



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.920.797-MG
(2021/0035579-0)**

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz
Agravante: Giovani Leonardo Nogueira Junior
Agravante: Walacy Gilberto Pereira Nogueira
Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Crimes de roubo e extorsão. Elementos fáticos constantes do acórdão. Reavaliação de prova. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido.

1. A decisão agravada alterou a conclusão do Colegiado a quo pela reavaliação da moldura fática delineada no acórdão, demonstrada pela transcrição de trechos do julgado. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ.

2. Configura-se o crime de roubo e de extorsão se o agente, após subtrair vários bens da vítima, a constrange, mediante violência ou grave ameaça, a fornecer-lhe a senha do cartão de crédito, com o qual poderá realizar compras.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 30.9.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Giovani Leonardo Nogueira Júnior* e *Walacy Gilberto Pereira Nogueira* agravam da decisão em que foi dado parcial provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público a fim de reconhecer também a prática do crime de extorsão.

Neste regimental, a defesa sustenta que a referida decisão afrontou o enunciado da Súmula n. 7 do STJ, uma vez que, para a alteração do julgado foi necessário o reexame dos fatos constantes nos autos.

Requer a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja negado provimento ao recurso especial e mantido, portanto, o acórdão da apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): Não obstante os esforços perpetrados pelos ora agravantes, não constato fundamentos suficientes a infirmar a decisão agravada.

Os réus foram condenados, em primeiro grau, como incurso nos arts. 157, § 2º, II e V, 158, § 1º, ambos do Código Penal e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, por duas vezes, todos na forma do art. 70 do CP.

A respeito da pretensão da defesa no tocante à absorção do delito de extorsão pelo crime de roubo, o *Juízo sentenciante* manifestou-se contrariamente: “É que os crimes de extorsão e roubo são crimes autônomos, perpetrados sob desígnios distintos e, por isso, são puníveis em separado. É este o entendimento manifestado pelo STJ” (fl. 190). Prosseguiu (fls. 191-192, grifei):

No presente caso, *segundo as provas colacionadas, no íterim do roubo, os acusados exigiram que a vítima entregasse o cartão e a senha deste.*

Um dos acusados discorreu de modo detalhado sobre, após ter subtraído os bens, ter utilizado o cartão em uma loja, a qual tem por hábito o repasse de 80%

do valor transacionado àquele que simula a compra na máquina de cartão do estabelecimento.

Infere-se da confissão detalhada do acusado ser de conhecimento dos autores a possibilidade da transação, o que motivaria a exigência da senha e cartão de crédito.

Seria perfeitamente possível aos acusados que apenas subtraíssem os bens das vítimas que possuíam valor monetário de troca imediata, por exemplo, os celulares e o dinheiro, *mas estes solicitaram, ainda, cartão de crédito e a respectiva senha.*

Diante dessa conduta, restou evidenciado o dolo autônomo dos agentes de, além de subtrair os pertences mediante ameaça (roubo), obrigar a vítima a fornecer o seu cartão e sua senha.

O crime de extorsão, pois, restou caracterizado diante dessas evidências, vez que, mediante ameaça e violência, visando obter vantagem econômica, os acusados obrigaram a vítima a fazer algo, ou seja, a fornecer o seu cartão e a sua senha.

O Tribunal *a quo*, embora se refira à ocorrência de “conduta única” (fl. 286), explicita a atitude dos acusados: “Na verdade, das provas carreadas, claramente se vê que o intuito dos réus era subtrair os valores existentes na residência e, no desenrolar da ação, *de posse do cartão bancário da vítima Expedito, ameaçaram-na e exigiram dela a senha*, tudo dentro mesmo contexto fático do Roubo. [...] “pela análise das provas, em especial do depoimento da vítima sr. Expedito, que *não existia naquele momento opção para ele de não fornecer a referida senha, estando totalmente submetido a ação dos agentes*” (fl. 288).

Desse modo, *nos termos em que os fatos foram expostos, tanto na sentença quanto no acórdão*, os agentes, após subtraírem, mediante emprego de grave ameaça, vários bens da vítima, *a constrangeram* a entregar-lhes o cartão de crédito e a fornecer-lhes a respectiva senha para que pudessem sacar dinheiro e também efetuar compras, situação que se subsume ao tipo penal previsto no art. 158 do Código Penal, a extorsão:

Art. 158 - *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:*

É patente no acórdão que a vítima, sob coação, entregou o cartão de crédito e forneceu aos agentes a senha do cartão de crédito. Portanto, como se verifica, a decisão agravada não violou a Súmula n. 7 do STJ, como quer fazer crer a defesa, pois não houve necessidade de reexame dos fatos e das provas dos autos, mas mera reavaliação jurídica dessas circunstâncias delineadas no próprio julgado.

Nesse sentido:

[...]

1. Admite-se, em recurso especial, a desclassificação do delito quando para tanto bastar a reavaliação dos fatos e provas delineados no acórdão, como no caso em exame.

2. A apreensão de 20g de cocaína com o acusado, que afirmou ser para uso próprio, indica, neste caso, a configuração do tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, pois, além desses elementos, nada mais foi produzido que sinalize para a possível prática do crime de tráfico de entorpecentes, não bastando o fato de a droga ter sido apreendida em diversas “trouxinhas”. (Precedente.)

3. A condenação pressupõe prova robusta, que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria, situação não ocorrente na espécie, em que o Juízo condenatório apoiou-se em uma presunção.

4. Agravo regimental provido.

(AgInt no AREsp 741.686/RO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 12/08/2021)

[...]

1. A Constituição Federal conferiu ao Tribunal do Júri a competência para julgar crimes dolosos contra a vida e assegurou-lhe a soberania dos veredictos. Ademais, a decisão de pronúncia consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação, razão pela qual basta que o juiz esteja convencido da materialidade do delito e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação para que o acusado seja pronunciado, consoante o disposto no art. 413 do Código de Processo Penal.

2. Conquanto este relator tenha entendimento pessoal diverso, a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é a de que é possível submeter o réu a julgamento em plenário com base em indícios derivados do inquérito policial, sem que isso represente afronta ao art. 155 do CPP (Precedentes).

3. Diante dos elementos apresentados pelas instâncias de origem, caberá ao Conselho de Sentença, juiz natural da causa, decidir, com base nos elementos fático-probatórios amealhados aos autos, se a ação delineada pela acusação foi praticada pelo réu, sob pena de invadir a competência constitucional daquele Tribunal.

4. A decisão agravada alterou a conclusão do Colegiado *a quo* pela reavaliação da moldura fática já delineada nos autos, o que foi demonstrado pela mera transcrição de trechos da decisão de pronúncia e do acórdão recorrido. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.262.446/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 09/06/2021)

[...]

I - O entendimento consolidado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior é no sentido de que a natureza e quantidade de droga apreendida podem legitimar o aumento da pena-base com fundamento no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - *In casu*, ao contrário do entendimento esposado pelo acórdão recorrido, a apreensão de 698 gramas de cocaína não pode ser considerada pequena para fins de aferição do art. 42 da Lei de Drogas, devendo ser restabelecida a majoração feita pela sentença condenatória, em virtude da valoração negativa da natureza e quantidade da droga apreendida. Precedentes.

III - A toda evidência, o *decisum* agravado, ao reformar o aresto impugnado, acolheu as pretensões do Ministério Público, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

IV - Conforme orientação remansosa desta Corte, “[n]ão há violação à Súmula 7 desta Corte quando a decisão limita-se a revalorar juridicamente as situações fáticas constantes da sentença e do acórdão recorridos” (AgRg no REsp n. 1.444.666/MT, Sexta Turma Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/8/2014).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.874.746/MS, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 24/08/2021, DJe 01/09/2021)

Assim, ausentes teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada, por seus próprios fundamentos (fls. 361-364):

O Tribunal de origem, por maioria, absolveu os réus do crime de extorsão, vencido o relator. Transcrevo, assim, o voto revisor vencedor (fls. 286-289):

Pois bem.

Apesar de a denúncia descrever e capitular os crimes majorados de roubo e extorsão, penso que esta não restou caracterizada, tratando-se, no caso em análise, de conduta única.

Ressalto ser perfeitamente possível a ocorrência dos dois crimes de forma autônomas, não sendo, porém, o caso dos autos.

É verdade que grande é a discussão acerca da distinção entre os referidos crimes.

Mirabete ao discorrer sobre o assunto esclarece que:

[...]

Do mesmo modo, Rogério Greco ao tratar da distinção entre os referidos delitos assevera que:

[...]

Na verdade, das provas carreadas, claramente se vê que o intuito dos réus era subtrair os valores existentes na residência e, no desenrolar da ação, de posse o cartão bancário da vítima Expedito, ameaçaram-na e exigiram dela a senha, tudo dentro mesmo contexto fático do Roubo.

Ora, pelas circunstâncias fáticas e o 'modus operandi' tem-se que foi praticado crime único de Roubo majorado, não existindo desígnio autônomo de constranger a vítima Expedito, mas tão somente a vontade de se apoderarem de mais dinheiro.

Ressalto ainda que, pela análise das provas, em especial do depoimento da vítima sr. Expedito, que não existia naquele momento opção para ele de não fornecer a referida senha, estando totalmente submetido a ação dos agentes.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara:

[...]

Dessa forma, não tendo sido configurado crime autônomo de extorsão majorada, devem os acusados ser absolvidos, com base no disposto no ad. 386, inciso III do CPP.

Quanto as penas aplicadas isoladamente aos crimes de roubo majorado e corrupção de menores, vejo que não merece reparos.

Assim, tendo em vista o concurso formal próprio entre os referidos crimes, tomo a pena mais grave, qual seja, 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa e aumento-a em 1/6 (um sexto) tendo em vista a ocorrência de 02 (dois) crimes, concretizando-a em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Mantenho o regime inicial de cumprimento da pena em semiaberto com base no art. 33, § 20 "b" do CP.

Mediante a leitura do acórdão, verifico que o entendimento do Tribunal *a quo* está em dissonância com o desta Corte a respeito de que se configuram os crimes de roubo e de extorsão, se o agente, após subtrair – mediante emprego de violência ou grave ameaça – bens da vítima, a constrange a fornecer suas senhas de cartão de crédito para sacar dinheiro e também efetuar compras.

Note-se que, no crime de extorsão, para a obtenção da indevida vantagem econômica, é imprescindível a colaboração do ofendido, a qual, no roubo, é

dispensável. Desse modo, sem a cooperação, a vítima da extorsão pode até sofrer consequências graves, mas o agente não conseguirá seu intuito, que é o de retirar-lhe o bem.

Destaco, ademais, que a extorsão não é meio necessário para a prática do roubo, tampouco o inverso, motivo pelo qual descabe a aplicação do princípio da consunção à presente hipótese.

Com efeito, *in casu*, as vítimas tiveram seus pertences subtraídos – dinheiro em espécie e aparelhos celulares –, e, ato contínuo, os réus coagiram o ofendido Expedito a entregar-lhes o cartão de crédito e fornecer-lhes a respectiva senha, para, enfim, terem acesso ao dinheiro de sua conta bancária e também terem a possibilidade de realizar compra. Trata-se, portanto, de crimes autônomos, tal como reconhecido na sentença.

Nesse sentido:

[...]

1. A teor da jurisprudência desta Corte, a extorsão não é meio necessário para a prática do crime de roubo, tampouco o inverso, razão pela qual não se mostra possível a aplicação do princípio da consunção entre os referidos delitos.

2. O Código Penal adota, como regra, a teoria monista, segundo a qual, presentes a pluralidade de agentes e a convergência de vontades voltada à prática da mesma infração penal, todos aqueles que contribuem para o delito incidem nas penas a ele cominadas, na medida da sua culpabilidade.

3. No caso, conquanto não tenha o recorrido praticado a conduta prevista no núcleo do tipo penal, aderiu à determinação do comparsa, facilitando e assegurando a consumação do delito, concorrendo, assim, para a conduta típica, nos exatos termos do art. 29 do Código Penal.

4. Recurso especial provido para reconhecer a ocorrência do crime de roubo e de extorsão, em concurso material, bem como restabelecer a condenação do recorrido pelo crime de estupro, nos termos da sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que prossiga no julgamento das demais teses constantes da apelação defensiva.

(REsp 1.799.010/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019)

[...]

2. A extorsão não é meio necessário para a prática do crime de roubo, tampouco o inverso, razão pela qual resulta inviável a aplicação do princípio da consunção entre os referidos delitos.

3. Hipótese em que a Corte local assentou que os crimes de roubo circunstanciado e extorsão qualificada foram praticados mediante ações

diversas e sucessivas, com desígnios autônomos, o que impossibilita o reconhecimento do concurso formal. Entendimento em sentido contrário demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do *writ*. Precedentes.

4. Não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois embora sejam delitos do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que inviabiliza a aplicação da regra contida no art. 71 do Código Penal. Precedentes.

5. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Sumula 443/STJ). Hipótese em que o Tribunal *a quo* limitou-se a indicar a existência de três majorantes para aumentar a pena do crime de roubo em patamar superior à fração mínima.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, com extensão dos efeitos em relação ao corréu.

(HC 409.602/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017)

[...]

2. Os delitos de roubo e extorsão não se confundem, pois nitidamente independentes e praticados com desígnios autônomos. Isso porque a conduta dos réus de subtrair o automóvel não se confunde com a conduta de exigir a senha bancária para saque.

3. Apesar de as ações delituosas, ora em discussão, classificarem-se como crimes contra o patrimônio, os núcleos do tipo são distintos, sendo certo que a subtração do automóvel não se encontra na linha de desdobramento da extorsão. Daí a clara pluralidade de condutas, praticadas com desígnios autônomos, a exigir o reconhecimento do concurso material de delitos.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.286.540/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 5/2/2016)

Prevalece, portanto, o entendimento firmado na sentença que reconheceu a prática dos crimes de roubo e de extorsão, e que foi mantido no voto vencido. Por tais razões, devem os autos retornarem à instância a quo para que, afastado o entendimento de ocorrência de crime único, seja apreciada a questão posta pelo Ministério Público nas razões da apelação.

À vista do exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

HABEAS CORPUS N. 640.770-SP (2021/0017225-6)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior
Impetrante: Fernando Faria Junior e outros
Advogados: Fernando Faria Junior - SP258717
 Pedro Magalhães Santos - SP444637
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Nelson Batista Brito
Corréu: Emerson de Oliveira
Corréu: Jefferson Coutinho dos Santos
Corréu: Wallace Barra dos Santos
Corréu: Renan Rodrigues Teodoro
Corréu: Laerte Risardi Junior
Corréu: Ronaldo Benedito Antonio Junior
Corréu: Vitor Vinicius Pereira de Oliveira
Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Prisão preventiva. Fundamentos. Elementos concretos. Latrocínio consumado. Organização criminosa. Excesso de prazo. Inexistência. Nulidade. Pretensão ao interrogatório virtual. Inaplicabilidade do art. 220 do CPP. Ordem denegada.

1. O Tribunal estadual, transcrevendo toda a cronologia dos atos processuais, afastou qualquer desídia do julgador na condução do feito, considerando, ainda, justificada a determinação de redesignação de audiências. Os fundamentos da determinação de prisão já foram exaustivamente examinados em outros *habeas corpus* impetrados e distribuídos a esta C. 13ª Câmara de Direito Criminal (HC 2105207- 56.2020.8.26.0000, 2079157-90.2020.8.26.0000 e 2009225- 15.2020.8.26.0000), destacada a gravidade concreta do crime supostamente praticado, latrocínio consumado e organização criminosa.

2. Não cabe a pretensão de realizar o interrogatório de forma virtual. Situação do paciente, foragido por considerável período, que não se amolda ao disposto no art. 220 do CPP.

3. Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 21.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Nelson Batista Brito*, em que se aponta como autoridade coatora o *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (HC n. 2274245-66.2020.8.26.0000 - fl. 51):

Habeas corpus. Pleito de revogação da prisão preventiva por excesso de prazo para encerramento da instrução. Alegação de morosidade do Poder Público. Pleito cumulativo de nulidade pelo cerceamento do direito do réu ao interrogatório, por violação ao artigo 220 do Código de Processo Penal. Não acolhimento. Prisão preventiva do paciente que já teve sua validade apreciada em diversos outros *habeas corpus* impetrados e distribuídos para esta C. Câmara Criminal. Excesso de prazo que não se verifica no caso concreto. Não existência de desídia por parte do Juízo a quo, que vem dando regular tramitação ao feito, apesar das limitações impostas pela crise sanitária atual. Não aplicação da regra do artigo 220 do Código de Processo Penal. Ordem denegada.

O paciente teve a prisão preventiva decretada ainda na fase inquisitorial, por prática descrita nos arts. 157, § 3º, II, c/c o art. 29, e 288, parágrafo único, todos do Código Penal.

A impetração sustenta a ausência de indícios de autoria e que foi a audiência de instrução e julgamento desmarcada por três vezes, por não ter o Estado providenciado o transporte do réu, ora paciente, cujo pedido de videoconferência foi indeferido. Suscita excesso de prazo, pois a prisão já perdura por mais de 1 ano.

Requeru-se, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão e a declaração de nulidade do processo por ausência de interrogatório.

A liminar foi indeferida (fls. 61/63).

Informações prestadas às fls. 67/77.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do habeas corpus (fl. 81):

Habeas corpus com pedido liminar. Latrocínio tentado e associação criminosa. Excesso de prazo. Instrução do feito já se encontra encerrada. Óbice da Súmula 52/STJ. Alegação de ausência de indícios de autoria que demanda profundo reexame dos fatos, providência incabível em sede de writ. Não conhecimento.

Às fls. 88/93, pela petição protocolada em 28/05/2021, os impetrantes ingressaram com tutela provisória incidental, pleiteando a anulação dos autos principais a partir da audiência realizada em 17/11/2020, especificamente em razão do indeferimento do interrogatório do paciente na modalidade virtual.

Às fls. 88/96, ingressaram com nova petição de tutela provisória, informando que foi cumprido o mandado de prisão expedido contra o paciente, ato que seria ilegal em razão da não realização de audiência de custódia. Informam, ainda, que, contra a decisão, impetraram novo habeas corpus na Corte estadual, no qual foi indeferida a liminar.

É o relatório.

VOTO

Não verifico a presença das aludidas ilegalidades.

Assim dispôs o Tribunal de origem (fls. 54/57):

Conforme se depreende das informações transcritas acima, não há qualquer excesso de prazo na condução do feito pelo Juízo de origem, que tem observado todos os procedimentos necessários para a rápida solução do processo, chegando, inclusive, a determinar a intimação da defesa para apresentação da resposta à acusação.

A necessidade de redesignação das audiências encontra-se devidamente fundamentada (vide informações prestadas), não existindo qualquer constrangimento ilegal derivado do referido ato.

Convém ressaltar que o crime imputado ao paciente é extremamente grave, tratando-se de latrocínio consumado e associação criminosa, o que demonstra o destemor do agente na prática da conduta criminosa, sendo que, para subtrair bens, os agentes ceifaram a vida de um cidadão em sua casa, na frente de seus familiares, um deles uma criança, e impõe uma análise mais acurada acerca da possibilidade de se conceder a liberdade provisória pleiteada pelo paciente.

É cediço que a legislação processual penal não prevê prazo máximo para a formação da culpa, apenas lapsos isolados para a execução dos atos que antecedem o julgamento do processo, os quais, no entanto, não são peremptórios, ao contrário, servem como parâmetro geral para o encerramento da instrução criminal e admitem flexibilização, segundo critérios da razoabilidade e levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto.

(...) Além disso, de acordo com recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, o excesso de prazo deve decorrer ainda da verificação, no caso concreto, de descaso por parte do Juízo na condução do feito, o que não é o caso dos autos.

Dessa forma, não vislumbro qualquer inércia ou desídia que possa ser atribuída ao juízo processante e que seja capaz de caracterizar o alegado excesso de prazo para formação da culpa, tratando-se de processo complexo, com mais de um réu, não se podendo descartar a crise sanitária atual, que impôs limitações aos atos procedimentais.

Além disso, conforme bem destacado pelo nobre representante da Procuradoria Geral de Justiça, a legalidade da prisão preventiva do paciente já foi exaustivamente analisada em outros habeas corpus impetrados e distribuídos a esta C. 13ª Câmara de Direito Criminal (HC2105207-56.2020.8.26.0000, 2079157-90.2020.8.26.0000 e 2009225-15.2020.8.26.0000).

Também não é caso de aplicação do artigo 220 do Código de Processo Penal, já que o paciente não se enquadra nas hipóteses de incidência (enfermidade ou velhice).

