ), o trancamento da ação penal deve ser mantido também em favor dos demais réus. Entendimento contrário, para restaurar a decisão de recebimento da denúncia, equivaleria a agir, de ofício, para tutelar os interesses da acusação, violando o princípio da inércia jurisdicional, os limites cognitivos do recurso especial e a preclusão consumativa.

Como arremate deste aspecto da questão, registre-se que o princípio da proibição da persecução penal incidiria aqui *ainda que a Justiça Eleitoral fosse absolutamente incompetente*. Como muito bem esclarece, mais uma vez, ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, com suporte na jurisprudência - TJSP, HC Rel. CAMARGO SAMPAIO, RJTJSP 55/284, in ALBERTO SILVA FRANCO et RUI STOCO (coords.), *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2 v., 1999, p. 2.204 -, está

em maior conformidade com o nosso sistema a opinião de que, absolutória ou condenatória, a sentença proferida por justiça incompetente, mesmo em nível constitucional, impede seja o réu novamente processado perante órgão efetivamente competente. A razão é simples: no juízo penal a nulidade da sentença por incompetência do órgão jurisdicional pode dar causa a uma ação de revisão criminal, se condenatório o *decisum*, mas não pode render outra ação penal contra o mesmo réu, em virtude do mesmo fato - já perante a justiça militar, já perante a justiça comum - porque violaria o direito de qualquer pessoa a não ser submetida a duplo processo pela mesma conduta criminosa.

Essa tem sido a orientação jurisprudencial predominante. A exemplo de casos anteriormente julgados [Confira-se, como exemplo, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: "Réu absolvido na Justiça Militar (coisa julgada) não pode, pelo mesmo fato, ser processado na justiça comum. O processo só pode ser reaberto por revisão criminal ou *habeas corpus*, no interesse do réu."], em recente caso submetido ao Supremo Tribunal Federal o Ministro Cezar Peluso proferiu decisão monocrática, em *habeas corpus* impetrado contra decisão do Superior Tribunal, que desconsiderara a existência de decisão de extinção da punibilidade proferida em juízo criminal comum a favor do paciente, admitindo, por conseguinte, o processamento de ação penal, pelo mesmo fato, sob roupagem jurídica militar, perante a justiça castrense (...). O aludido Ministro do STF, ao conceder a liminar postulada, anotou que a decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do paciente, "ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente, é susceptível de trânsito em julgado", porquanto "todos os vícios processuais, inclusive o de incompetência absoluta, que fere de nulidade o processo, se tornam irrelevantes depois do trânsito em julgado da sentença, exceto o de falta de citação inicial, porque este é vício perpétuo" [HC 87.869-mc/ce, J. 6/2/2006, DJU 17/2/2006]. (CRUZ, ob. cit., pp. 142-143).

5. *Conexão e competência da Justiça Eleitoral.*

Por fim, é importante ressaltar que a competência para julgamento das supostas infrações relatadas pelo MP/SP no presente caso é, realmente, da Justiça Eleitoral. A denúncia narra que as movimentações financeiras questionadas se destinariam a quitar dívida da campanha de F.H. à chefia do executivo municipal, e teriam sido operacionalizadas mediante prestações de serviços fictícios por empresas gráficas (fato que gerou a condenação de F.H. e outros na esfera eleitoral, pelo crime do art. 350 do Código Eleitoral).

Há, portanto, nítida conexão entre as infrações comuns e aquelas eleitorais, a atrair a competência da Justiça Especializada, nos termos do art. 78, IV, do CPP, com a interpretação que lhe atribuiu o STF no julgamento paradigmático do Inquérito 4.435/DF, assim ementado:

Competência. Justiça eleitoral. Crimes conexos. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal.

(Inq 4.435 AgR-quarto, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, DJe 20/08/2019)

Tal entendimento tem sido fielmente observado nesta Corte Superior, do que faz exemplo o seguinte aresto:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que negou provimento ao recurso ordinário. Sustentação oral. Impossibilidade. Ausência de previsão regimental. *Habeas corpus* originário. Julgamento. Inclusão em mesa. Prévia intimação. Pedido expresso de sustentação oral. Inexistência. Nulidade não verificada. Competência. Verificação. Teoria da asserção. Inq 4.435/DF. Justiça Eleitoral. Denúncia. Inexistência de vulneração do processo político-eleitoral. Agravo regimental desprovido.

[...]

IV - A fixação da competência jurisdicional no direito processual penal deve ser feita com base no conjunto de fatos evidenciados pelos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial e pela narrativa formulada na peça acusatória, *in statu assertionis*, ou seja, à luz das afirmações do órgão acusatório.

V - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inq 4.435/DF, estabeleceu a tese de que compete à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes eleitorais e os crimes comuns que lhes forem conexos. Assim, havendo conexão entre crime de natureza comum e crime de natureza eleitoral, todos, conjuntamente, serão submetidos a processamento e julgamento perante a Justiça Eleitoral.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 123.770/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020)

Por isso, além de já ter transitado em julgado para a acusação (e-STJ, fls. 1.126-1.127), a sentença proferida pelo juízo da 1ª Zona Eleitoral de São Paulo/SP está, ao afirmar a competência de seu órgão prolator, em consonância com a hodierna jurisprudência dos Tribunais Superiores. A rigor, a Justiça Comum Estadual sequer poderia ter processado o presente caso, e o Ministério Público, enquanto instituição una (à luz do art. 127, § 1º, da CF/1988), deveria ter atuado somente na Justiça Eleitoral, abstendo-se de ajuizar duas ações penais sobre os mesmos fatos.

De todo modo, como o trancamento da ação penal ora em exame é mais benéfico aos acusados (e por ser, na forma acima exposta, a solução tecnicamente correta), deixo de pronunciar a incompetência da Justiça Comum Estadual, aplicando-se por analogia a regra do art. 282, § 2º, do CPC/2015.

6. Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.