Além disso, é evidente que o paciente furtar-se à aplicação da lei penal já que, desde a decretação de sua prisão preventiva (junto com o recebimento da denúncia), não foi mais localizado pelo Poder Público, constando como procurado em consulta ao sistema VEC.

Assim, não é caso de aplicação do artigo 220 do Código de Processo Penal, ainda que realizada uma interpretação in bonam partem, sob pena de premiar a astúcia do acusado em escapar da decisão que decretou sua prisão preventiva.

O Tribunal estadual, transcrevendo toda a cronologia dos atos processuais, às fls. 53/54, afastou qualquer desídia do julgador na condução do feito, considerando,

ainda, justificada a determinação de redesignação de audiências. Certo, por outro lado, que os fundamentos da determinação de prisão já foram exaustivamente examinados em outros habeas corpus impetrados e distribuídos a esta C. 13ª Câmara de Direito Criminal (HC 2105207- 56.2020.8.26.0000, 2079157-90.2020.8.26.0000 e 2009225-15.2020.8.26.0000), destacada a gravidade concreta do crime supostamente praticado, latrocínio consumado e organização criminoso.

Por fim, também bem destacou o Tribunal que não cabe a pretensão de realizar o interrogatório de forma virtual, sob pena de premiar a condição de foragido do paciente, sendo inaplicável ao caso o art. 220 do CPP. Anote-se (fl. 57):

Também não é caso de aplicação do artigo 220 do Código de Processo Penal, já que o paciente não se enquadra nas hipóteses de incidência (enfermidade ou velhice). Além disso, é evidente que o paciente furta-se à aplicação da lei penal já que, desde a decretação de sua prisão preventiva (junto com o recebimento da denúncia), não foi mais localizado pelo Poder Público, constando como procurado em consulta ao sistema VEC. Assim, não é caso de aplicação do artigo 220 do Código de Processo Penal, ainda que realizada uma interpretação *in bonam partem*, sob pena de premiar a astúcia do acusado em escapar da decisão que decretou sua prisão preventiva.

O fato de ter sido cumprido o mandado de prisão do paciente, em data recente, como alegado à fl. 97, em nada altera o quadro, sendo certo que declarações de nulidade ocorridas no ato de prisão devem ser suscitadas em autos próprios perante o Juízo competente, o que, inclusive, já providenciou a Defesa do paciente, mediante a impetração de novo writ na origem, contra o qual também já foi impetrado novo mandamus nesta Corte, o HC 673.688/SP, distribuído em 14/06/2021. Inviável, portanto, a análise do tema nos presentes autos.

Denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 660.332-RJ (2021/0114371-5)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Jairo Paulino de Andrade (Preso)
Interes.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Execução penal. Cumprimento de pena no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho – IPPSC, no Complexo Penitenciário de Bangu/RJ. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH editada em 22/11/2018. Contagem em dobro. Condenado por crimes contra a vida e a integridade física. Tratamento diferenciado. Imprescindibilidade do exame criminológico (mínimo de três peritos). Cenário atual de pandemia. Falta de equipe técnica. Providências. Possibilidade ou não da redução de 50% do tempo real de privação de liberdade, ou redução inferior a esse percentual. Competência do Juízo da Execução. Supressão de instância. Impossibilidade.

1. Consta na resolução editada em 22/11/2018 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH que o Estado brasileiro deverá arbitrar os meios para que se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, localizado no Complexo Penitenciário de Gericinó, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas.

2. Na hipótese em que o ora paciente praticou crimes contra a integridade física da pessoa, segundo os itens 128, 129 e 130 da Resolução, exige-se um tratamento diferente, com abordagem particularizada, tornando-se imprescindível a realização de exame criminológico que indique, inclusive, o grau de agressividade do sentenciado. A resolução da CIDH indica que a perícia criminológica deva ser realizada por uma equipe de, no mínimo, três profissionais, constituída especialmente por psicólogos e assistentes sociais (sem prejuízo de outros), de comprovada experiência e adequada formação acadêmica, não sendo suficiente o parecer de um único profissional.

3. Somente depois da realização de tal exame, com base nas afirmações/conclusões constantes dessa prova, é que caberá, exclusivamente, ao Juízo das execuções a análise da possibilidade ou não da redução de 50% do tempo real de privação de liberdade, ou se a redução deve ser abreviada em medida inferior a 50%.

4. A produção célere dessa prova técnica, imprescindível para deslinde da controvérsia, é que está em choque com a realidade atual da pandemia da Covid-19, que o país e o mundo vivenciam. O Judiciário brasileiro, como um todo, vem sendo afetado pela crise sanitária mundial, e muitos serviços estão suspensos ou são realizados num ritmo mais demorado do que se deseja, até diante da insuficiência de quadros técnicos aptos à sua execução.

5. *Habeas corpus* denegado. Ordem expedida de ofício a fim de determinar que o Juízo das Execuções Criminais adote mais providências para a elaboração da prova técnica com urgência, nos termos acima explicitados, e, em último caso, recorrendo, para tanto, ao Sistema Único de Saúde – SUS, apreciando, assim que a prova técnica estiver completa, o pleito formulado pelo apenado, objetivando a redução da respectiva pena. Cientificado o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar o habeas corpus, e, de ofício, determinar que o Juízo das Execuções Criminais adote providências para a elaboração da prova técnica com urgência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de *Jairo Paulino de Andrade*, que registra a pena de 87 anos e 6 meses de reclusão pela prática de vários delitos de homicídio qualificado, bem como roubo circunstanciado, tendo como o término previsto para ocorrer em 17/7/2025 (PEC n. 0336506-65.1998.8.19.0001).

Com base na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH editada em 22/11/2018, a defesa técnica pleiteou, na origem, a contagem do cômputo em dobro do tempo em que ele esteve custodiado na unidade prisional Instituto Penal Plácido Sá Carvalho – IPPSC.

Esse pleito foi indeferido pelo Juízo da execução, tendo em vista a não realização, pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP, de exames criminológicos, a teor do disposto nos itens 128, 129 e 130 da mencionada resolução (fls. 30/32).

Ao Agravo em Execução Penal n. 003365066519988190001, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento para determinar a realização do exame criminológico pretendido pelo paciente, tão logo superadas a crise sanitária da COVID-19, e a complementação dos quadros funcionais aptos a efetivar o exame no estabelecimento penal em que se encontra acautelado. Eis a ementa do acórdão (fl. 48):

Agravo em Execução Penal. Agravante que pretende o cômputo em dobro do prazo de privação de liberdade, considerando-se os itens 128, 129 e 130 da Resolução da CIDH, editada em 22/11/2018. Pleito subsidiário para realização do exame criminológico quando regularizado o quadro profissional daquela unidade prisional. Parcial provimento. Agravante que comete crimes dolosos contra a vida, vulnerando de maneira extrema a integridade física da vítima, levando-a à morte, além do crime de roubo circunstanciado. Doutrina abalizada que demonstra que o crime patrimonial cometido pelo Agravante é de natureza complexa, protegendo tanto o patrimônio quanto a integridade física da vítima.

Inaplicabilidade da Resolução da CIDH ao caso em comento. Exame criminológico que poderá ser efetivado, depois que realocados na unidade prisional onde o Agravante resgata sua pena, profissionais aptos à sua realização.

Recurso ao qual se dá parcial provimento.

Sobreveio, então, o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, repisando a tese de que a Corte IDH determina que a contagem em dobro do tempo de privação de liberdade naquele estabelecimento prisional deve ser

aplicado também aos condenados por crimes contra a vida e a integridade física, mas com tratamento diferenciado, e, se necessário, deve o apenado sujeitar-se a exame ou perícia técnica criminológica específica, o que deve ser analisado caso a caso.

Requer, em caráter liminar, seja determinado ao Juízo da execução a reapreciação do pleito inicial, sem invocar a não realização dos exames criminológicos nos moldes indicados na resolução.

Busca, ao final, a confirmação dessa decisão ou a concessão da ordem para determinar que o Juízo singular aprecie o pleito de cômputo em dobro do tempo que o paciente permaneceu privado de liberdade naquele Instituto Penal, com fulcro em exame criminológico a ser realizado nos moldes hodiernamente disponibilizados pela SEAP.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 54/55).

Depois de prestadas informações (fls. 58/63), o Ministério Público Federal emitiu parecer de acordo com este resumo (fl. 68):

Habeas corpus. Substitutivo de recurso próprio. Inviabilidade. Execução penal. Pena cumprida no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho. Contagem em dobro. Inviabilidade. Crimes cometidos contra a vida e a integridade física (homicídios e roubo). Não enquadramento aos termos da Resolução da CIDH, para fins de contagem em dobro. Impossibilidade de interpretação extensiva, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da individualização da pena e da vedação de proteção deficiente. Ausência de flagrante ilegalidade. Parecer pelo não conhecimento.

Não foi interposto recurso especial na origem, e, até 5/8/2021, não havia notícia de realização do exame criminológico, conforme determinado pelo Tribunal estadual. Conforme o Juízo da execução, o apenado esteve custodiado na unidade prisional SEAPPC - Instituto Penal Plácido Sá Carvalho no período de 6/6/2013 a 16/1/2019 (fl. 91). A SEAP e a Direção da Unidade Prisional receberam ofícios para que, tão logo a composição da equipe técnica apta à elaboração dos exames criminológicos determinados pela CIDH seja formada, estes sejam urgentemente realizados em relação ao ora paciente (fl. 92).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): No caso, a pretensão diz respeito à contagem em dobro do tempo em que o paciente, o qual está

cumprindo pena de 87 anos e 6 meses de reclusão em razão de homicídios qualificados e roubo circunstanciado, esteve custodiado na unidade prisional Instituto Penal Plácido Sá Carvalho – IPPSC. Segundo as informações, esse período seria de 6/6/2013 a 16/1/2019 (fls. 91/93).

O Juízo da execução indeferiu o pedido, pois não foram realizados os exames criminológicos mencionados nos itens 128, 129 e 130 daquela Resolução. E o Tribunal fluminense determinou que tais exames fossem efetivados tão logo vencida a atual situação de pandemia e completado o quadro funcional dos profissionais exigidos para realização desse mister.

O Subprocurador-Geral da República Nívio de Feitas Silva faz a seguinte explanação a respeito do tema em questão (fls. 70/72 – grifo nosso):

Inicialmente, cumpre observar que a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, ao reconhecer a inadequação do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho para a execução penal, especialmente em razão de os presos encontrarem-se em *situação degradante e desumana*, determinou, no item n. 4, que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, *que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas*, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”.

Recentemente, ao se deparar com essa questão, a *Quinta Turma* do Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão monocrática do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que havia concedido a ordem de Habeas Corpus para a contagem em dobro de todo o período em que o apenado esteve preso no Instituto Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro.

Nessa hipótese, o Exmo. Min. Relator reconheceu a necessidade de cômputo em dobro de todo o período de pena em situação degradante, considerando que “por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH *pode ampliar a proteção dos direitos humanos*, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira *mais favorável possível* aquele que vê seus direitos violados”. (RHC n. 136.961/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 30/04/2021).

No entanto, cumpre destacar que *a hipótese dos autos não se enquadra na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, que teria determinado a contagem em dobro da pena cumprida no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho, pois conforme consignado na decisão impugnada, o paciente teria cometido vários delitos de homicídio qualificado, além de roubo circunstanciado, sendo sua pena prevista para ser completamente resgatada em 17/7/2025. (e-STJ Fl. 60)

Assim, considerando-se que a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos excepcionou os crimes praticados contra a vida ou a integridade física, e até mesmo os crimes sexuais, *não se deve* aplicar maior extensão ao quanto decidido pela Corte, para então se englobar também essas situações na contagem em dobro, sob pena de contrariedade aos princípios da legalidade, da individualização da pena e da vedação de proteção deficiente.

A Quinta Turma examinou a questão envolvendo a Resolução editada em 22/11/2018 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, no julgamento do agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, num caso um pouco diferente do que está sob exame.

Ali, a impetração dizia respeito a uma pessoa que estava cumprindo pena por um roubo qualificado, já tinha realizado o exame criminológico (cujos laudos psicológico, psiquiátrico e social se traduziram em prognóstico positivo de condutas futuras) e ainda ostentava bom comportamento carcerário, não havendo registros de faltas, graves ou não, durante toda sua vida carcerária. A Juíza da Vara de Execuções do Rio de Janeiro deferira o cômputo em dobro do período de 14/12/2018 a 24/5/2019, a despeito de a defesa pretender a fixação do termo inicial em 9/7/2017. O Tribunal estadual mantivera a decisão de primeira instância.

Nesse significativo precedente, na sessão de 15/6/2021, foi confirmado o entendimento adotado pelo Relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que determinou a contagem duplicada desde 9/7/2017. Confira-se a ementa do acórdão:

Agravo regimental. Ministério Público Estadual. Legitimidade. IPPSC (Rio de Janeiro). Resolução Corte IDH 22/11/2018. Preso em condições degradantes. Cômputo em dobro do período de privação de liberdade. Obrigação do Estado-Parte. Sentença da Corte. Medida de urgência. Eficácia temporal. Efetividade dos direitos humanos. Princípio *pro personae*. Controle de convencionalidade. Interpretação mais favorável ao indivíduo, em sede de aplicação dos direitos humanos em âmbito internacional (princípio da fraternidade - desdobramento). Súmula 182 STJ. Agravo desprovido.

1. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interposição do agravo regimental. “Não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, ‘indiscutível relevo jurídico-constitucional’ (RCL-AGR n.7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema” (AgRg nos EREsp n.

1.256.973/RS, Relatora Ministra *Laurita Vaz*, Relator p/ acórdão Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014).

2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução”.

3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement vol-02379-04 PP00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso.

10. Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar

eventuais efeitos futuros da multencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, *verbis*: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

(AgRg no RHC n. 136.961/RJ, DJe 21/6/2021).

Bem, no julgamento, S. Exa. destacou, entre inúmeros aspectos relevantes, que, ao se sujeitar à jurisdição da CIDH, o Brasil amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode alargar a efetividade dos direitos humanos. As sentenças ali emitidas, *por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada*. Disse que *o caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (ex nunc), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada das peculiaridades do caso*. Foi enfático ao afirmar que as medidas de urgência *visam, em última análise, assegurar sejam reparadas consequências da situação que haja configurado a violação de direitos, não significando, com isso, possuam efeito restritivo ex nunc*. Assim, de acordo com o Ministro Reynaldo e considerando o princípio constitucional da fraternidade, *não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento [...]*.

De fato, como consta do item 128 da Resolução, *os desvios de conduta provocados por condições degradantes de execução de privações de liberdade põem em risco os direitos e os bens jurídicos do restante da população, porque gera, em alguma medida, um efeito reprodutor de criminalidade*.

Na hipótese em exame, ao contrário do pretendido, não há como ignorar que o apenado praticou crimes contra a integridade física da pessoa, que exige

um tratamento diferente, com abordagem particularizada. Imprescindível, portanto, a realização de exame criminológico que indique, inclusive, o grau de agressividade do sentenciado. Foi o que entenderam o Juízo da execução e o Tribunal estadual, tendo em conta os itens 128, 129 e 130 da Resolução.

A produção célere dessa prova técnica, imprescindível para deslinde da controvérsia, é que está em choque com a realidade atual da pandemia da Covid-19, que o país e o mundo vivenciam. O Judiciário como um todo vem sendo afetado pela crise sanitária mundial, e muitos serviços estão suspensos ou são realizados num ritmo mais demorado do que se deseja.

De todo modo, a Resolução da CIDH indica que a perícia criminológica deva ser realizada por uma equipe de, no mínimo, três profissionais, constituída especialmente por psicólogos e assistentes sociais (sem prejuízo de outros), de comprovada experiência e adequada formação acadêmica, não sendo suficiente o parecer de um único profissional.

Assim, embora a Câmara Julgadora tenha sublinhado *a insuficiência de quadros técnicos aptos à sua execução* (fl. 51), e o Juízo das Execuções Criminais já tenha encaminhado, recentemente, ofícios à SEAP e à direção da unidade prisional, é possível determinar que S. Exa. promova gestões junto aos órgãos responsáveis pela elaboração da prova técnica, visando sua célere produção, nos termos acima explicitados, e, em último caso, recorrendo, para tanto, ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Somente depois da realização de tal exame, com base nas afirmações/conclusões constantes dessa prova, é que caberá, exclusivamente, ao Juízo das execuções a análise da possibilidade ou não da redução de 50% do tempo real de privação de liberdade, ou se a redução deve ser abreviada em medida inferior a 50%.

Voto, portanto, pela denegação da ordem. De ofício, creio seja possível determinar que o Juízo das Execuções Criminais adote providências para a elaboração da prova técnica com urgência, conforme exposto, apreciando, logo em seguida, o pleito formulado pelo apenado, objetivando a redução da respectiva pena. Dê-se ciência ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ sobre o presente julgamento a fim de que possa adotar providências e dar o apoio necessário à Justiça do Estado do Rio de Janeiro no cumprimento da determinação externada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz: Trata-se de Habeas Corpus em que se postula o cumprimento de sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 22 de novembro de 2018, em face de provocação suscitada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, relativamente ao cumprimento de pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, situado no Complexo Penitenciário de Bangu, na zona oeste da cidade do Rio de Janeiro, o qual experimentou severos problemas sanitários e decorrentes de superlotação da unidade prisional.

De início, cabe rememorar que a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de San Jose da Costa Rica), vigente entre nós por força do Decreto n. 678, de 6/11/92, estabelece em seu artigo 23 que “[o]s Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

A partir de tal premissa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), na Resolução de 22 de novembro de 2018 (artigo 59), “toma nota do compromisso expresso pelo Brasil, no qual se refere à melhoria das condições das pessoas privadas de liberdade nos diferentes centros penitenciários do país, especialmente no Estado do Rio de Janeiro. *No entanto, a Corte observa que, no âmbito dessas medidas provisórias, a situação dos beneficiários continua sendo muito preocupante no que se refere a todas as áreas mencionadas e exige mudanças estruturais urgentes*” (grifei).

Saliento que, pouco mais de um ano antes da adoção da mencionada resolução, o Pretório Excelso, ao examinar pedido de indenização por dano moral em virtude de ilegítimas e subumanas condições a que estaria submetido um interno de estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul, já havia assentado que “[o] Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. [...] A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais

a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativas, não de provimentos judiciais” (*RE n. 580.252/MS*, Rel. Ministro *Teori Zavascki*, Redator do acórdão: Ministro *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, Publicação: 11/9/2017, grifei).

Tais conclusões se seguem ao reconhecimento pelo próprio Supremo Tribunal Federal do *estado de coisas inconstitucional* que caracterizaria o sistema penitenciário brasileiro, no julgamento da medida cautelar requerida no âmbito da ADPF n. 347/DF, da qual se originaram providências relativas ao cumprimento de prisões cautelares e penas. Na ocasião, a Suprema Corte asseverou que “[o] quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo” (*MC na ADPF n. 347/DF*, Rel. Ministro *Marco Aurélio*, Tribunal Pleno, Publicação: 19/2/2016, destaquei).

Diante dessa conjuntura, determinou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no art. 121 da referida resolução que, “[d]ado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes” (sublinhei).

No entanto, também ressaltou, no texto do art. 128, que “[o]s desvios de conduta provocados por condições degradantes de execução de privações de liberdade põem em risco os direitos e os bens jurídicos do restante da população, porque gera, em alguma medida, um efeito reprodutor de criminalidade. A Corte não pode ignorar essa circunstância e, pelo menos no que se refere aos direitos fundamentais, a ela se impõe formular um tratamento diferente para o caso de presos acusados de crimes ou supostos crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, embora levando em conta que esses desvios secundários de conduta não ocorrem de maneira inexorável, o que exige uma abordagem particularizada em cada caso” (destaquei).

Por fim, estipulou, nos termos do art. 129, que, “no caso de acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, deverá se sujeitar, em cada caso, a um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, se isso não é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se se deve abreviar em medida inferior a 50%” (grifei).

Assim, assentou, ainda, a Corte a premente *necessidade de se resguardar e proteger também a comunidade, bem como as vítimas de crime praticados mediante o emprego de violência ou de natureza sexual*, de que decorreria, portanto, a urgência na realização de exame pericial *para que, nesses casos, pudesse ser minudenciada a análise em torno da periculosidade do agente*, de modo a permitir o adequado exame da aplicação dos termos da Resolução de 22 de novembro de 2018, circunstância da qual não escapa o caso vertente, que trata da execução de penas impostas em decorrência da prática de crimes de homicídio e de roubo circunstanciado.

Entretanto, a indispensabilidade da realização do destacado exame *não pode se traduzir em morosidade ou inércia da atuação do Estado brasileiro, seja pela União, seja pelos Estados federados, em cumprir as determinações estipuladas*, a tornar ainda mais fragilizada a situação a que estão submetidas as pessoas privadas de liberdade no estabelecimento prisional em questão. Não por outras razões, *concedi liminarmente a ordem no Habeas Corpus n. 609.907/RJ em decisão recente, a qual data de 2/8/2021, oportunidade em que, à semelhança da solução adotada pelo eminente relator, determinei a adoção de providências para a imediata elaboração do referido exame pericial*.

Não desconheço os desafios impostos pelo alastramento da pandemia da Covid-19, de que decorreu a paralisação ou o trâmite moroso de incontáveis processos judiciais no país. Ocorre que, no caso vertente, *o pleito defensivo foi indeferido em 28 de julho de 2020, ou seja, há mais de ano, sem que, nesse ínterim, tenha sido finalmente produzida a prova pericial imprescindível ao deslinde da controvérsia aqui apresentada, a evidenciar a ocorrência de patente ilegalidade e, assim, demandar a concessão da ordem*.

Os ônus da morosidade ou ineficiência estatal não podem recair sobre os ombros de quem se encontra sob a responsabilidade e os cuidados do Estado.

Por tais razões, *acompanho* o voto apresentado pelo eminente relator, inclusive quanto ao acréscimo para que se dê ciência ao Conselho Nacional

de Justiça de sorte a implementar-se atuação coordenada com a Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto ao cumprimento das determinações impostas no âmbito do Sistema Interamericano de Direito Humanos e a otimizar a desejada transformação do sistema penitenciário brasileiro, o qual possui, como já apontado, tantos outros presídios em condições degradantes, desumanas ou cruéis.

HABEAS CORPUS N. 681.680-SP (2021/0228712-5)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Advogados: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Daniela Batalha Trettel - SP236548
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Magno de Oliveira Silva
Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Desclassificação para a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio. Possibilidade. Excepcionalidade do caso dos autos. Ordem concedida.

1. No processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção “pela livre apreciação da prova” (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

2. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976).

3. O alargamento da consideração sobre quem deve ser considerado traficante acaba levando à indevida inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

4. Na espécie em julgamento, em que pese a existência de condenações, antigas no tempo, pela prática de delitos da mesma natureza em desfavor do acusado, em nenhum momento foi ele surpreendido comercializando, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação do Ministério Público de que “estava comercializando entorpecentes na Praça Jardim Oriente, local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes”.

5. Considerada a ínfima quantidade de droga apreendida (0,4 g de crack) e a afirmação do réu, em juízo, de que a substância apreendida seria para seu próprio consumo, opera-se a desclassificação da conduta a ele imputada, em respeito à regra de juízo, basilar ao processo moderno e derivada do princípio do *favor rei* e da presunção de inocência, de que a dúvida relevante em um processo penal resolve-se a favor do imputado.

6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

7. Por tal motivo, não se pode transferir ao acusado a prova daquilo que o Ministério Público afirma na imputação original e, no ponto, não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em

poder do acusado ou de seu passado criminoso. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão.

8. É de considerar-se, outrossim, que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*), espera-se – mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibrada ponderação – uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições “converta os agentes de execução do Ministério Público em simples ‘despachantes criminais’, ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena.” (Paulo César Busato, O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124).

9. Ordem concedida, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que, desclassificando a imputação original, condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1501388-12.2020.8.26.0599).

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.
Brasília (DF), 21 de setembro de 2021 (data do julgamento).
Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 29.9.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Magno de Oliveira Silva* alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Apelação Criminal n. 1501388-12.2020.8.26.0599).

Consta dos autos que o paciente foi *condenado, em primeiro grau, à pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 10 meses*, como incurso no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao recurso da acusação e condenou o réu a *7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão*, em regime inicial *fechado*, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

A defesa busca, por meio deste *writ*, a desclassificação da conduta imputada ao acusado para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, afirma, em síntese, que, “em nenhum momento ficou evidenciado o intuito de comercialização da droga apreendida com o paciente (apenas 5 pedras de crack, peso líquido de 0,4 g). O paciente negou que estava comercializando o produto e confessou que é usuário, tendo comprado a droga na biqueira da praça em razão da abstinência” (fl. 7).

A liminar foi indeferida e, prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Informam os autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. O Ministério Público assim narrou os fatos em sua inicial acusatória, *in verbis* (fls. 29-30):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 28 de outubro de 2020, por volta de 11h00min, na Rua Mauro Rodolfo Adamole, n. 85, Bairro Água Branca, nesta cidade e Comarca de Piracicaba/SP, *Magno de Oliveira Silva*, qualificado e indiciado às fls. 06/07 e 16/19, trazia consigo, nas dependências da Praça Madre Maria Cenáculo, para entregar ou fornecer ao consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, *05 (cinco) invólucros contendo cocaína em forma de crack, com peso líquido de 0,4 g (quatro gramas)*, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo consta, *Magno* – que de longa data se dedica ao tráfico de drogas 1 – estava comercializando entorpecentes na Praça do Jardim Oriente, local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes.

Ocorre que sua atividade foi anonimamente relatada por moradores a policiais civis, detalhando-se que naquele momento ele trajava uma camiseta listrada nas cores azul e branca.

Apurando as informações, os policiais encontraram *Magno* com a vestimenta descrita. Iniciada a abordagem, o denunciado fugiu em uma e dispensou um volume no chão.

Ao final detido, *os agentes localizaram as drogas e o dinheiro (R\$ 5,00 – cinco reais) dispensados na fuga [...]*

Na delegacia, *Magno* negou a traficância e afirmou que as drogas se destinavam ao próprio consumo [...]

Instruído o feito, o paciente foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 10 meses, como incurso no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. O Juiz sentenciante assim justificou a *desclassificação* da conduta imputada ao réu (fls. 53-54, grifei):

No caso dos autos, o réu alegou que a droga se destinava ao seu próprio consumo. A prova dos autos não conseguiu afastar a versão do réu. Vejamos.

Havia indicação de que uma pessoa com as vestimentas do réu estivesse na praça, praticando a mercancia ilícita de drogas e o local onde ele foi avistado é ponto de venda de drogas conhecido dos meios policiais.

Ocorre, contudo, que *o réu foi abordado depois de dispensar 05 porções de crack e R\$ 5,00 em dinheiro e os policiais não conseguiram encontrar mais entorpecente no local.*

Embora seja certo que o réu possui 03 condenações anteriores por tráfico de drogas (fls. 50/53) e exista contra ele a denúncia de que praticava esse mesmo delito, entendo que a quantidade de entorpecente e dinheiro é pequena e poderia se tratar de droga para seu próprio consumo.

Por outro lado, o réu afirmou *residir na mesma rua* em que foi abordado, ou seja, poderia justificar-se a presença dele naquele local.

Nesse contexto, mesmo que provável que o réu estivesse no comércio ilícito de drogas, entendo que *a prova dos autos não é suficiente para a certeza da prática delitiva e a desclassificação se impõe*, para que o réu responda pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/06.

Inconformado com a desclassificação, o Ministério Público interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso e condenou o réu a *7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão*, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas, com base nos seguintes fundamentos (fls. 71-73, destaquei):

Como se vê, a prova coligida aponta no sentido da procedência da pretensão punitiva estatal, uma vez que o apelado foi *surpreendido em local conhecido como ponto de venda de drogas, por decorrência de denúncia apontando-o como quem estaria traficando no local*, trazendo consigo entorpecentes, acondicionados em porções individuais, prontos para a comercialização, além de dinheiro.

Nessa ordem de ideias, as circunstâncias da apreensão incompatibilizam os fatos com a figura do mero usuário, *notadamente o fato de que também não foi apreendido qualquer petrecho comumente utilizado para preparo e consumo do crack* (como cachimbo, v.g.), sem perder de vista e sempre reforçando que a ação policial adveio de notícias indicando que indivíduo com características coincidentes com as possuídas pelo apelado traficava drogas no local.

Por outro lado, diversamente do que quis fazer crer ao ser interrogado, os policiais notaram o acusado parado no ponto de venda de drogas (onde havia fluxo de usuários, segundo o policial Cristiano), e não retornando para sua casa, tendo ele, inclusive, tentado se desfazer das drogas e esquivar da abordagem policial, empreendendo fuga.

Quanto à alegação de que *a quantidade de drogas encontradas seria pequena, compatível com a figura do usuário, tal alegação, por si só, não exclui a possibilidade da traficância, mormente porque maior quantidade de substâncias ilícitas poderia estar ocultada nas imediações*, como é prática comum nessa modalidade criminosa, ou, ainda já terem sido comercializadas.

De outra parte, *mesmo que Magno fosse usuário de entorpecentes, tal situação, de forma alguma, excluiria a possibilidade de que também se dedicasse à comercialização das substâncias ilícitas*, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação das drogas.

No caso em apreço, pelas razões já expostas, indubitável que as drogas apreendidas se reservavam a terceiros, não se olvidando que o referido *réu já foi condenado definitivamente por crime da mesma natureza em duas oportunidades*

anteriores (certidão a fls. 50/53 processos n. 0010194-84.2011.8.26.0451 e 0037540-10.2011.8.26.0451), fato que, não isoladamente, mas, em conjunto com os demais elementos de prova, sinaliza seu envolvimento com a espúria mercancia.

[...]

Outrossim, vale lembrar, o crime em questão caracteriza-se por ser de conteúdo variado, com a previsão de diversas condutas, dentre as quais as de “trazer consigo”, de maneira que não se faz necessário presenciar atos de efetiva comercialização, desde que, como no caso dos autos, seja demonstrado elemento subjetivo da conduta, consistente na vontade livre e consciente de fornecer a droga a terceiros pessoas, ainda que gratuitamente.

Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a condenação lançada aos autos, já que o tipo penal se acha aperfeiçoado. Trata-se de réu que trazia consigo, para fins de tráfico, 05 porções de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não sendo cabível a desclassificação para uso próprio.

A condenação, destarte, é medida que se impõe.

II. A crise do sistema penitenciário brasileiro

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta perpetrada pelo paciente se amolda ao tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – como postula a defesa – ou ao delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da mesma lei).

Não se desconhece o entendimento pacífico da jurisprudência – tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal – de que a pretensão de desclassificação de um delito em habeas corpus exige, *em regra*, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, na via mandamental, de cognição sumária.

Entretanto, *chama particular atenção* deste julgador o fato de o paciente haver sido condenado a mais de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a despeito da reduzida quantidade de drogas apreendidas – 0,4 g de crack –, *em acórdão que reformou sentença na qual se reconheceu insuficiência de provas acerca da traficância ilícita.*

Decerto que, no processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção “pela livre apreciação da prova” (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

Na espécie, contudo, entendo que a Corte estadual *não apontou elementos suficientes* para concluir pela prática do delito de tráfico de drogas, senão vejamos.

A conduta de porte de drogas para consumo próprio – delito pelo qual o paciente foi condenado *em primeiro grau* – está prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 2º do art. 28, por sua vez, esclarece que: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

É imperioso o registro, no entanto, de que a Lei n. 11.343/2006 *não determina parâmetros seguros* de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) – e que continua na legislação atual. Não por outro motivo, a prática nos tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

As estatísticas mostram que a mudança de tratamento promovida pela Lei n. 11.343/2006 – que aboliu a pena privativa de liberdade para a conduta de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28) – *não impediu um incremento substancial das condenações por crime de tráfico de drogas*.

Com efeito, a análise da população carcerária brasileira aponta que, entre os crimes cometidos que ensejaram o encarceramento, o tráfico de drogas (nacional e transnacional) corresponde a considerável percentual do total de encarcerados.

Conforme dados do *Sistema Integrado de Informação Penitenciária – Infopen*, em 2006, *houve 47.472 prisões* por tráfico de drogas. A Lei n. 11.343/2006

entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um *aumento de 38%*. Essa escalada prosseguiu: em 2010, foram 106.491 prisões. A estatística relativa a dezembro de 2014 (divulgada em abril de 2016) evidenciou que *28%* dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas (enquanto 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio).

Mais recentemente, os dados referentes ao período de *julho a dezembro de 2019* – fornecidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen), do Departamento Penitenciário Nacional – demonstram que a população carcerária por crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368/1976 e art. 33 da Lei n. 11.343/2006) totalizou *169.093 indivíduos*. Se incluímos também os delitos de associação para o tráfico de drogas (art. 14 da Lei n. 6.368/1976 e 35 da Lei n. 11.343/2006) e os de tráfico transnacional de drogas (art. 18 da Lei n. 6.368/1976 e 33, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), a população carcerária por tal ilicitude salta para *200.583 presos* (disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>> Acesso em set.2021).

Portanto, a atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro – com sistemática violação a direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal – e o fato de o Brasil possuir, hoje, uma das maiores populações carcerárias do mundo *justificam as ponderações feitas neste voto e reforçam*, já sob esse matiz, o descabimento da condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, ainda mais com a imposição de uma pena (*extremamente desarrazoada, diga-se*) de *7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, por haver sido flagrado na posse de tão somente 0,4 gramas de crack*.

III. Desclassificação – excepcionalidade configurada

Registro que as condutas imputadas pelo Ministério Público em sua inicial acusatória – dentre as várias previstas no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foram as de *trazer consigo, entregar e fornecer a consumo de terceiros, bem como a de comercializar* (fl. 29).

A Corte de origem, ao concluir pela condenação do paciente, consignou o fato de ele haver sido surpreendido, após denúncia anônima, em local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes, trazendo consigo *5 invólucros contendo crack, com peso líquido de 0,4 gramas*, “acondicionados em porções individuais, prontos para a comercialização” (fl. 71), além de *R\$ 5,00*

em espécie, elementos que, na visão da Corte estadual, comprovariam a prática do crime de tráfico de drogas.

Enfatizou, ainda, “o fato de que também *não foi apreendido qualquer petrecho* comumente utilizado para preparo e consumo do crack (como cachimbo, *v. g.*), sem perder de vista – e sempre reforçando – que a ação policial adveio de notícias indicando que indivíduo com características coincidentes com as possuídas pelo apelado traficava drogas no local” (fl. 71).

Por fim, para firmar a sua convicção, destacou a Corte estadual que “o referido réu *já foi condenado definitivamente por crime da mesma natureza em duas oportunidades anteriores [...]*, fato que, não isoladamente, mas, em conjunto com os demais elementos de prova, sinaliza seu envolvimento com a espúria mercancia” (fl. 72).

No entanto, em nenhum momento, o paciente foi flagrado ou observado em ação de comercialização da droga, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação do *Parquet* de que o réu “estava comercializando entorpecentes na Praça Jardim Oriente, local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes” (fl. 29).

Vale dizer, a despeito de haver sido encontrada droga em poder do réu – em quantidade ínfima, reforce-se – em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes, em nenhum momento foi encontrado em situação de traficância e não foram avistados usuários de drogas com ele ou mesmo sinais de que ali estava a comercializar drogas, tudo parecendo haver decorrido da circunstância de já ser condenado por práticas similares anteriormente. Ademais, consoante consignou o Juiz sentenciante, “o réu afirmou residir na mesma rua em que foi abordado, ou seja, *poderia justificar-se a presença dele naquele local*” (fl. 54).

Assim, não havendo sido presenciada situação de mercancia, tampouco de entrega de drogas a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, remanesce somente a conduta de **trazer consigo** (fl. 29), *a qual também está prevista no tipo descrito no caput do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.*

Portanto, consoante bem concluiu o próprio Magistrado de primeiro grau, que teve contato com as provas dos autos de maneira mais direta, os elementos produzidos ao longo da instrução não conseguiram afastar a versão do réu de que a droga apreendida se destinava a consumo próprio, principalmente porque,

em que pese a existência de condenações anteriores por crimes da mesma natureza, é ínfima a quantidade de substâncias entorpecentes e de dinheiro encontrados em seu poder: 0,4 g de crack e R\$ 5,00 em espécie (fl. 53).

Diante de tais considerações, entendo que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o tráfico de drogas. O que se tem dos elementos coligidos aos autos é uma avaliação subjetiva acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, a partir de elementos insuficientes para lastrear uma condenação a pena tão grave.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que *somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), pode lastrear uma condenação*. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Em decorrência da presunção de inocência, em sua vertente de um *regra probatória*, não se pode transferir ao acusado a prova do que o Ministério Público afirma na imputação original e, no particular, *não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em poder do acusado*. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão.

Apenas faço a observação de que nada impede que um portador de 0,4 g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa ser responsabilizado pelo delito de tráfico de drogas. Pode, evidentemente, estar travestido de usuário, até o ponto em que, contrastado pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, venha a ser condenado pelo comércio espúrio.

No entanto, no caso ora em análise, a ausência de diligências investigatórias que apontem, *de maneira inequívoca*, para a narcotraficância por parte do acusado – e não apenas a acenada existência de ponto de comércio de drogas no local em que ele se encontrava ou seu passado criminal – evidencia

ser desautorizada a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, notadamente porque o ora paciente não foi flagrado ou observado comercializando drogas ou entregando substâncias entorpecentes a terceiros, de maneira que a conclusão sobre sua conduta decorreu de avaliação subjetiva não amparada em substrato probatório idôneo a corroborar a acusação.

IV. A eficiência e a economia da atuação estatal

Salta aos olhos, ainda, o fato de o *Ministério Público* haver direcionado seus recursos humanos e materiais – que se imagina não serem tantos, diante da quantidade de casos bem mais graves a investigar e a trazer ao Judiciário – para insurgir-se contra a sentença desclassificatória, que, corretamente, aplicou o princípio do *in dubio pro reo*. Preferiu interpor recurso de apelação e parece ter se dado por satisfeito ao ver um jovem flagrado com *menos da metade de um grama de crack* ser condenado a uma pena de mais de 7 anos de reclusão, *em um contexto de absoluta precariedade do sistema carcerário brasileiro, a ponto de nossa Corte Suprema atribuir-lhe um “estado de coisas inconstitucional” (ADPF n. 347/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio).*

Não posso deixar de externar o entendimento de que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*), se espera – mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibrada ponderação – uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições “converta os agentes de execução do Ministério Público em simples ‘despachantes criminais’, ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena.” (Paulo César Busato, O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124).

Será mesmo, em uma proposta de reflexão institucional, que se considera acertado o caminho trilhado pelo representante ministerial e acatado pela Corte estadual? É sustentável, no mundo atual – após uma frustrada guerra cinquentenária ao comércio de drogas – impor-se uma pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, a alguém flagrado com 0,4 g de crack?

V. Desnecessidade de revolvimento de matéria fático-probatória

Apenas por cautela, revela necessário enfatizar que, especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 *não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória*, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

O caso em análise, diversamente, *requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos – já referidos linhas atrás, os quais já estão delineados nos autos – e das provas* que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória. Depende, ademais, da definição, *meramente jurídica*, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pela instância de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, *vis-à-vis* os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

Recentemente, em sessão de julgamento ocorrida em 14/9/2021, esta colenda Sexta Turma, em caso semelhante – apreensão de 4,8 gramas de cocaína –, também considerou devida a desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Penal. Tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). Excepcional afastamento da imputação ministerial (art. 33 da Lei de Drogas). Desclassificação. Reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva. Recurso especial provido. Extinta a punibilidade, de ofício.

1. Na distribuição estática do ônus da prova, no processo penal, compete ao Ministério Público provar os elementos do fato típico e, na hipótese em apreço, não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas somente com base na quantidade de entorpecente apreendido na posse do Recorrente – 4,850g de cocaína –, muito menos nas declarações no sentido de que existiriam “denúncias apontando o acusado como traficante” (*notícia criminis* inqualificada), ou que ele teria demonstrado “inquietação incomum ao se deparar com a viatura policial, em área conhecida pelo comércio de entorpecentes”. Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade. Precedentes do STJ.

2. No caso, a condenação está lastreada em depoimentos de policiais que, por sua vez, além de narrarem as insuficientes circunstâncias em que ocorreu o flagrante, reportaram apenas ao conteúdo de denúncias anônimas de que o Recorrente exerceria o tráfico.

3. Concluir que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor direito na condenação do Recorrente não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico.

4. Nos termos do art. 30 da Lei n. 11.343/2006, tratando-se do delito de posse de drogas para consumo próprio, “[p]rescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas”. E, sendo o Recorrente à época dos fatos, menor de 21 anos, deve tal prazo ser contado pela metade, nos termos do art. 115 do Código Penal, perfazendo-se, na hipótese, em 1 (um) ano, razão pela qual, de ofício, declaro a prescrição da pretensão punitiva estatal. No caso, entre a data do recebimento da denúncia – 12/06/2018 – e a data do acórdão condenatório – 25/06/2019 –, transcorreu lapso temporal superior a 1 (um) ano e, por consequência, consumou-se a prescrição.

5. Recurso especial provido para desclassificar a conduta imputada ao Recorrente para o delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, de ofício, é declarada a extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos dos arts. 107, inciso IV, e 115, ambos do Código Penal, c.c. o art. 30 da Lei n. 11.343/2006.

(REsp n. 1.915.287/PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., acórdão pendente de publicação).

Por fim, esclareço que, embora desclassificada a conduta para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, *não há*, ao menos por ora, elementos *suficientes* nos autos para que seja eventualmente reconhecida a ocorrência da prescrição em favor do paciente, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável, haja vista que ele ostenta outras duas condenações pela prática do delito de tráfico de drogas (Processo n. 0010194-84.2011.8.26.0451 e Processo n. 0037540-10.2011.8.26.0451).

VI. Dispositivo

À vista do exposto, *concedo a ordem*, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1501388-12.2020.8.26.0599).

Ainda, determino a imediata expedição de alvará de soltura em favor do acusado, *se por outro motivo não estiver ou não houver a necessidade de ser preso*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 145.501-RJ (2021/0103507-2)

Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF
1ª Região)

Recorrente: Alexandre Pereira Cardoso

Advogado: João Pedro Coutinho Barreto - RJ210903

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Organização criminosa. Peculato. Cruz Vermelha Brasileira/RS. Contrato de Gestão n. 7/2016. Município do Rio de Janeiro. Medida cautelar diversa de prisão. Suspensão da atividade empresarial junto ao poder público em geral. Decurso de dois anos. Rescisão do contrato da CVB/RS com o Município do Rio de Janeiro. Excesso de cautelaridade. Maltrato aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ilegalidade.

1. Em 12/12/2018, foi expedido o mandado de prisão preventiva do recorrente, e, posteriormente, em 9/8/2019, houve a substituição da prisão pela proibição e/ou suspensão da celebração de instrumentos contratuais com a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, bem como, com entidades do terceiro setor, regidas pelas Leis 9.638/97 (organizações sociais) ou 9.790/99 (organizações da sociedade civil de interesse público); proibição de manter contato com os demais réus, por qualquer meio, inclusive eletrônico ou telefônico; e proibição de ausentar-se do Estado do Rio de Janeiro sem autorização do juízo (art. 319, III, IV e VI - CPP).

2. Na dicção da decisão que prescreveu as medidas cautelares, confirmada pelo Tribunal de Justiça/RJ, “Com relação aos pedidos de revogação de prisão preventiva deduzidos pelas defesas técnicas dos acusados que a denúncia classificou como “núcleo de fornecedores”, entendendo que assiste razão ao Ministério Público ao afirmar ser de

crucial importância, no que toca a necessidade de manutenção da ordem pública, o fato de se identificar, além da rescisão dos contratos celebrados com a CVB-RS, a inexistência de contratos em vigor com o poder público nos quais as pessoas jurídicas, controladas de forma direta ou indireta pelos acusados, figuram como beneficiárias. Isto porque, na medida em que não há notícia da existência de contratos em plena vigência com o poder público, a reiteração de eventual conduta criminosa se torna de difícil ocorrência.”

3. As medidas cautelares devem ser ministradas pelo binômio *necessidade*, à vista da aplicação da lei penal, da investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; e *adequação*, avaliada pela gravidade do crime e pelas circunstâncias e condições pessoais do indiciado ou acusado do fato (art. 282, I e II - CPP), não podendo ser tidas como permanentes, mas apenas enquanto visarem um resultado útil para a investigação ou o processo de fundo (cautelaridade).

4. Embora o quadro acusatório ainda possa ter sustentabilidade em relação ao Município do Rio de Janeiro, ele não mais se justifica, em termos de cautelaridade, em relação à demais esferas do Poder Público, notadamente com a rescisão dos ajustes com a CVB/RS.

5. Pesadas acusações constam contra o impetrante e demais imputados, mas é preciso que venham a ser confirmadas na instrução, com contraditório e ampla defesa, não se justificando de logo que a cautelar do inciso VI do art. 319 do CPP seja praticada ou assim continue com tamanha extensão, quiçá mais rigorosa do que uma sentença condenatória.

6. A medida cautelar em referência, já uma demasia no seu devido tempo (08/2019), dado o excesso de cautelaridade à vista da imputação da denúncia (art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013, e art. 312 - CP), agora, mais de dois anos depois, com a rescisão dos contratos com a CVB/RS, organização social responsável pela execução do Contrato de Gestão n. 07/2016, celebrado com o Município do Rio de Janeiro, e na medida em que não há notícia da existência de contratos em plena vigência com o poder público (afastando a possibilidade de reiteração da conduta criminosa), maltrata os princípios da razoabilidade, proporcionalidade (vedação do excesso) e adequação.

7. Recurso em *habeas corpus* provido em parte. Limitação da proibição de contratar do recorrente, sócio administrador da sociedade empresária qualificada nos autos, *Dagu Alimentos e Serviços Eireli*, apenas em relação ao Município do Rio de Janeiro, mantidas as demais medidas cautelares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). João Pedro Coutinho Barreto, pela parte recorrente: Alexandre Pereira Cardoso

Brasília (DF), 28 de setembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Presidente

Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Relator

DJe 4.10.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região): — Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fls. 53-59):

Habeas corpus. Alentado constrangimento ilegal, que exsurge do ato judicial, que indeferiu o pleito de revogação da medida cautelar, diversa da prisão, imposta ao ora paciente, e que consiste na proibição e/ou suspensão de contratar, na qualidade de sócio administrador da sociedade empresária, '*Dagu Alimentos e Serviços Eireli*' com todas as esferas do Poder Público. Aduz, o impetrante, com a ausência de fundamentação idônea, à manutenção da referida medida cautelar, a qual, estaria tornando a situação financeira da empresa, inviável, eis que esta, tem como sua fonte principal de receita, a contratação com entes públicos. Requer, o

ora impetrante, que seja revogada a mencionada cautelar imposta ao ora paciente, ou, subsidiariamente, que seja restrita, ao âmbito municipal, onde, sustenta que teria ocorrido o suposto dano ao erário. Paciente, que foi denunciado, juntamente com 21 corréus, pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei 12.850/13, e art. 312 do CP; tendo sido atribuída ao ora paciente, a conduta de, atuando como sócio administrador, da sociedade empresária “*Dagu Alimentos e Serviços Ltda.*”, [...]. À unanimidade, foi denegada a ordem.

Consta dos autos que o Ministério Público apresentou denúncia em desfavor do recorrente, na qual lhe é imputada a prática do delito tipificado no art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei 12.850/13, e no art. 312 do CP, porquanto, na condição de sócio administrador, teria formulado propostas de preços superfaturados para a Organização Social Cruz Vermelha Brasileira - RS; firmado contratos e emitido notas fiscais em valores superestimados com essa entidade, além de ter recebido valores excessivos.

O recorrente pretende a revogação da medida cautelar diversa da prisão preventiva que lhe foi imposta, consistente na proibição ou suspensão de contratar com o Poder Público, na qualidade de sócio administrador da sociedade empresária qualificada nos autos, com todos os entes federativos, ou, subsidiariamente, que seja restrita ao âmbito municipal.

Nas razões recursais, apontou afronta ao artigo 315, § 2º, inciso IV, do CPP, ao incorrer em manifesta presunção de culpabilidade.

Sustentou que não houve superfaturamento nos contratos entabulados com a empresa que administra, bem como que não restou comprovado de que forma teria o agente desviado a verba pública objeto da conduta criminosa imputada, e que as medidas cautelares diversas da prisão devem ser aplicadas com o objetivo de evitar a prática de infrações penais, e devem ser devidamente adequadas à gravidade do crime, bem como às circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado, mas que, na hipótese, a suspensão e/ou proibição de contratar com o Poder Público do recorrente em nada se afeiçoa a tais parâmetros.

Ressaltou ainda que se encontra submetido à medida restritiva de contratar com a Administração Pública há, aproximadamente, 1 ano e 5 meses, e que não se mostrando razoável que a aludida providência cautelar se arraste no tempo, sem o encerramento da instrução processual.

O pedido é para que seja revogada a medida cautelar diversa da prisão aplicada, ou, subsidiariamente, a sua modulação para alcançar a restrição apenas em relação à esfera pública local.

A liminar foi indeferida. As informações foram prestadas. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento, em parte, do recurso e pelo seu desprovimento na extensão conhecida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) (Relator): — Conforme relatado, o recorrente busca a revogação da medida cautelar de proibição e/ou suspensão de contratar com o Poder Público, e, subsidiariamente, a modulação da referida medida no sentido de que seja revista a incidência da restrição e que ela vigore somente em relação ao Município do Rio de Janeiro, o qual é responsável pela execução do contrato de gestão n. 007/2016.

Conforme as informações prestadas (fl. 2.089-2.098), o recorrente Alexandre Pereira Cardoso foi denunciado juntamente com mais 21 corréus pela (suposta) prática dos injustos penais elencados nos artigos 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013, e 312, 2ª parte, do Código Penal.

Em 12/12/2018, foi expedido o mandado de prisão preventiva, e, posteriormente, em 9/8/2019, houve a substituição da prisão pela proibição e/ou suspensão da celebração de instrumentos contratuais com a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, bem como, com entidades do terceiro setor, regidas pelas Leis 9.638/97 (organizações sociais) ou 9.790/99 (organizações da sociedade civil de interesse público); proibição de manter contato com os demais réus, por qualquer meio, inclusive eletrônico ou telefônico; e proibição de ausentar-se do Estado do Rio de Janeiro sem autorização do juízo (art. 319, III, IV e VI - CPP).

A decisão que substituiu a prisão preventiva por outras medidas cautelares restou assim fundamentada (fls. 1.710-1.712):

[...]

Com relação ao pedido de revogação da prisão preventiva, aduzem, em apertada síntese, que não se encontram mais presentes os requisitos do artigo

312 do CPP. Destacam o encerramento da instrução criminal sob o prisma da acusação, não havendo que se falar em risco de destruição de provas uma vez que a diligência de busca e apreensão foi concluída e todos os documentos já se encontram em poder do Ministério Público.

As defesas de Alexandre Pereira Cardoso, Rodrigo de Andrade Bicalho, Adalberto da Silva Ribeiro, Roberto Calmon, José Marcelo Moreira, Flavio Rubens Barreto e Paulo Alves Rodrigues ressaltaram que os contratos mantidos com a Cruz Vermelha Brasileira não se encontram mais em vigor, não havendo, assim que se falar em possibilidade de reiteração da suposta conduta criminosa imputada aos mesmos.

As defesas técnicas dos quatro primeiros aduziram, ainda, que as pessoas jurídicas que representam não mais possuem contratos públicos de qualquer natureza. O Ministério Público em sua manifestação de fls. 13.211/13.223 não apresentou objeção em relação aos pedidos de revogação da prisão preventiva dos acusados Alexandre Pereira Cardoso, José Marcelo Moreira, Adalberto da Silva Ribeiro, Flavio Rubens Barreto, Roberto Kremser Calmon e Rodrigo de Andrade Bicalho. Afirma ser determinante além de identificar que os instrumentos contratuais com a CVB-RS restaram rescindidos, ter sido constatado que não foram identificados outros contratos em vigor com o poder público em que as pessoas jurídicas, controladas direta ou indiretamente pelos referidos réus, figurem na qualidade de beneficiárias. Pleiteia a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão elencadas à fl. 13.222 (parte final) e 13.223.

2) Com relação aos pedidos de revogação de prisão preventiva deduzidos pelas defesas técnicas dos acusados que a denúncia classificou como "núcleo de fornecedores", entendo que assiste razão ao Ministério Público ao afirmar ser de crucial importância, no que toca a necessidade de manutenção da ordem pública, o fato de se identificar, além da rescisão dos contratos celebrados com a CVB-RS, a inexistência de contratos em vigor com o poder público nos quais as pessoas jurídicas, controladas de forma direta ou indireta pelos acusados, figuram como beneficiárias. Isto porque, na medida em que não há notícia da existência de contratos em plena vigência com o poder público, a reiteração de eventual conduta criminosa se torna de difícil ocorrência. A ordem pública, neste momento processual, pode ser salvaguardada com a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, que impeçam que os réus, através das pessoas jurídicas que representam, contratem com o poder público.

Como já mencionado a aplicação de medidas cautelares à prisão previstas no artigo 319 do CPP, faz-se necessária a fim de evitar o risco de reiteração de eventual conduta criminosa.

Desta forma revogo a prisão preventiva de Alexandre Pereira Cardoso, José Marcelo Moreira, Adalberto da Silva Ribeiro, Flavio Rubens Barreto, Roberto Kremser Calmon e Rodrigo de Andrade Bicalho e aplico, em substituição as medidas cautelares indicadas pelo Ministério Público, quais sejam: *i) proibição*

e/ou suspensão da celebração de instrumentos contratuais com a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, bem como, com entidades do terceiro setor, regidas pelas Leis 9638/97 (organizações sociais) ou 9790/99 (organizações da sociedade civil de interesse público) - artigo 319, VI; ii) proibição de manter contato com os demais réus, por qualquer meio, inclusive eletrônico ou telefônico - artigo 319,111; iii) proibição de ausentar-se do Estado do Rio de Janeiro sem autorização do juízo - artigo 319, IV;

[...]

A decisão que aplicou as medidas cautelares diversas da prisão ao recorrente, ainda que possa ostentar fundamentação idônea para o seu tempo, ao afirmar que “a aplicação de medidas cautelares à prisão previstas no artigo 319 do CPP, faz-se necessária a fim de evitar o risco de reiteração de eventual conduta criminosa”, impediu a contratação da empresa ora investigada com o Poder Público em geral, porquanto agiria, aparentemente, com o único e específico propósito de superfaturar os respectivos contratos e assim desviar recursos públicos, extensão que não mais se justifica, menos ainda depois de dois anos.

As medidas cautelares devem ser ministradas pelo binômio *necessidade*, à vista da aplicação da lei penal, da investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; e *adequação*, avaliada pela gravidade do crime e pelas circunstâncias e condições pessoais do indiciado ou acusado do fato (art. 282, I e II - CPP), não podendo ser tidas como permanentes, mas apenas enquanto visarem um resultado útil para a investigação ou o processo de fundo (cautelaridade).

Consta da decisão de primeiro grau a necessidade de resguardar a Ordem Pública, sendo de crucial importância “o fato de se identificar, além da rescisão dos contratos celebrados com a CVB-RS, a inexistência de contratos em vigor com o poder público nos quais as pessoas jurídicas, controladas de forma direta ou indireta pelos acusados, figuram como beneficiárias. Isto porque, na medida em que não há notícia da existência de contratos em plena vigência com o poder público, a reiteração de eventual conduta criminosa se torna de difícil ocorrência”.

Já da decisão que prescreveu as medidas cautelares, em agosto de 2019, consta que:

[...] 2) Com relação aos pedidos de revogação de prisão preventiva deduzidos pelas defesas técnicas dos acusados que a denúncia classificou como “núcleo de fornecedores”, entendo que assiste razão ao Ministério Público ao afirmar ser de crucial importância, no que toca a necessidade de manutenção da ordem pública, o fato de se identificar, além da rescisão dos contratos celebrados com a CVB-RS, a inexistência de contratos em vigor com o poder público nos quais as pessoas jurídicas, controladas de forma direta ou indireta pelos acusados, figuram como beneficiárias. Isto porque, na medida em que não há notícia da existência de contratos em plena vigência com o poder público, a reiteração de eventual conduta criminosa se torna de difícil ocorrência. A ordem pública, neste momento processual, pode ser salvaguardada com a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, que impeçam que os réus, através das pessoas jurídicas que representam, contratem com o poder público.

Como já mencionado a aplicação de medidas cautelares à prisão previstas no artigo 319 do CPP, faz-se necessária a fim de evitar o risco de reiteração de eventual conduta criminosa.

Antes disso, e quando do decreto prisional que veio a ser revogado, constava (fls. 1.591, 1.595-1.596):

[...]

*O principal foco de atuação da organização criminosa foram os recursos oriundos dos repasses efetuados por entes de Administração Direta (fluminense e paraibano) à **Cruz Vermelha Brasileira** filial **Rio Grande do Sul**, especialmente para a administração de unidades de saúde em ambos os Estados da Federação, como também na capital fluminense.*

Contudo, outros entes federativos também sofreram a ação dos denunciados.

A pretexto de bem servir aos usuários de Sistema Único de Saúde, a malta teve acesso a aproximadamente R\$ 2 bilhões de reais em recursos públicos.

Destes valores, estima-se que R\$ 650 milhões de reais são oriundos ou do Estado ou do Município do Rio de Janeiro. Neste último, a CVB-RS aportou em agosto de 2015, e posteriormente passou a captar recursos do erário estadual. (fls. 1.591)

[...]

e) *Rodrigo de Andrade Bicalho e Alexandre Pereira Cardoso*

De acordo com o narrado na denúncia, durante a gestão da CVB - RS nas unidades de saúde tanto do Município quanto do Estado do Rio de Janeiro, os maiores beneficiários foram o grupo empresarial composto por *Dagu Alimentos e Serviços Eireli e Adrades Gestão Empresarial e Serviços Eireli*.

O controle de ambas as pessoas jurídicas é exercido com primazia pelo denunciado Rodrigo de Andrade Bicalho, que se vale das atividades do denunciado *Alexandre Pereira Cardoso*, que segue as coordenadas do primeiro.

A *Dagu Alimentos* é a principal prestadora de serviços da CVB - RS no Estado do Rio de Janeiro auferindo, de acordo com informações constantes da inicial, quase R\$ 21,0 milhões de reais pelo fornecimento de alimentação hospitalar em diversas unidades de saúde geridas pela OS. Impressiona o fato de que até julho de 2016 era somente uma empresa de comércio de móveis e decorações.

Assim, coube a **Alexandre Cardoso**, sob a orientação de **Rodrigo Bicalho**, utilizar-se da empresa de móveis em nome de seu irmão **Antonio Carlos Pereira Cardoso**, para transformá-la em uma empresa de alimentação apta a participar do esquema criminoso de desvio dos recursos geridos pela organização social.

Consumada a improvável transformação da modesta empresa de móveis em milionária fornecedora de alimentação hospitalar, **Alexandre Pereira Cardoso** passou à prática de atos de gestão da **Dagu Alimentos**, inicialmente na qualidade de procurador, e posteriormente como administrador de empresa individual, mas sempre sob o comando de **Rodrigo Bicalho**.

Como ficou demonstrado através das investigações, *Rodrigo de Andrade Bicalho* e *Alexandre Pereira Cardoso* são os reais administradores da *Dagu Alimentos* e *Serviços Eireli* desde sua constituição, ainda que *Alexandre Cardoso* somente tenha adquirido formalmente o capital social da empresa em 11/10/2017.

Assim, *Rodrigo de Andrade Bicalho* e *Alexandre Pereira Cardoso*, previamente ajustados com o líder da organização criminosa, *Daniel Gomes da Silva*, tiveram como função direcionar o funcionamento da citada empresa para que essa passasse a integrar a rotina do grupo delinquente e se tornasse meio do desvio de recursos públicos.

Restou ainda demonstrado que além de agir juntamente com *Alexandre Pereira Cardoso* na gestão da *Dagu Alimentos*, o denunciado *Rodrigo de Andrade Bicalho* ainda exerce mais uma função dentro do esquema criminoso, enquanto administrador e controlador da empresa *Andrades Gestão Empresarial e Serviços Eireli*.

Repetindo rotina observada entre os demais integrantes do núcleo empresarial da organização criminosa, **Rodrigo de Andrade Bicalho**, igualmente em prévio ajuste com o comandante **Daniel Gomes da Silva**, direcionou a atuação da pessoa jurídica por ele controlada para que a mesma atendesse aos interesses do grupo, passando aquela a contratar com a **Cruz Vermelha Brasileira - Filial Rio Grande do Sul** para a prestação de serviços de limpeza em unidade hospitalar por esta administrada.

Restou confirmado, segundo a denúncia, que **Dagu Alimentos** e **Andrades Gestão** integram um mesmo grupo empresarial, administrado por **Rodrigo de Andrade Bicalho** e **Alexandre Pereira Cardoso**, e vem recebendo pagamentos superfaturados da **Cruz Vermelha Brasileira - Filial do Estado do Rio Grande do Sul**, de modo a viabilizar o levantamento em espécie dos valores excedentes, os quais são então movimentados de forma clandestina para a organização criminosa, sem deixar vestígios no sistema financeiro.

Encontram-se presentes a ousadia e a reiteração delitiva o que se verifica a partir das particularidades com que os delitos continuados são praticados, sendo necessária a prisão preventiva como forma de garantia da ordem pública.

Ao mesmo tempo, não se vislumbra a prática da atividade laborativa lícita. Aos mesmos não pode ser dado o rótulo de “empresários” a fim de os diferenciar dos criminosos comuns. A custódia cautelar dos mesmos se impõe para garantir a aplicação da lei penal.

[...]

Essa impressão, de possíveis efeitos da atuação do impetrante fora do Município do Rio de Janeiro, o qual é responsável pela execução do contrato de gestão n. 007/2016, especialmente com a CVB/RS, não mais subsiste em termos de cautelaridade, pois, como afirma a decisão de primeiro grau, confirmada pelo acórdão recorrido, com a “rescisão dos contratos celebrados com a CVB-RS, a inexistência de contratos em vigor com o poder público nos quais as pessoas jurídicas, controladas de forma direta ou indireta pelos acusados, figuram como beneficiárias” torna desnecessária a vedação universal de contratação com o poder público em geral, quiçá uma demasia em relação ao processo, sem falar que, “na medida em que não há notícia da existência de contratos em plena vigência com o poder público, a reiteração de eventual conduta criminosa se torna de difícil ocorrência.”

Extrai-se da decisão que decretou as medidas cautelares que “coube a *Alexandre Cardoso*, sob a orientação de *Rodrigo Bicalho*, utilizar-se da empresa de móveis em nome de seu irmão *Antonio Carlos Pereira Cardoso*, para transformá-la em uma empresa de alimentação apta a participar do esquema criminoso de desvio dos recursos geridos pela organização social”; e que “consumada a improvável transformação da modesta empresa de móveis em milionária fornecedora de alimentação hospitalar, *Alexandre Pereira Cardoso* passou à prática de atos de gestão da *Dagu Alimentos*, inicialmente na qualidade de procurador, e posteriormente como administrador de empresa individual, mas sempre sob o comando de *Rodrigo Bicalho*” (fls. 1.585-1.600).

Consta também da decisão impugnada que “restou confirmado, segundo a denúncia, que *Dagu Alimentos* e *Andrades Gestão* integram um mesmo grupo empresarial, administrado por *Rodrigo de Andrade Bicalho* e *Alexandre Pereira Cardoso*, e vem recebendo pagamentos superfaturados da *Cruz Vermelha Brasileira - Filial do Estado do Rio Grande do Sul*, de modo a viabilizar o levantamento em espécie dos valores excedentes, os quais são então movimentados de forma clandestina para a organização criminosa, sem deixar vestígios no sistema financeiro” (fl. 1.596).

Mas, como visto, embora esse quadro acusatório ainda possa ter sustentabilidade em relação ao Município do Rio de Janeiro, ele não mais se justifica, em termos de cautelaridade, em relação à demais esferas do Poder Público, notadamente com a rescisão dos ajustes com a CVB/RS.

Relembre-se que a medida cautelar consistiu na proibição e/ou suspensão da celebração de contratos com a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, e com entidades do terceiro setor, regidas pelas Leis 9.638/97 (organizações sociais) ou 9.790/99 (organizações da sociedade civil de interesse público), o que, na no seu devido tempo, já se afigurava uma demasia ou excesso de cautelaridade à vista da imputação da denúncia (art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013, e art. 312 - CP).

Pesadas acusações constam contra o impetrante e demais imputados, mas é preciso que venham a ser confirmadas na instrução, com contraditório e ampla defesa, não se justificando de logo que a cautelar do inciso VI do art. 319 do CPP seja praticada ou assim continue com tamanha extensão, quiçá até mais rigorosa do uma sentença condenatória.

Pode-se afirmar que a medida cautelar imposta não é excessiva ou desproporcional, pois nada impediria que a empresa voltasse a atuar, licitamente, conforme o ato constitutivo originário, no comércio de móveis e decoração, ou mesmo mantivesse o exercício de suas atividades no ramo da alimentação junto a pessoas jurídicas de direito privado.

Esta Corte Superior tem precedentes, segundo os quais, a medida cautelar de suspensão da atividade empresarial com o Poder Público não ofende a livre iniciativa, e não, necessariamente, impossibilita a sobrevivência da empresa, pois não a impede de exercer sua atividade econômica, contratando com outros clientes que não o Estado. *Inter alios*, sirva de ilustração o seguinte aresto:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Medida cautelar penal. Proibição de contratar com o Poder Público. Suspeita de cometimento dos delitos previstos nos arts. 89, *caput*, 92, *caput*, 96, I, da Lei 8.666/1993 e 288, *caput*, do Código Penal. Necessidade de evitar a reiteração delitiva. Possibilidade. Ausência de ilegalidade ou teratologia na decisão impetrada. Recurso em mandado de segurança não provido.

1. A lei processual penal autoriza a imposição de medidas cautelares pelo magistrado, mesmo de ofício e inaudita altera pars, tanto com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal, quanto com o de possibilitar a coleta de provas e de evitar a prática ou a reiteração de infrações penais, sem que tais medidas impliquem violação a direitos garantidos constitucionalmente, como, p. ex., o direito ao contraditório e à ampla defesa, que podem ser exercidos em momento diferido, ou ao livre exercício da atividade empresarial que, inclusive, somente é amparado por garantia constitucional quando a atividade é lícita e exercida sem abuso.

2. *A imposição de suspensão do direito de contratar com o Poder Público, amparada no art. 319, VI, do CPP, é medida salutar que visa a evitar a continuidade da malversação do dinheiro público, quando existem fundadas possibilidades de que as condutas delitivas continuem a ser praticadas e existem de indícios de crimes de natureza financeira. O mesmo se diga da proibição de renovação de contrato. Precedentes: RHC 42.049/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, Sexta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/2/2014; HC 313.769/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, Sexta Turma, julgado em 1º/10/2015, DJe 26/10/2015; RMS 46.358/PE, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 31/10/2014; RHC 72.439/DF, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, julgado em 13/9/2016, DJe 20/9/2016; AgRg no RMS 59.921/TO, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, Quinta Turma, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019 e RHC 101.746/SP, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, Quinta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 25/10/2019.*

2. Situação em que a empresa impetrante e seu administrador são investigados por suspeita de envolvimento em dispensa ilegal de licitação, sob o falso pretexto de necessidade de contratação emergencial, assim como por prestação de serviços de suporte ao Serviço Móvel de Atendimento de Urgência - SAMU sem nenhum vínculo contratual e por envolvimento em conluio com agentes públicos (dentre eles o Presidente da Câmara Municipal de Vereadores e o Secretário de Saúde do Município) e com outras empresas para fraudar licitações municipais na área de saúde, determinando de antemão os ganhadores, atuando para burlar edital e combinando sobrepreço.

3. A imposição da medida de suspensão do exercício de atividade econômica ou financeira de pessoa física ou jurídica (dentro da qual se enquadra a proibição de contratar com o Poder Público, que nada mais é do que uma limitação parcial da atividade econômica) demanda, ao mesmo tempo, a identificação de indícios de crimes de natureza financeira e da possibilidade de reiteração delitiva. Precedentes.

4. Apresentados pelo Ministério Público indícios suficientes de conluio entre a impetrante, outras empresas e agentes públicos para fraudar licitações, bem como para contratar por meio de dispensa de licitação ilegal, não se revela necessário, para a concessão da medida cautelar, que sejam apresentadas provas exaustivas

e detalhadas dos delitos, até porque se espera que sejam colhidas ao longo da investigação. Na mesma linha, tampouco é necessário comprovar cabalmente, na fase investigatória preliminar, a existência e o montante específico do prejuízo causado ao erário como condição para deferimento da medida cautelar, requisito esse que somente poderia ser demandado no momento do recebimento da denúncia.

5. “A imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, VI, do CPP, não está sujeita a prazo definido, obedecendo sua duração, porém, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando-se em consideração o momento em que foi estabelecido o afastamento das funções públicas e a demonstração efetiva de sua necessidade para o alcance dos objetivos almejados na ação penal” (HC 392.096/MG, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 27/4/2018).

6. Não se revela desproporcional a proibição de contratar com o Poder Público sem fixação de prazo definido e estendida ao âmbito do Estado, se interceptações telefônicas e contratos juntados aos autos revelam o interesse da empresa impetrante em expandir suas atividades para outros Municípios e se existe o risco de restabelecimento de esquemas criminosos envolvendo a corrupção de agentes públicos para o sucesso em licitações.

7. *À míngua de prova em contrário, a proibição de contratar com o Poder Público não representa risco à sobrevivência da empresa, pois não a impede de exercer sua atividade econômica, contratando com outros clientes que não o Estado.*

8. Recurso em mandado de segurança a que se nega provimento. (RMS 60.090/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019)

Mas essas possibilidades, além de sair do ângulo básico da discussão — ilegalidade da cautelar do inciso VI do art. 319 - CPP, em extensão universal com o poder público —, não passam de realidades pouco factíveis, sobretudo pelo clima negativo e adverso no mundo empresarial advindo do processo.

A medida cautelar em referência, já uma demasia no seu devido tempo (08/2019), dado o excesso de cautelaridade à vista da imputação da denúncia (art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013, e art. 312 - CP), agora, mais de dois anos depois, com a rescisão dos contratos com a CVB/RS, organização social responsável pela execução do Contrato de Gestão n. 07/2016, celebrado com o Município do Rio de Janeiro, e na medida em que não há notícia da existência de contratos em plena vigência com o poder público (afastando a possibilidade de reiteração da conduta criminosa), maltrata os princípios da razoabilidade, proporcionalidade (vedação do excesso) e adequação.

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso em *habeas corpus*, para limitar a proibição de contratar do recorrente, na qualidade de sócio administrador da sociedade empresária qualificada nos autos, *Dagu Alimentos e Serviços Eireli*, em relação ao Município do Rio de Janeiro, mantidas as demais medidas cautelares.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 61.084-RJ
(2019/0167777-9)**

Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF
1ª Região)

Recorrente: Eventividade Marketing, Producoes e Consultoria Ltda

Outro Nome: Eventividade TQQ Marketing e Producoes Ltda ME

Advogados: Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma - RJ130730

Paulo Gomes Rangel Neto - RJ181957

Recorrido: Ministério Público Federal

Recorrido: União

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Medida cautelar. Bloqueio de ativos financeiros da sociedade empresária. Artigos 3º e 4º do Decreto-Lei n. 3.240/41 e art. 4º da Lei n. 9.613/98. Ausência de prova do uso da pessoa jurídica para a prática delitiva. Liberação de verbas. Recurso provido.

1. O acusado Carlos Arthur Nuzman e o sócio administrador da sociedade empresária recorrente, Leonardo Gryner, teriam atuado direta e ativamente em uma negociação espúria para que membros do Comitê Olímpico Internacional – COI, mediante o pagamento de altas somas em dinheiro provenientes da Organização Criminosa chefiada pelo então governador Sérgio Cabral, escolhessem a cidade do Rio de Janeiro para sediar as Olimpíadas de 2016.

2. A decisão de primeiro grau fundamentou a medida de constrição dos bens considerando que, “no caso dos autos, tendo em vista a prática, em tese, de delitos causadores de prejuízo à Administração Pública, incide a possibilidade de sequestro dos bens dos pretensos perpetradores, com fulcro no Decreto-Lei n. 3.240/1941 tal como requerido pelo MPF em sua promoção.”;

3. Ressaltou também que “além dos delitos de corrupção e de lavagem de dinheiro imputados a Arthur Cesar e Eliane, se está diante de crime de âmbito internacional, relativo à concretização do maior evento esportivo do planeta”; e que “a gravidade do tema é imensurável e a medida de constrição, caso comprovado o delito, não deve recair apenas sobre o montante efetivamente desviado, uma vez que é um caso de repercussão (negativa) internacional”.

4. Há indícios (prova leve) da atuação de uma suposta organização criminosa, liderada pelo ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, e formada pelo mais alto escalão do Governo do Estado, aliado a empresários e operadores financeiros, que teriam supostamente potencializado seus ganhos com a escolha do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016.

5. Mas não consta das decisões das instâncias de origem, nem da denúncia, como a recorrente, a sociedade empresária Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. ME, que tem personalidade jurídica própria, tenha sido utilizada pelo apontado grupo criminoso, no espectro fático das investigações, e se obteve alguma vantagem ilícita no suposto esquema de negociação espúria e, em caso positivo, quais os indícios dessa vantagem econômica. Registra-se, portanto, evidente ilegalidade na medida constritiva.

6. Esta Corte Superior registra precedentes segundo o quais, para o bloqueio de ativos financeiros de sociedades empresárias é necessário a existência de indícios veementes de que tenha sido usada na conduta criminosa.

7. Ademais, o bloqueio foi efetivado via BacenJud em 4/9/2017, como se extrai do processo n. 0507224-64.2017.4.02.5101, é dizer, o ativo financeiro da empresa encontra-se bloqueado há mais de 3 anos; a ação penal foi oficializada em 19/10/2017, e o processo está concluso para sentença desde 3/11/2020 (processo n. 0196181-

09.2017.4.02.5101/RJ), conforme a consulta eletrônica no *site* do Tribunal de origem realizada em 14/7/2021.

8. Recurso provido. Concessão do mandado de segurança. Desbloqueio, definitivo e incontinenti, da quantia de R\$ 137.749,67 (cento e trinta e sete mil, setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos), referente ao ativo financeiro bloqueado da sociedade empresária Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. ME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz dando provimento ao recurso, por maioria, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), que lavrará o acórdão. A Sra. Ministra Laurita Vaz e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região). Vencidos os Srs. Ministros Relator e Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Presidente

Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Relator

DJe 3.11.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. ME impetrou mandado de segurança contra ato do Juiz federal da 7ª Vara Criminal do RJ objetivando “liminarmente o desbloqueio de ativos da empresa para o pagamento de tributos, no montante de R\$ 46.869,17, até o julgamento de mérito do writ, e, ao final, seja concedida a segurança para determinar o desbloqueio definitivo da quantia de R\$ 137.749,67 que

constituem valores que não pertencem à impetrante, e sim a terceiros, incluindo o Estado” (fl. 12).

Como causa de pedir, sustenta a impetrante o cabimento de mandado de segurança para impugnar a decisão que não deferiu o desbloqueio de bens, a origem lícita dos valores bloqueados, a necessidade de pagar tributos e a previdência social. Alega, ainda, que a decisão questionada se equívoca na data que os valores ingressaram na conta da empresa e que não é possível inviabilizar atividade empresarial lícita.

A recorrente esclarece: “a decisão ora impugnada não é aquela que decretou a medida constritiva patrimonial, da qual caberia recurso, haja vista que o sócio da impetrante, que figurou como investigado, formulou pedido de desbloqueio de parte da quantia, sendo a decisão que indeferiu este pleito (fls. 3.746/3.747) a que se quer impugnar por meio da ação mandamental. Deve-se ressaltar, ademais, que a decisão que determinou o bloqueio de bens foi impugnada por meio de apelação, autuada sob o n. 05075338520174025101, ainda pendente de julgamento e que visa o desbloqueio total de bens, enquanto o presente mandamus tem como objeto apenas o desbloqueio parcial dos valores”. (fl.6)

A petição inicial de fls. 1-12 vem acompanhada de 10 mil páginas de documentos.

Parecer do MPF (fls.1318-1329) pela denegação da segurança, alegando, em síntese, ausência de comprovação do destino das verbas eventualmente liberadas, a necessidade e a adequação da medida constritiva em face dos crimes em investigação no Juízo de primeiro grau, estando presentes tanto o *fumus comissi delicti* quanto o *periculum in mora*. Além disso, sustenta o *Parquet* que a licitude ou não dos bens bloqueados é indiferente ao resultado do processo.

Acórdão do TRF da 2ª Região (fls. 10384-10399) unânime pela denegação da segurança, fundamentado na aplicação dos arts. 3º e 4º do Decreto-Lei n.º 3240/41 e artigo 4º da Lei n. 9613/1998, na jurisprudência pacífica do STJ de que a constrição pode incidir na integralidade do patrimônio do investigado (origem lícita ou ilícita) e que o risco de insuficiência patrimonial dos investigados é latente, uma vez que o prejuízo é estimado em 1 bilhão de reais.

A Corte de origem destaca que há limites ínsitos à ação mandamental que inviabilizam uma análise percuciente sobre a situação real da empresa, pois

demandaria um estudo aprofundado dos livros financeiros e das prestações de conta.

Inconformado com o acórdão, a impetrante interpõe recurso ordinário constitucional (fls. 10.411-10.422) reafirmando os argumentos da petição inicial e alegando, ainda, o risco de a empresa ir à falência. Em suas razões, destaca que os valores bloqueados entraram na conta da empresa somente em setembro de 2017, não tendo, portanto, relação com nenhum crime eventualmente praticado por um dos seus sócios.

Alega que o voto foi contraditório na medida em que, não sendo possível auferir, na via do mandado de segurança, a situação da empresa, como afirmar que os documentos seriam insuficientes para demonstrar a situação fática?

O Ministério Público Federal, às fls. 10.433-10.441, apresenta contrarrazões, sustentando a manutenção do acórdão recorrido e destacando a presença dos requisitos legais para o deferimento das medidas assecuratórias. Transcreve as principais passagens do caso concreto e cita que a decisão do Tribunal se amolda à jurisprudência do STJ.

Petição de contrarrazões da União pelo desprovimento do recurso, lastreada nos seguintes argumentos: a) o ordenamento jurídico dá suporte ao bloqueio dos bens, mesmo de origem lícita; b) o acórdão recorrido demonstra que os documentos trazidos pela impetrante não comprovam que o bloqueio, por si só, levaria a empresa à falência; c) o risco é inerente à atividade da impetrante, não podendo, portanto, ser transferido para o Estado, que tem dever legal de buscar o ressarcimento ao erário dos danos causados por atividades criminosas.

Parecer do MPF no STJ pelo desprovimento do recurso, defendendo, em síntese, que: a) a decisão de bloqueio dos bens está devidamente fundamentada e amparada na legislação; b) afirmar a necessidade de dilação probatória para exame de questões fáticas para apurar o equívoco na manutenção da decisão questionada e, ao mesmo tempo, afirmar que há documentos insuficientes nos autos não configura contradição no acórdão; c) o mandado de segurança exige prova de direito líquido e certo incontestado, sendo incabível o aprofundamento do contexto fático-probatório e, por fim; d) a ponderação de interesses, no presente caso, aponta pela necessidade de garantir a reparação dos danos ao erário. No parecer, há transcrições de vários trechos do inquérito da operação Unfair Player, reforçando a presença da probabilidade de prática de crimes pelo sócio da empresa impetrante.

VOTO

Ementa: Recurso em mandado de segurança. Legitimidade da aplicação dos arts. 3º e 4º do Decreto-Lei n. 3.240/1941 e artigo 4º da Lei 9.613/1998 quando presentes indícios de autoria e necessidade de assegurar eventual reparação de dano ao erário. Irrelevante se a constrição alcança os proventos da infração ou algum patrimônio de origem lícita. Alegação de risco de falência reforça necessidade de preservação dos valores para garantir ressarcimento ao erário. Ausência de previsão legal para liberação de valores em razão de eventual falência. Recurso em mandado de segurança conhecido e desprovido.

1. A constrição fundada no Decreto-Lei n. 3.240/1941 pode alcançar todo o patrimônio dos investigados, independente da origem lícita dos bens.

2. O risco de falência da impetrante, ao contrário de justificar a restituição, fortalece a necessidade de preservar o bloqueio, uma vez que reforça o risco de não haver bens suficientes para garantir a reparação do dano ao final do processo.

3. A Lei de Lavagem de Dinheiro também admite a possibilidade de manutenção da constrição patrimonial ocorrida no presente processo, uma vez que há indícios de envolvimento de um sócio da impetrante na prática de crimes graves e com prejuízo significativo ao erário.

4. Recurso ordinário conhecido e negada a segurança.

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

As alegações lançadas pela impetrante, no presente mandado de segurança, estão fundamentadas em situações fáticas, tais como necessidade de pagar fornecedores e tributos, risco de falência e origem lícita dos valores bloqueados. Na petição inicial, inclusive, não se constata nenhum dispositivo legal que ampare a sua pretensão, sendo possível afirmar que a questão principal deste recurso está centrada em analisar se esses argumentos são suficientes para afastar a constrição de bens e justificar a liberação patrimonial pretendida.

É de se destacar que o TRF da 2ª Região apontou que os documentos juntados aos autos não seriam suficientes para comprovar a situação fática apontada pela recorrente.

No recurso, há alegação de contradição por afirmar que “o voto revela-se contraditório, na medida em que afirma que não há como se imiscuir na análise detida dos documentos juntados aos autos e, logo em seguida, diz que eles não seriam suficientes. Ora, se análise detida dos documentos seria inviável na via estreita do writ, como foi constatada a insuficiência de documentos?” (fl. 10.422) O MPF, no seu parecer, demonstra que “não há contradição em afirmar que é necessário dilação probatória para examinar questões fáticas a ponto de revogar a decisão constritiva e, ao mesmo tempo, asseverar que os documentos que instruem o mandamus são insuficientes para se chegar a essa conclusão” (fl. 10.456).

É importante trazer a lume que o TRF da 2ª região deu destaque ao fato de que a apelação contra a totalidade das medidas assecuratórias foi julgada improcedente, sendo o objeto do presente mandamus um outro pedido de liberação, contudo parcial, dos mesmos valores bloqueados.

II. Possibilidade de o sequestro de bens, previsto no Decreto n. 3240/1941 e na Lei de Lavagem de Dinheiro, incluir bens de origem lícita.

O Decreto-Lei n. 3.240/41 prevê, em seus artigos 3º e 4º, que

Art. 3º Para a decretação do sequestro é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade, os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com indicação dos bens que devam ser objeto da medida.

Art. 4º O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave.

A simples leitura do dispositivo em comento permite constatar que o sequestro pode recair sobre todos os bens. Não há, nesse caso, diferentemente do sequestro do CPP, qualquer importância se a origem do bem é lícita ou ilícita, tendo o acórdão combatido adotado exatamente essa mesma interpretação.

A jurisprudência do STJ é pacífica ao afirmar que o sequestro, fundamentado no aludido decreto-lei, incide tanto nos bens ilícitos quanto nos bens lícitos do investigado ou até mesmo de terceiros. Nesse sentido:

Processo Penal Pedido de reconsideração conhecido como agravo regimental Seqüestro Dec. Lei 3.240/41 Inquérito instaurado em razão de suspeita de crime praticado contra a Administração Medida assecuratória de ressarcimento da Fazenda Pública.

1. Pedido de reconsideração conhecido como agravo regimental.

2. Mostra-se prescindível para a decretação do seqüestro regulado pelo Dec. Lei 3.240/41, o exame em torno da licitude da origem dos bens passíveis de constrição, sendo necessário apenas que haja indícios veementes de que os bens pertençam a pessoa acusada da prática de crime que tenha causado prejuízo à Administração Pública. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(CDESP no Inq 561/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 27/08/2009)

Penal. REsp. Seqüestro de bens. Delito que resulta prejuízo à Fazenda Pública. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Afronta ao art. 1º do Decreto-Lei 4.240/41. Configuração. Inaplicabilidade do art. 125 do CPP à espécie. Tipos que regulam assuntos diversos e têm existência compatível. Impropriedade da argumentação acerca do momento em que os bens seqüestrados foram adquiridos. Recurso conhecido pela alínea "a" e provido.

I. Impõe-se, para demonstração da divergência jurisprudencial a comprovação da divergência e a realização do confronto analítico entre julgados, de modo a evidenciar sua identidade ou semelhança, a teor do que determina o art. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ.

II. Não sobressai ilegalidade na decisão monocrática que, calcada na norma que visa ao seqüestro dos bens o quanto bastem para a satisfação de débito oriundo de crime contra a Fazenda Pública, determina o seqüestro de todos os bens dos indiciados.

III. O art. 1º do Decreto-Lei n. 4.240/41, por ser norma especial, prevalece sobre o art. 125 do CPP e não foi por este revogado eis que a legislação especial não versa sobre a mera apreensão do produto do crime, mas, sim, configura específico meio acautelatório de ressarcimento da Fazenda Pública, de crimes contra ela praticados. Os tipos penais em questão regulam assuntos diversos e têm existência compatível.

IV. Não há que se argumentar sobre o momento em que os bens submetidos a seqüestro foram adquiridos, pois o dispositivo do r. Decreto-Lei visa a alcançar tantos bens quanto bastem à satisfação do débitos decorrente do delito contra a Fazenda Pública.

V. Evidenciada a apontada afronta à legislação infraconstitucional, deve ser cassado o acórdão recorrido, a fim de ser restabelecida a decisão monocrática que

determinou o seqüestro de todos os bens dos ora recorridos, por seus judiciosos termos.

VI. Recurso conhecido pela alínea a e provido, nos termos do voto do relator.

(REsp n. 1.495.16/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª T, DJe 17/06/2002)

Com efeito, apesar de estar lastreado no Decreto-Lei n. 3.240/1941 e sendo este, por si só, suficiente para justificar a restrição patrimonial ora questionada, o *decisum* ainda utilizou como argumento para o sequestro a Lei de Lavagem de Capitais, sendo oportuno transcrever o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.613/1998:

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Depreende-se, portanto, da leitura do artigo que é plenamente possível a constrição de bens de origem lícita. Sobre o alcance da Lei de Lavagem de dinheiro sobre o patrimônio lícito de investigados ou de terceiros, Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini destacam:

No regime anterior, não havia qualquer ressalva, razão pela qual, havendo a comprovação da origem lícita, os bens, direitos ou valores constrictos eram integralmente liberados. Com a nova regra, ainda que demonstrada a licitude da aquisição do bem, direito ou valor, não haverá liberação total. Deverá ser mantida a constrição 'dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal', conforme o texto do dispositivo legal ora mencionado. De se observar que para haver tal óbice à liberação dos bens de origem lícita deve haver, ainda que com base em cognição sumária, autorizadora de juízo de probabilidade, uma estimativa concreta do valor dos danos a serem ressarcidos ou reparados, bem como de eventuais penas de prestação pecuniária e de multa, além das custas processuais. Se não houver qualquer estimativa concreta de tais valores, a liberação deverá ser total, sem qualquer retenção. (BADARO, Gustavo, BOTTINI, Pierpaolo. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9613/1998 com as alterações da lei 12683/12. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 p 367.)

Existe uma avaliação nos presentes autos tanto de danos patrimoniais quanto de danos morais. O TRF da 2ª Região teve a cautela, no acórdão questionado, de afirmar “que os bens constrictos não podem ficar sem uma

diretriz de administração judicial mínima, sob pena não só de se obstaculizar o funcionamento de empresas, mas sobretudo para que não restem prejudicados os próprios efeitos patrimoniais de uma eventual condenação.” (fl. 10.396). Com esse enfoque constitucional, preocupado com a reparação civil de eventuais danos, a manutenção da constrição também se justifica.

III. Impossibilidade de liberação de bens para pagamento de tributos ou para evitar a falência da impetrante por falta de previsão legal para tal medida.

Em que pese a narrativa da impetrante acerca da imprescindibilidade da liberação dos valores para viabilizar o pagamento de tributos e evitar a falência, é irrefutável que tais argumentos não podem servir de lastro para o deferimento do pedido porquanto os dispositivos legais indicam solução diversa.

Assinalo que, diante do interesse público, primário e secundário, de recuperar o que foi indevidamente subtraído do erário com a prática de crimes, o legislador fez a ponderação em abstrato e não trouxe previsão de que hipóteses fáticas, tais como as levantadas pela recorrente, poderiam servir de trunfos contra o poder público, pois não existe, na lei, nenhuma exceção que autorize reverter a constrição a partir dos fatos apresentados no caso em exame, que, embora relevantes, não asseguram tal direito.

Deve-se lembrar que a própria CF prevê no artigo 5º:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Constata-se que a obrigação de reparar o dano tem um *status* constitucional diferenciado pela sua natureza de direito fundamental, o que legitima as medidas assecuratórias que tenham por especial objetivo viabilizar a efetivação desse direito.

A questão levantada de que existe risco de falência, ao contrário do que sustenta a impetrante, reforça a necessidade da manutenção do bloqueio, porque torna mais vívida a hipótese de não haver, no futuro, bens suficientes para garantir a reparação ao erário.

A alegação de que os valores seriam utilizados para a quitação de tributos também não merece suporte, seja pela falta de previsão legal seja porque deixaria

a descoberto a reparação do dano criminal que deve ter um caráter preferencial do ponto de vista constitucional e da importância da vítima para o processo.

Concordo com o parecer do MPF no STJ de que não há qualquer contradição no acórdão recorrido e essa alegação da recorrente torna-se irrelevante para o deslinde da questão, uma vez que, como já explicado, mesmo que os documentos trouxessem prova irrefutável do risco de falência ou da necessidade de pagar tributos e fornecedores, ainda assim, tais situações não têm o condão jurídico de provocar a liberação da constrição patrimonial.

É de se lembrar, ainda, o argumento bem lançado nas contrarrazões da União ao afirmar que

Ora, como se percebe, o risco a que a recorrente se refere é inerente a sua forma de operar e não pode ser transferido para o Estado- que tem o dever de lançar mão dos instrumentos legais e processuais disponíveis para obter o ressarcimento de prejuízos causados por atividades criminosas a erário. (fl. 10.447)

Ausente a liquidez do direito ora pleiteado, justificada a manutenção da decisão objurgada.

IV. Dispositivo

Ante o exposto, *conheço do recurso e denego a segurança.*

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região): — Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto contra o acórdão assim ementado (fls. 10.398-10.399):

Mandado de segurança. Medidas cautelares patrimoniais. Artigos 3º e 4º do Decreto-Lei n. 3.240/41 e art. 4º da Lei n. 9.613/98. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* demonstrados. Proporcionalidade das medidas. Pessoa jurídica. Liberação de verbas. Funcionamento da empresa. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da ordem.

I - Medidas assecuratórias patrimoniais embasadas nos artigos 3º e 4º do Decreto-Lei n. 3.240/41 e art. 4º da Lei n. 9.613/98. Os requisitos das medidas assecuratórias impostas circunscrevem-se à prova da existência dos fatos e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*), bem como à demonstração da sua necessidade e suficiência para garantir seus fins, no caso, direcionadas à reparação dos danos causados ao Erário.

II - Denúncia e requerimento ministerial que descreveram funcionamento de associação criminosa de larga escala operando na dissimulação de valores provenientes direta ou indiretamente de crimes contra a Administração Pública, notadamente na compra de votos para a escolha do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016. Índícios suficientes de envolvimento.

III - O Decreto Lei n. 3.240/41 impõe sistemática mais grave de tratamento com relação às medidas assecuratórias e não foi revogado pelo Código de Processo Penal, orientação já pacificamente firmada pelo c. STJ. Possibilidade de incidência das medidas assecuratórias (sequestro/arresto) sobre todo o patrimônio dos agentes envolvidos, seja ele lícito ou ilícito.

IV - Em se tratando de crimes que teriam gerado prejuízo da ordem de 1 bilhão de reais é palpável o risco de insuficiência patrimonial. Periculum in mora demonstrado.

V - Na via estreita do mandado de segurança, não há como se imiscuir na análise detida dos documentos juntados aos autos e que, por certo, não seriam suficientes, por si só, para comprovar a situação da pessoa jurídica, o que prescinde, por óbvio, da análise sistemática dos livros da empresa e/ou de sua prestação de contas.

VI - Nesse contexto, reafirma-se que os bens constrictos não podem ficar sem uma diretriz de administração judicial mínima, sob pena não só de se obstaculizar o funcionamento de empresas, mas sobretudo para que não restem prejudicados os próprios efeitos patrimoniais de uma eventual condenação.

VII - Denegação da Segurança.

A recorrente pretende a reforma do acórdão do Tribunal de origem que denegou a segurança, a fim de que seja determinado o desbloqueio de ativos da empresa impetrante, Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. Me., no total de R\$ 137.749,67 (centro e trinta e sete mil setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos), para pagamento de tributos e fornecedores.

Consta nos autos que em 4/10/2017 foi deflagrada a operação policial “*Unfair Play II*”, e o Juízo de 1º grau deferiu o sequestro/arresto de bens móveis e imóveis de Leonardo Gryner e das pessoas jurídicas a ele vinculadas, entre elas a recorrente, no valor de até 1 bilhão de reais, conforme decisão proferida nos autos da medida cautelar inominada penal n. 0507224-64.2017.4.02.5101.

Sobreveio, então, a expedição de ofício para efetivação do bloqueio cautelar de ativos mantidos em instituições financeiras pela recorrente, empresa da qual o mencionado requerido/investigado é sócio administrador.

A recorrente afirma que, “diante do bloqueio e da necessidade de arcar com o pagamento de dívidas com fornecedores e até mesmo com o fisco, Leonardo

Gryner, investigado e sócio administrador da Recorrente, formulou dois pedidos de desbloqueio de valores, nos autos da medida cautelar n. 0507224-64.2017.4.02.5101. O primeiro deles requerendo a liberação de R\$ 109.184,96 e o segundo a liberação de mais R\$ 28.564,71, totalizando R\$ 137.749,67 (cento e trinta e sete mil setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos), que foram devidamente instruídos com toda a documentação comprobatória da origem lícita dos recursos e a prova de que os débitos e a prestação dos serviços eram regulares”.

Cita ainda várias transações comerciais lícitas referentes ao ativo financeiro bloqueado, além dos compromissos comerciais e tributários, afirmando que “os débitos supracitados decorrem essencialmente da atividade empresarial, que é lícita, e, portanto, constituem motivo apto a ensejar a liberação de valores”; e que “a constrição de bens não pode ter o condão de inviabilizar atividade empresarial lícita e, assim, levar a empresa à falência, o que acabará acontecendo se mantido o bloqueio”; e a “mais alta quantia bloqueada relacionada ao investigado Leonardo Gryner, qual seja, R\$ 287.778,28, pertencente, na realidade, à Recorrente, sociedade limitada da qual ele é sócio administrador, tem origem comprovadamente lícita, conforme já esclarecido em demasia”.

Sustenta ainda que “os documentos que instruíram os pedidos de liberação de valores atestam que o montante bloqueado entrou na conta da Recorrente em setembro/2017 e, portanto, certamente não possui vinculação com qualquer crime, em tese, praticado pelo sócio Leonardo Gryner”.

Ao final, requer “a segurança para determinar o desbloqueio definitivo da quantia de R\$ 137.749,67 (cento e trinta e sete mil setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos), que constituem valores que não pertencem à Recorrente, e sim a terceiros, incluindo o Estado”.

O Juiz de primeiro grau deferiu o bloqueio, com os seguintes fundamentos (fls. 3.253/3.281):

*Pois bem. Provas obtidas por decisões cautelares de afastamento de sigilo de dados telemáticos revelaram que, aparentemente, tanto o investigado **Carlos Arthur Nuzman** quanto o representado **Leonardo Gryner** atuaram direta e ativamente em numa negociação espúria para que membros do Comitê Olímpico Internacional – COI, mediante o pagamento de altas somas em dinheiro provenientes da Organização Criminosa – ORCRIM chefiada pelo então governador Sérgio Cabral, escolhessem a cidade do Rio de Janeiro para sediar as Olimpíadas de 2016.*

Como demonstra a mensagem eletrônica intitulada “RIO 2016”, endereçada a Papa Diack (imagem copiada em seguida) logo após a escolha da cidade do Rio de

Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016 (02/10/2009), em Copenhague, Dinamarca, enviada por *Leonardo Gryner*, este representado tinha conhecimento e envolvimento com negociação em curso, ainda pendente de pagamentos e a cujo respeito estava sendo cobrado (...).

Posteriormente outras mensagens eletrônicas foram trocadas entre Papa Diack, *Carlos Nuzman* e *Leonardo Gryner* (imagens apresentadas a seguir), todas com instruções para efetivação de pagamentos acordados e/ou cobranças pela demora das transferências bancárias internacionais (...).

Esta última mensagem faz referência expressa a cobranças por compromissos assumidos em Copenhague, inclusive com outras pessoas, e traz anexo documento com informações detalhadas a respeito da conta bancária da empresa *Pamodzi Sports Consulting*, de Papa Massata Diack, com expressa referência ao acordo financeiro firmado entre este e o representado *Leonardo Gryner*.

(...)

As referências feitas nos e-mail arrecadados dos investigados parecem confirmar o teor do depoimento prestado pelo atleta brasileiro Eric Walther Maleson perante o Ministério Público Francês e também às autoridades brasileiras, no sentido de que a delegação brasileira, composta por *Carlos Nuzman* e Ruy Cesar Miranda Reis, se dirigiu à Nigéria para apresentar o Rio de Janeiro aos países africanos, e posteriormente, Ruy Miranda Reis deu a entender que teria pago quantia para garantir a votação pela cidade fluminense. A respeito, veja-se ainda esta mensagem eletrônica enviada por Papa Diack para *Carlos Nuzman* e *Leonardo Gryner*:

(...)

Juntando-se tais informações aos registros encontrados na agenda do investigado *Carlos Nuzman*, mostra-se bem coerente a presunção apresentada pelo Ministério Público Federal de que “a referência a our friends (nossos amigos) está a indicar a votação em bloco na cidade-sede dos Jogos Olímpicos de 2016, por parte dos africanos”.

A proximidade entre o investigado *Carlos A. Nuzman* e o representado *Leonardo Gryner*, como sustenta o MPF, parece bem demonstrada, também a indicar a pertinência de ambos na Organização Criminosa – ORCRIM que vem sendo investigada na Força Tarefa da Lava Jato neste estado.

*Com efeito, o documento arrecadado por decisão cautelar deste Juízo (processo n. 0505679-56.2017.4.02.5101), é hábil para demonstrar que a estrutura burocrática do governo do Estado do Rio de Janeiro, justamente onde atuava a ORCRIM em questão, foi também utilizada pelo investigado **Carlos Nuzman** para produzir dossiê contra um de seus desafetos (Alaor Pinto Azevedo) o qual, nas palavras de Sérgio Cortes, possivelmente outro membro da referida ORCRIM e que responde preso à ação penal n. 0503870-31.2017.4.02.5101, estaria “limpo” apesar de o terem “virado do avesso”.*

(...)

Sem dúvida o comportamento do representado *Leonardo Gryner*, tão envolvido com os fatos ilícitos antes descritos e com a gigantesca ORCRIM que vem sendo investigada, reforça a suspeita trazida pelo MPF de que *seu relacionamento é muito mais estreito com o investigado Arthur Soares, que encontra-se foragido apesar de ter sua prisão preventiva decretada, e que é aparentemente um dos mais influentes membros da Organização Criminosa sob investigação, pois seguramente é um dos investigados com maior disponibilidade de recursos financeiros. Mais que isso, ao falsear a verdade Leonardo Gryner mostra sua disposição em tumultuar e dificultar a investigação em curso: uma coisa é não colaborar com a investigação, o que não pode ser censurado, outra coisa é mentir sobre fatos relevantes, o que demonstra ação tendente a impedir o trabalho investigativo.*

(...)

LEONARDO GRYNER foi membro do Comitê Olímpico Brasileiro, à época dos jogos Pan-americanos de 2007, e membro do Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos de 2016, tendo ingressado logo após a escolha do Rio de Janeiro como sede (2010).

Contudo, no ínterim entre os cargos no COB (2007 a 2010), LEONARDO aparecia como administrador da empresa Olympo Marketing e Licenciamento, que, curiosamente era constituída por três sócios: Confederação Brasileira de Esgrima, Confederação Brasileira de Remo e Comitê Olímpico Brasileiro, sendo este representado por NUZMAN, que inclusive figurava como responsável e administrador da pessoa jurídica Olympo.

Cumprir destacar que a empresa Olympo passou por averiguação, em procedimento do TCU (proc. 028.273/2010-9), por ter recebido pagamentos irregulares diretamente do COB no ano de 2008, justamente na gestão de Leonardo.

Ademais, conforme verificado na medida cautelar n. 0505267- 28.2017.4.02.5101, Leonardo Gryner mantinha contato frequente por email com Arthur Soares, indicado, repita-se, como o responsável por transferir o montante, supostamente, a título de propina ao integrante do comitê africano.

Outrossim, no depoimento de *Leonardo*, prestado na sede da Procuradoria do Ministério Público, ele afirma que teve contato com *Papa Massata Diack* (apontado como o receptor de montante referente aos votos), apesar de relatar não saber sobre pagamento de vantagens indevidas. E, assinala, ainda, ter viajado com a comitiva do Brasil para os eventos esportivos durante os anos de 2007 a 2010 e ter tido contato com Sérgio Cabral e Arthur Soares (fls. 251/254).

É ver que, pelo menos desde 2002, *Leonardo* está intimamente ligado às atividades geridas por *Carlos Arthur Nuzman* e a outros supostos membros da ORCRIM.

Além do que, em depoimento prestado perante a Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro, conforme exposto anteriormente, *Leonardo Gryner*, em juízo

preliminar, aparentemente faltou com a verdade com o objetivo de furtar-se às investigações.

(...)

4 – Pedido de bloqueio e indisponibilidade de bens

Pois bem, após a explanação sobre os investigados *Carlos Arthur Nuzman* e *Leonardo Gryner* bem como as pessoas jurídicas a eles vinculadas, na forma requerida pelo MPF, mostra-se imperioso deferimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens e ativos.

O Código de Processo Penal trata das medidas assecuratórias, sequestro de bens móveis e imóveis, hipoteca legal e arresto em seus artigos art. 125 e 132. Há previsão expressa de medidas assecuratórias também na Lei de Lavagem de Capitais em seu artigo 4º (com redação conferida pela Lei n. 12.683/2012) (...).

No caso dos autos, tendo em vista a prática, em tese, de delitos causadores de prejuízo à Administração Pública, incide a possibilidade de sequestro dos bens dos pretensos perpetradores, com fulcro no Decreto-Lei n. 3.240/1941 tal como requerido pelo MPF em sua promoção.

(...)

Com efeito, o sequestro tem a finalidade de assegurar a efetividade da condenação penal consistente na perda, em favor da União, do produto ou do proveito da infração (artigo 91, II, b, do CP). Justamente por isso, são sequestráveis somente bens de proveniência ilícita (artigo 126, do CPP).

Secundariamente, porém, o sequestro assegura a reparação do dano causado pelo delito, na medida em que o dinheiro obtido com a venda em leilão do bem perdido será destinado ao lesado ou terceiro de boa-fé (artigo 133, parágrafo único, do CPP).

Já o arresto, destina-se a retenção de quaisquer bens do indiciado ou réu, prestando-se, assim, a evitar que o acusado ou réu se subtraia ao ressarcimento do dano, mediante dilapidação de seu patrimônio. Por conseguinte, qualquer bem pode ser objeto de arresto. Não resta dúvida, portanto, que a finalidade da norma é a garantia de eventual ressarcimento do sujeito passivo, pelo que não há qualquer limitação no tipo de bens que podem ser afetados – se móveis ou imóveis.

Dessa forma, considerando que, se confirmados os atos ilícitos, o dano será sofrido por toda a coletividade, mormente o estigma à imagem do país internacionalmente; deve ser valorado alto montante a título de reparação. ***É saber que além dos delitos de corrupção e de lavagem de dinheiro imputados a ARTHUR CESAR e ELIANE, se está diante de crime de âmbito internacional, relativo à concretização do maior evento esportivo do planeta.***

Ou seja, a gravidade do tema é imensurável e a medida de constrição, caso comprovado o delito, não deve recair apenas sobre o montante efetivamente desviado, uma vez que é um caso de repercussão (negativa) internacional.

Entendo, e à luz da finalidade da medida, não há óbice ao requerimento de que as medidas assecuratórias recaiam sobre bens móveis e imóveis dos requeridos, mediante bloqueio de numerário no sistema BACENJUD, bem como por meio de ofício ao Banco Central do Brasil e da comunicação oficial à CVM (para que o bloqueio se operacionalize por meio de sistema SOF-CEI), de veículos automotores no sistema RENAJUD, de imóveis por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, de embarcações e aeronaves através da expedição de ofícios à Capitania dos Portos e ANAC.

Assim, no caso dos autos, tudo o que se exige para a decretação da medida é a verificação de indícios de prática dos delitos apontados, juízo que constato ser positivo no presente momento, razão pela qual defiro o bloqueio de bens móveis e imóveis nos limites requeridos pelo MPF.

Diante de todo o exposto, presentes os pressupostos e as circunstâncias autorizadoras, *determino o sequestro/arresto dos bens móveis e imóveis (medidas assecuratórias) dos investigados Carlos Arthur Nuzman e Leonardo Gryner e das pessoas jurídicas a eles vinculadas, nos termos requeridos pelo MPF e na forma da fundamentação, e assim o faço com amparo nos artigos 4º da Lei n. 9.613/98 e 125 e seguintes do CPP c/c o artigo 4º do Decreto-Lei n. 3.240/41.*

O sócio administrado da sociedade empresária recorrente, Leonardo Gryner, requereu o desbloqueio de parte dos bens (fls. 2.294/3.105), o que foi indeferido pelo Juiz de primeiro grau, nos seguintes termos (fls. 3.237):

Às fls. 2.806/2.821 o requerente juntou contrato de prestação de serviço com a empresa Anglo American Minério de Ferro Brasil S.A. datado de 12.09.2017, em momento posterior, portanto, ao bloqueio efetivado via BacenJud, ocorrido em 04.09.2017 (fl. 521 do processo no 0507224- 64.2017.4.02.5101).

Ademais, em que pese a determinação de bloqueio no valor de R\$ 1.000.000.000,00, foram alcançados somente R\$ 287.778,28 nas contas de Eventividade/TQQ Marketing e Produções Ltda ME, portanto a constrição não recaiu sobre os R\$ 400.000,00 recebidos a título de sinal, como alegado pelo requerente, e mesmo que tivesse incidido nestes valores não seria caso de desbloqueio, uma vez que eles não se enquadram em qualquer hipótese legal de impenhorabilidade.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

O voto condutor do acórdão do Tribunal de origem que denegou o mandado de segurança tem os seguintes fundamentos (fls. 10.387-10.396):

(...) o investigado Leonardo Gryner apelou da decisão assecuratória que ultimou por alcançar os bens da *Eventividade TQQ Marketing e Promoções Ltda ME* (ACR 0507533-85.2017.4.02.5101 julgada em 06/06/2018).

Por ocasião do julgamento da mencionada apelação, esta Turma, por unanimidade, reconheceu a legalidade e proporcionalidade da medida, pronunciando-se, ainda, acerca da possibilidade de bloqueio de pessoas jurídicas vinculadas ao investigado.

Veja-se:

“(...) Quanto aos requisitos das medidas assecuratórias impostas, circunscrevem-se à prova da existência dos fatos e indícios suficientes de autoria (fumus boni iuris), bem como a demonstração da sua necessidade e suficiência para garantir seus fins, especificamente no caso da Lei n. 9.613/98 evitando que os agentes atingidos utilizem o produto ou proveito do crime, transfiram ou dilapidem patrimônio capaz de afetar sua capacidade de reparação (periculum in mora).

Insta destacar que há denúncia já recebida em face de LEONARDO GRYNER (autos n. 0196181-09.2017.4.02.5101), na qual lhe são imputados os crimes de corrupção passiva e associação à organização criminosa, posto que, enquanto membro do Comitê de Candidatura do Rio de Janeiro para sediar os Jogos Olímpicos de 2016, teria atuado, no sentido de influir, de forma definitiva, na escolha desta cidade como sede do evento, mediante negociação e pagamento de vultosas quantias a membros do Comitê Olímpico Internacional.

Nesse contexto a decisão tem embasamento nos artigos 125 e seguintes do CPP, artigos 3º e 4º do Decreto-Lei n. 3.240/41 e art. 4º da Lei n. 9.613/98, sendo certo que tais dispositivos, naquilo em que se direcionam à reparação dos danos causados ao Erário, preveem a possibilidade de incidência das medidas assecuratórias (sequestro/arresto) sobre todo o patrimônio dos agentes envolvidos, seja ele lícito ou ilícito. Em outras palavras, a alegação de afetação de bens de origem lícita não procede e nem demanda aferição.

Os artigos 3º e 4º do Decreto Lei n. 3.240/41 são explícitos não só em não exigir a origem ilícita como na abrangência da medida sobre a totalidade do patrimônio (...).

Essa possibilidade de afetação patrimonial mais ampla também decorre da conjugação dos §§ 2º e 4º da Lei n. 9.613/98, quando direcionada (como é o caso destes autos) a resguardar a reparação dos danos, pagamento de multa pecuniária e despesas processuais (...).

Em suma, as medidas assecuratórias foram impostas não só sobre produto e proveito dos crimes imputados (sequestro), mas também para garantir a reparação e ressarcimento dos danos apontados à Fazenda

Pública. Isso significa dizer que, com base nos dispositivos transcritos, é necessário apenas conjugar a presença de elementos indicativos da existência dos fatos imputados e indícios suficientes de autoria a vincular o recorrente a esses mesmos fatos para resultar no *fumus boni iuris*.

Calha destacar, pois é tese sempre reiterada pelas defesas, que o Decreto Lei n. 3.240/41 impõe sim essa sistemática mais grave de tratamento com relação às medidas assecuratórias e não foi revogado pelo Código de Processo Penal, orientação já pacificamente firmada pelo c. STJ desde a década de 90 (...).

No que toca ao periculum in mora, sequer o exige o Decreto-Lei n. 3.240/41, de modo que nessa linha de embasamento nem seria necessário avaliá-lo. É porém exigido no âmbito da Lei n. 9.613/98, que eventualmente aplicada sobre patrimônio lícito tem por fundamento o receio de que ao tempo da possível condenação o patrimônio do agente não baste a satisfazer os danos causados ou a fazer frentes à multas, penas pecuniárias e custas processuais.

Nessa ordem de ideias, em se tratando de crimes que teriam gerado prejuízo material da ordem de R\$ 6.340.000,00 e de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), a título de danos morais, é absolutamente palpável que esse risco de insuficiência patrimonial existe, tanto quanto o modus operandi descrito é de complexidade e elaboração tal que referenda o risco de dilapidação, sobretudo considerando esses fatos dentro de um contexto maior, mesmo porque conforme bem pontuado pelo MPF em contrarrazões:

“(...) é comum, entre os acusados por delitos do tipo em epígrafe, a prática de atos tendentes a dissimular patrimônio.

*Nesse seguimento, as investigações perpetradas no bojo da Operação Unfair Play revelaram que, no ínterim entre os cargos no COB (2007 a 2010), **Leonardo Gryner** aparecia como administrador da empresa **Olympo Marketing e Licenciamento**, que, curiosamente era constituída por três sócios: **Confederação Brasileira de Esgrima**, **Confederação Brasileira de Remo** e **Comitê Olímpico Brasileiro**, sendo este representado por **Nuzman**, que inclusive figurava como responsável e administrador da pessoa jurídica **Olympo**. A referida empresa passou por averiguação, em procedimento do TCU (proc. 028.273/2010-9), por ter recebido pagamentos irregulares diretamente do COB no ano de 2008, justamente na gestão de **Leonardo**. (...)”*

Todo esse contexto, a meu ver, traz ínsito o periculum in mora, seja na constante verificação de que esquemas dessa natureza tem se desdobrado em braços ainda em apuração sempre de algum modo gerando expressiva movimentação de dinheiro à margem do sistema bancário oficial (no que

extratos e certidões imobiliárias se mostrariam infrutíferas a quantificação), seja pela magnitude dos valores envolvidos, a indicar risco de que o patrimônio pessoal dos agentes envolvidos seja insuficiente para fazer frente ao ressarcimento em caso de eventual condenação.

Destarte, há provas indicando a existência dos fatos e suficientes indícios de autoria (*fumus boni iuris*), sendo desnecessário perquirir a origem dos bens constrictos (se lícita ou ilícita) haja vista o tratamento mais gravoso que o Decreto Lei n. 3.240/41 dispensa a agentes de algum modo envolvidos com crimes que gerem prejuízo à Fazenda Pública e medidas aplicadas com base na Lei n. 9.613/98 com o objetivo de obter reparação dos danos e garantir o adimplemento de multas, prestações pecuniárias e custas processuais. Presente também o periculum in mora no tocante à constrição aplicada com base na lei de lavagem de dinheiro, não sendo tal elemento exigido no que toca ao Decreto Lei n. 3.240/41.

3. Certeza da infração e indícios suficientes de autoria.

Veja-se o conteúdo da representação ministerial, com relação ao acusado *Leonardo Gryner*, por serem absolutamente didáticos acerca dos expedientes utilizados e da multiplicidade de elementos de prova até aqui reunidos para demonstrá-los, *verbis*:

“(…) Nas aludidas posições, *Carlos Arthur Nuzman* e *Leonardo Gryner* foram figuras centrais por buscar apoio para escolha do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016, inclusive no contato com membros africanos.

As visitas de *Cabral*, *Gryner* e *Nuzman* a vários membros do Comitê que escolheria a sede dos Jogos Olímpicos de 2016 foi reconhecida, aliás, pelo próprio *Cabral*, em sede de interrogatório no bojo do processo n. 0501634-09.2017.4.02.5101 (Operação Eficiência).

A participação direta de ambos (*Carlos Arthur Nuzman* e *Leonardo Gryner*) nos pagamentos realizados a *Papa Massata Diack*, no entanto, só começou a ser comprovada após a deflagração da Operação Unfair Play.

A apreensão do conteúdo de e-mails junto ao Comitê Olímpico Brasileiro (autos n. 0505679-56.2017.4.02.5101) revelou mensagens definitivas sobre a atuação de *Nuzman* e *Gryner*. Vejamos:

Em 01/02/2010, *Papa Massata Diack* pede a *Carlos Nuzman* ajuda para o “processo final”:

(…)

Poucos dias antes dessa mensagem, em 11/12/2009, *Papa Massata Diack* havia encaminhado e-mail a *Carlos Nuzman* e a *Leonardo*

Gryner cobrando depósitos que deveriam ter sido realizados em contas bancárias do *Société Generale* em Moscou e *Societe Generale de Banques Au Senegal*, citando, ainda, a conta bancária de Dakar.

(...) Todas essas contas bancárias, frise-se, conforme descrito acima, foram efetivamente utilizadas por *Arthur Soares* para realizar pagamentos a *Papa Diack*, por meio da empresa *Matlock*.

A mensagem é hialina ao demonstrar que uma parte do pagamento já havia sido feita, restando outra, que é objeto de cobrança, ao dizer que:

Nós estamos na sexta feira, 11 de dezembro de 2009, e meu banco *Societe General* e *Senegal* ainda não recebeu nenhuma transferência *Swift* de sua parte. Eu tentei falar com *Leonardo Gryner* diversas vezes mas não houve resposta. Você poderia verificar com ele [*Leonardo Gryner*] se ele pode confirmar 100% que as transferências foram feitas a meus endereços em Dacar ou em Moscou (BSGV) [Banque Société General Vostok] [tradução livre]

Essas mensagens estão a demonstrar que: a) confirmam que os pagamentos realizados pela Matlock efetivamente direcionavam-se a Papa Massata Diack, já que temos a confirmação das agências bancárias; b) Carlos Nuzman e Leonardo Gryner não apenas tinham conhecimento dos fatos, como também fizeram todo o trabalho de intermediação entre agentes brasileiros (públicos e privados) e africanos, no esquema de compra de votos e respectivos pagamentos; c) os pagamentos não se limitaram a USD 2.000.000,00 (dois milhões de dólares), tendo havido pagamentos subsequentes.

Ainda mais reveladora é a mensagem encaminhada por *Papa Diack* a *Carlos Arthur Nuzman*, em 21/12/2009 (...).

Segundo a mensagem, *Papa Diack* (como consultor de marketing da IAAF e CEO da empresa *Pomodzi Sports Marketing*) pede, mais uma vez, a *Carlos Nuzman* que dê a posição para “resolver o problema para a satisfação de todas as partes”, pois “Tem encontrado todo tipo de problemas com a implementação/execução do problema anexo”. Ao esclarecer o citado “problema” diz:

[...] Estou me referindo à sua amável assistência para resolver isso. Nós temos enfrentado de nosso lado todo tipo de constrangimento de pessoas que confiaram no nosso comprometimento em Copenhague.

Por favor me dê uma posição final e oficial a respeito de como podemos resolver esse assunto com a satisfação de todas as partes. Por favor aceite as desculpas e mensagem de amizade do meu pai

[*Lamine Diack*]. Eu tenho notado a bondade e diligência da Sra. Maria Pedroso que tem se comunicado comigo quase toda semana [tradução livre]

[...]

Faz, portanto, clara referência aos acertos realizados entre *Nuzman*, *Gryner* e africanos que votaram para a escolha da sede dos Jogos Olímpicos de 2016, em Copenhague.

Vale lembrar que a votação para a escolha da cidade-sede dos Jogos Olímpicos de 2016 ocorreu justamente em *Copenhague*, demonstrando que a mensagem trata de pagamentos quanto à venda de votos para a escolha da sede dos Jogos Olímpicos 2016.

A referida mensagem segue acompanhada de dois anexos. O primeiro apresenta a conta bancária de *Papa Massata Diack* no *Société Generale de Banques au Senegal*, fazendo menção ao acordo feito com *Leonardo Gryner* (...).

O segundo anexo traz cópia de mensagem encaminhada por *Leonardo Gryner* a *Papa Diack* em 26/11/2009.

Veja que na mensagem:

a) *Leonardo Gryner* pede desculpas a *Papa Diack* pela demora no cumprimento da última parcela do acordo e que para a última parcela será “outro patrocinador”. Ou seja: a primeira parte foi paga pela *Matlock* (conforme demonstrado na Operação Unfair Play), havendo outro pagamento a ser realizado.

b) foi encaminhada poucos dias após a votação para a escolha da sede dos Jogos Olímpicos 2016 (02/10/2009), em que a cidade do Rio de Janeiro sagrou-se vencedora;

c) A mensagem faz referência a “RIO 2016”, ou seja, os pagamentos acertados tinham direta relação com a eleição da cidade-sede dos Jogos Olímpicos 2016, na qual o Rio de Janeiro sagrou-se vencedor (...).

A mensagem deve ser complementada com outra, encaminhada dias antes (17/12/2009), mais uma vez de *Papa Diack* para *Carlos Nuzman* e *Leonardo Gryner*, em que *Papa Diack* faz clara referência ao atraso de pagamento de valores destinados também a outros “amigos” (...).

A referência a “our friends” (nossos amigos) está a indicar a votação em bloco na cidade-sede dos Jogos Olímpicos de 2016, por parte dos africanos.

Causa ainda maior estranheza (ou, maior convicção quanto ao pagamento de propina) o fato de *Papa Diack* pedir que o depósito fosse realizado em sua conta pessoal (“private bank”).

As expressões utilizadas nas mensagens revelam o cuidado em passar o recado, sem dizer explicitamente a que se refere, mas que, no contexto, não deixam dúvidas de seu real conteúdo.

Tratasse de algo lícito, desnecessário seria o uso de mensagens subliminares, utilizando expressões indiretas como “nossos amigos”, “nosso comprometimento em Copenhague”.

Sobejam as provas que demonstram a atuação de CARLOS NUZMAN e LEONARDO GRYNER nas tratativas para a compra de votos para escolha da cidade-sede dos Jogos Olímpicos de 2016.

Na agenda de *Carlos Nuzman*, foram encontrados registros, ainda, sobre encontros dele com *Lamine Diack*.

(...) Apesar de ter afirmado perante o MPF não possuir mais contato com *Arthur Soares*, tendo estado com ele uma única vez, a análise do conteúdo obtido com a quebra do sigilo telemático nos autos n. 0505267-28.2017.4.02.5101 revelou que *Leonardo Gryner* mantinha contato próximo com *Arthur Soares* (...).

Em uma das mensagens encontradas, *Arthur Soares* pede a *Gryner* um encontro, evitando falar sobre o tema da reunião por e-mail, já que o mesmo requeria “cuidado e atenção” (...).

Fica demonstrada, assim, concreta tentativa de o investigado *Leonardo Gryner* alterar a realidade dos fatos para furta-se das investigações empreendidas.

Perante o MPF, *Gryner* tentou apresentar uma versão dos fatos que não corresponde à realidade, já que as mensagens comprovam a sua relação entabulada com *Arthur Soares*.

De outro lado, tal declaração confirma que *Sérgio Cabral* pediu a *Arthur Soares* que fizesse pagamentos a *Papa Diack*. A despeito de *Gryner* afirmar que se tratava de negociação de outro evento esportivo (e não os Jogos Olímpicos), é fato que tal evento nunca aconteceu, enquanto que os pagamentos, sim. Somando-se tais informações às diversas mensagens de e-mail aqui apresentadas, o corrupto esquema ganha-ganha formado entre *Arthur Soares*, *Sérgio Cabral*, *Carlos Nuzman*, *Leonardo Gryner* e *Papa/Lamine Diack* mostra-se suficiente para fundamentar o pedido aqui posto (...)

Esses elementos foram reforçados com o recebimento da denúncia oferecida em face de *Leonardo Gryner*, como já afirmado alhures.

Vale dizer, estão suficientemente demonstrados, até o momento, para a decretação das diversas medidas cautelares já adotadas pelo juízo da 7ª Vara Federal Criminal/SJRJ, no curso da “Operação Unfair Play”, a existência de indícios da atuação de uma organização criminosa, liderada pelo ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro e formada pelo mais alto escalão do Governo do Estado, aliado a empresários e operadores financeiros, que teriam potencializado seus ganhos com a ‘escolha’ do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016.

(...)” (Apelação Criminal n. 0507533-85.2017.4.02.5101, 06/06/2018)
(Grifo nosso)

No que se refere à liberação parcial de verbas para o pagamento de dívidas contraídas em data anterior à constrição, assim como para o adimplemento de obrigações com o fisco, reafirmo o que consignado quando do indeferimento do pedido liminar, mesmo porque a documentação juntada a posteriori pelo impetrante não se mostra hábil a comprovar, de plano, que ainda há débitos a serem adimplidos pelo empresa e, notadamente, que os dividendos recebidos após a medida assecuratória não possam fazer frente a eventuais pagamentos em aberto.

Nessa perspectiva:

(...) resta claro que a constrição não recaiu sobre a totalidade dos rendimentos da requerente e que se encontra adstrita a R\$ 287.778,28, não se podendo aferir de plano se as obrigações assumidas pela impetrante não poderiam ser adimplidas, sem prejuízo ao funcionamento da empresa, com o numerário eventualmente disponível decorrente do faturamento posterior a decisão de bloqueio, daí a necessidade sempre ressaltada por este Relator da prestação de contas.

Ademais, certo é que a medida assecuratória foi deferida em 04/10/2017 e que muitas das notas fiscais juntadas aos autos referem-se a serviços prestados em setembro daquele ano, com data de vencimento do mesmo período, de modo que persiste dúvida também acerca de eventual quitação desses fornecedores, o que deverá ser oportunamente objeto de solicitação de informações ao MM. Juízo de origem ou comprovado pelo próprio impetrante, à luz do que lhe permite o art. 231 do CPP, mas sempre mediante prova pré-constituída que se exige nesta sede mandamental. (...)

Com efeito, na via estreita do mandado de segurança, não há como se imiscuir na análise detida dos documentos juntados aos autos e que, por certo, não seriam suficientes, por si só, para comprovar a situação da empresa, o que prescinde, por óbvio, da análise sistemática de seus livros e/ou de sua prestação de contas.

Nesse contexto, reafirmo, como venho fazendo em todos os recursos referente a cautelares assecuratórias, que os bens constritos não podem ficar sem uma diretriz de administração judicial mínima, sob pena não só de se obstaculizar o funcionamento de empresas, mas sobretudo para que não restem prejudicados os próprios efeitos patrimoniais de uma eventual condenação.

Não por outro motivo, quando do julgamento da Apelação Criminal, em que figura como apelante Leonardo Gryner, restou expressamente consignado que:

“(...) nos termos em que vem sendo decido por esta Turma, deve o MM. Juízo da 7ª Vara Federal Criminal/SJRJ, limitado ao supracitado valor, determinar imediata avaliação dos bens já constritos efetivamente no processo n. 0507224-64.2017.4.02.5101 e demais cautelares eventualmente formadas com esse mesmo propósito em relação à denominada “Operação Unfair Play” promovendo a liberação do excedente, seguindo a ordem de prioridade de constrição estabelecida no art. 835 do NCPC, podendo, para tanto, os acusados, apresentarem tais bens desembaraçados e lididamente avaliados.

No caso da manutenção da constrição de pessoas jurídicas, deverá a mesma recair sobre a indisponibilidade de bens imóveis e móveis, bem como sobre tudo o que integre o fundo de comércio, não perecível, e caso seja necessária a constrição de valores periodicamente ganhos, fica limitada a constrição, como depósito em conta judicial individualizada, do limite de 30% (trinta por cento) do faturamento.

Caso este procedimento ainda não tenha sido observado, cabe então ao MM. Juízo de Primeiro Grau adotar as medidas para efetivá-lo no prazo de 30 (trinta) dias (...)”

Ante o exposto, *denego a segurança.*

Na sessão de julgamento desta Sexta Turma do dia 8/6/2021, após o voto do Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, conhecendo do recurso e denegando a segurança, acompanhado pelo Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria.

Pelo que consta dos autos, tanto o agora acusado Carlos Arthur Nuzman quanto o sócio administrador da sociedade empresária recorrente, Leonardo Gryner, teriam atuado direta e ativamente em uma negociação espúria para que membros do Comitê Olímpico Internacional – COI, mediante o pagamento de altas somas em dinheiro provenientes da Organização Criminosa chefiada pelo então governador Sérgio Cabral, escolhessem a cidade do Rio de Janeiro para sediar as Olimpíadas de 2016.

Consta na decisão que determinou o bloqueio dos ativos financeiros da recorrente que “Leonardo Gryner foi membro do Comitê Olímpico Brasileiro, à época dos jogos Pan-americanos de 2007, e membro do Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos de 2016, tendo ingressado logo após a escolha do Rio de Janeiro como sede (2010)”; e que, “no íterim entre os cargos no COB (2007 a 2010), Leonardo aparecia como administrador da empresa Olympo Marketing e Licenciamento, que, curiosamente era constituída por três sócios: Confederação Brasileira de Esgrima, Confederação Brasileira de Remo e Comitê Olímpico Brasileiro, sendo este representado por Nuzman, que inclusive figurava como responsável e administrador da pessoa jurídica Olympo” (fls. 3.253/3.281).

A decisão de primeiro grau fundamentou a medida de constrição dos bens considerando que, “no caso dos autos, tendo em vista a prática, em tese, de delitos causadores de prejuízo à Administração Pública, incide a possibilidade de sequestro dos bens dos pretensos perpetradores, com fulcro no Decreto-Lei n. 3.240/1941 tal como requerido pelo MPF em sua promoção”; e ressaltou também que “além dos delitos de corrupção e de lavagem de dinheiro imputados a Arthur Cesar e Eliane, se está diante de crime de âmbito internacional, relativo à concretização do maior evento esportivo do planeta”; e que “a gravidade do tema é imensurável e a medida de constrição, caso comprovado o delito, não deve recair apenas sobre o montante efetivamente desviado, uma vez que é um caso de repercussão (negativa) internacional” (fls. 3.253/3.281).

O Tribunal de origem, por sua vez, denegou o mandado de segurança, pois, “em se tratando de crimes que teriam gerado prejuízo material da ordem de R\$ 6.340.000,00 e de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), a título de danos morais, é absolutamente palpável que esse risco de insuficiência patrimonial existe, tanto quanto o *modus operandi* descrito é de complexidade e elaboração tal que referenda o risco de dilapidação”, e que “é comum, entre os acusados por delitos do tipo em epígrafe, a prática de atos tendentes a dissimular patrimônio”.

O Tribunal de origem ainda transcreveu o trecho das contrarrazões em que o Ministério Público afirma que “as investigações perpetradas no bojo da Operação Unfair Play revelaram que, no íterim entre os cargos no COB (2007 a 2010), Leonardo Gryner aparecia como administrador da empresa Olympo Marketing e Licenciamento, que, curiosamente era constituída por três sócios: Confederação Brasileira de Esgrima, Confederação Brasileira de Remo e Comitê Olímpico Brasileiro, sendo este representado por Nuzman, que inclusive figurava como responsável e administrador da pessoa jurídica Olympo.

A referida empresa passou por averiguação, em procedimento do TCU (proc. 028.273/2010-9), por ter recebido pagamentos irregulares diretamente do COB no ano de 2008, justamente na gestão de Leonardo”.

Quanto ao fundamento pertinente à necessidade da medida cautelar (*periculum in mora*), o Tribunal de origem apenas aponta a “constante verificação de que esquemas dessa natureza tem se desdobrado em braços ainda em apuração sempre de algum modo gerando expressiva movimentação de dinheiro à margem do sistema bancário oficial (no que extratos e certidões imobiliárias se mostrariam infrutíferas a quantificação), seja pela magnitude dos valores envolvidos, a indicar risco de que o patrimônio pessoal dos agentes envolvidos seja insuficiente para fazer frente ao ressarcimento em caso de eventual condenação”.

Ainda que existam indícios probatórios da atuação de uma suposta organização criminosa, liderada pelo ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro e formada pelo mais alto escalão do Governo do Estado, aliado a empresários e operadores financeiros, que teriam supostamente potencializado seus ganhos com a escolha do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016, não consta das decisões das instâncias de origem como a recorrente, a sociedade empresária Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. ME, que tem personalidade jurídica própria, tenha sido utilizada pelo apontado grupo criminoso, no espectro fático das investigações, e mesmo da superveniente denúncia, e se obteve alguma vantagem ilícita no suposto esquema de negociação espúria e, em caso positivo, quais os indícios dessa vantagem econômica.

Aliás, pelo que consta dos autos, o sócio administrador dessa empresa, Leonardo Gryner, foi denunciado apenas pela prática do delito de corrupção passiva (art. 317 - CP) e pela prática do crime de integrar a organização criminosa (art. 2º, § 4º, II - Lei 12.850/2013), não lhe sendo imputados os crimes de lavagem de dinheiro, previstos no art. 1º, *caput*, c/c § 1º, I, da Lei 9.613/98, e nem o tipo penal de evasão de divisas, previsto no art. 22, parágrafo único, 2ª parte, da Lei 7.492/86.

Mesmo sendo apontada a gravidade das condutas criminosas praticadas pelo sócio administrador da recorrente e pelos os corréus, não se apontou a necessidade e adequação do bloqueio financeiro do valor reivindicado pela empresa Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. ME, nem a sua relação com os (supostos) fatos criminosos.

Pelo contrário, ao indeferir o pedido de desbloqueio do valor, o Juiz de primeiro grau apenas apontou que “a documentação juntada a posteriori pelo impetrante não se mostra hábil a comprovar, de plano, que ainda há débitos a serem adimplidos pela empresa e, notadamente, que os dividendos recebidos após a medida assecuratória não possam fazer frente a eventuais pagamentos em aberto”; e que “a constrição não recaiu sobre a totalidade dos rendimentos da requerente e que se encontra adstrita a R\$ 287.778,28, não se podendo aferir de plano se as obrigações assumidas pela impetrante não poderiam ser adimplidas, sem prejuízo ao funcionamento da empresa, com o numerário eventualmente disponível decorrente do faturamento posterior a decisão de bloqueio, daí a necessidade sempre ressaltada por este Relator da prestação de contas”.

Afirmou ainda que “a medida assecuratória foi deferida em 04/10/2017 e que muitas das notas fiscais juntadas aos autos referem-se a serviços prestados em setembro daquele ano, com data de vencimento do mesmo período, de modo que persiste dúvida também acerca de eventual quitação desses fornecedores, o que deverá ser oportunamente objeto de solicitação de informações ao MM. Juízo de origem ou comprovado pelo próprio impetrante, à luz do que lhe permite o art. 231 do CPP, mas sempre mediante prova pré-constituída que se exige nesta sede mandamental”.

O Código de Processo Penal prevê que “caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro” (art. 125); que “para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (art. 126); e que se procederá ao seqüestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro, que se trata da busca e apreensão (art. 132).

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 3.240/41 estabelece que “o sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave” (art. 4º).

São necessários, portanto, indícios veementes de que os bens sequestrados sejam produtos do crime, ou, sendo bens em poder de terceiros, que tenham sido adquiridos dolosamente, ou com culpa grave. Não é diferente a previsão do art. 4º da Lei n. 9.613/98, de que o juiz “poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome

de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”.

Esta Corte Superior tem precedentes, segundo o quais, para o bloqueio de ativos financeiros de sociedades empresárias é necessário a existência de indícios veementes de que ela tenha sido usada na conduta criminosa. Nesse sentido:

Recurso em mandado de segurança. Operação Faraó. Crimes de organização criminosa, lavagem e estelionato. Bloqueio de contas-correntes. Necessidade de demonstração de indícios veementes da participação nos delitos. Inexistência. Duração da medida. Tempo excessivo. Recurso em mandado de segurança provido.

1. *A complexidade do feito pode justificar a manutenção de medidas assecuratórias patrimoniais impostas a determinada empresa por razoável período de tempo, desde que haja indícios veementes de sua participação na prática de crimes. A imposição de cautelar, portanto, não se coaduna com a ideia de mera possibilidade de participação no crime, mas exige a presença de elementos concretos que possam preencher, ao menos em parte, o caminho que existe entre a incerteza total e a certeza absoluta dessa participação.*

2. Na espécie, o único aspecto retratado pelas instâncias ordinárias para justificar a medida é o fato de que os acusados teriam depositado parte do numerário obtido com o esquema delituoso em contas-correntes da insurgente. Isso, por si só, não representa a existência de nexos causal, visto que não há - ao menos até o momento nada foi apurado - nenhuma relação da empresa ou dos seus sócios com a organização criminosa denunciada. Tal constatação, longe de mera ilação, é extraída do fato de que não houve formalização de denúncia contra a recorrente e nenhum dos seus sócios e, também, porque não há sequer inquérito policial instaurado para apurar eventual participação da empresa no esquema delituoso.

3. O único dado concreto que subsidiou o bloqueio das contas da recorrente é, exclusivamente, a existência de depósitos feitos pela organização criminosa, que se utilizou do serviço fornecido pela empresa para negociação de moedas virtuais. Ao se aceitar tal situação, se colocada em outros termos, implicaria chancelar a possibilidade de bloqueio de contas de todas as empresas que oferecerem serviços similares (intermediação e agenciamento de negócios em geral, suporte técnico, manutenção de sistemas e consultoria em tecnologia da informação), mesmo quando completamente alheias à prática de crimes por parte de seus clientes.

4. Recurso provido para determinar o imediato desbloqueio das contas-correntes da recorrente. (RMS 64.137/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 09/03/2021)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Construção da Linha 5 do Metrô de São Paulo. 1. Ofensa aos arts. 125 e 126 do CPP. Reconhecimento. Alegada ausência de semelhança com os precedentes citados. Estrutura societária diversa. Crime não imputado à agravada. Irrelevância. Crime praticado por meio da pessoa jurídica. 2. Ausência de confusão patrimonial. Irrelevância. Critério que não é requisito das medidas assecuratórias. Agravante que não está na posse de bens provenientes do crime. Argumento inócuo. Proveito do crime em forma de benefício econômico. 3. Acordo de leniência firmado. Ressarcimento que deveria ser buscado na seara cível. Ausência de dispositivo nesse sentido. 4. Violação do art. 2º do CPP e do art. 4º da Lei n. 9.613/1998, com redação dada pela Lei n. 12.683/2012. Sequestro de bens. Instituto de direito processual. *Tempus regit actum*. 5. Não restabelecimento automático do sequestro. Decurso do tempo que recomenda novo exame. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. *Conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, não há óbice ao sequestro de bens de pessoa jurídica, ainda que esta não conste do polo passivo da investigação ou da ação penal, desde que verificada a presença de indícios veementes de que tenha sido utilizada para a prática de delitos. É irrelevante a estrutura societária ou o fato de os crimes estarem sendo imputados apenas aos empregados da empresa, uma vez que, conforme já assentado na decisão agravada, o delito noticiado é vinculado à atividade da pessoa jurídica, sendo praticado por meio dela. A agravante foi instrumento e beneficiária da prática criminosa.*

2. É irrelevante se cogitar de eventual confusão patrimonial, não se tratando de requisito das medidas assecuratórias de natureza cautelar. Ademais, o proveito na hipótese dos autos se deu em forma de benefício econômico, sendo, portanto, inócua a alegação de que “não está na posse de bens provenientes do crime”

3. Relevante destacar que, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n. 12.846/2013, o acordo de leniência “não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”, não havendo dispositivo que determine que a reparação se dê apenas na seara cível.

4. Reconheceu-se, no mais, ofensa ao art. 2º do Código de Processo Penal e ao art. 4º da Lei n. 9.613/1998, com redação dada pela Lei n. 12.683/2012, uma vez que o sequestro de bens é instituto de direito processual. Nesse contexto, não há óbice à aplicação imediata da alteração legislativa implementada pela Lei n. 12.683/2012 no art. 4º da Lei n. 9.613/1998, haja vista a jurisprudência desta Corte ser no sentido de que, à luz do princípio *tempus regit actum*, as normas de direito processual possuem aplicação imediata.

5. A desconstituição do entendimento proferido pela Corte local não conduz, na presente hipótese, ao automático restabelecimento do sequestro anteriormente decretado pelo magistrado de origem, uma vez que, diante do decurso de tempo, as circunstâncias fáticas e processuais podem ter se alterado substancialmente.

Nesse contexto, eventual restabelecimento da medida assecuratória depende da prudente análise do Juízo a quo a respeito da permanência dos requisitos legais, considerando-se a higidez dos dispositivos acima considerados violados.

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.712.934/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

Pelo que consta nas decisões das instâncias ordinárias, o bloqueio do ativo financeiro da empresa recorrente apenas se deu porque um dos seus sócios teria participado do esquema criminoso, pois fora membro do Comitê Olímpico Brasileiro, à época dos jogos Pan-americanos de 2007, e membro do Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos de 2016, tendo ingressado logo após a escolha do Rio de Janeiro como sede (2010). Contudo, além de não constar como a sociedade empresaria teria sido usada pelo grupo criminoso, ou ainda como se beneficiou com os crimes, o sócio administrativo não responde pelo crime de lavagem de dinheiro, e nem por evasão de divisas.

Ademais, o bloqueio foi efetivado via BacenJud em 4/9/2017, como se extrai da fl. 521 do processo no 0507224-64.2017.4.02.5101 (fls. 2.294/3.105), é dizer, o ativo financeiro da empresa encontra-se bloqueado há mais de 3 anos; a ação penal foi recebida em 19/10/2017, e o processo está concluso para sentença desde 3/11/2020 - processo n. 0196181-09.2017.4.02.5101/RJ, conforme a consulta eletrônica no *site* do Tribunal de origem realizada em 14/7/2021.

Ainda que haja seis réus no processo principal, e sejam apuradas graves condutas criminosas, como corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333 - CP); organização criminosa (art. 2º, § 4º, II - Lei n. 12.850/2013); lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput*, c/c § 1º, I, da Lei 9.613/98) e evasão de divisas, previsto no art. 22, parágrafo único, 2ª parte, da Lei 7.492/86, não se mostra razoável o longo período de bloqueio de ativos financeiros da empresa recorrente, havendo documentação nos autos da origem lícita dos recursos objeto do pedido — a decisão de primeiro grau houve por bem considerar insuficientes os documentos, sobretudo as notas fiscais, mas não disse que os recursos tinham origem ilícita, ou relacionada objetivamente com as acusações imputadas ao seu sócio —, e sem que conste dos autos indícios de que tenha sido usada para a prática de crimes, em clara ofensa ao postulado constitucional da liberdade do exercício de atividade econômica.

A empresa está, na prática, sendo responsabilizada por danos que, se de fato existentes, para eles não concorreu, ou seja, objetivamente. Isso sem falar na

ficção dos supostos danos morais difusos de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), também considerados para determinar a indisponibilidade, de complicada concepção teórica, mesmo porque, segundo precedente desta Corte, a vítima de dano moral é necessariamente uma pessoa, na medida em que envolve dor, sentimento e lesão psíquica (REsp 598.281/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma - DJ 01/06/2006).

Além disso, tendo a empresa personalidade jurídica e patrimônio próprios, independentemente dos seus sócios, não parece defensável, e sem que tenha havido a desconsideração inversa da personalidade jurídica (afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio), que tenha a sua sobrevivência posta em risco e mesmo comprometida — deixando de pagar empregados, tributos, fornecedores etc.—, em razão de crimes dados como perpetrados pelo seu sócio, e por conduta alheia ao seu objeto social, em franca violação do exercício da atividade econômica, fundada na livre iniciativa (art. 170 - CF) e, no limite, do direito de propriedade, que tem a proteção constitucional (art. 5º, *caput e inciso XXII*).

Ante o exposto, peço a mais respeitosa vênua ao eminente Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, para dar provimento ao recurso e conceder o mandado de segurança, determinando o desbloqueio definitivo, e incontinenti, da quantia de R\$ 137.749,67 (cento e trinta e sete mil, setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos), referente ao ativo financeiro bloqueado da sociedade empresária Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. ME.

É o voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz: A partir do voto divergente do Desembargador Convocado Olindo Menezes, entendo necessário aditar o meu voto, para posicionar-me sobre o argumento de que a decisão questionada não atende ao art. 4º do Decreto Lei 3.240/1941, especificamente no que se refere à *ausência de comprovação de que os bens em poder de terceiros tenham sido adquiridos dolosamente, ou com culpa grave*.

Insta frisar que *essa tese não foi levantada nem na inicial do writ, nem no recurso* em julgamento e, por consequência, não foi apreciada na Corte de Origem.

A ausência de alegação específica pelas partes já impediria o julgamento dessa matéria. Além disso, o eventual deferimento com base nesse argumento *também violaria o art. 10 do CPC*, em razão de não ter sido oportunizado às partes argumentarem sobre a tese.

Quanto ao mérito do argumento, conquanto o valor do capital social da impetrante - R\$ 2 mil (fl. 16) - seja bem ínfimo para o porte da atividade econômica desenvolvida e para os valores que se pretende restituir, o tema não será aprofundado, em virtude da impossibilidade processual a seguir exposta.

Efetivamente, o debate, nesse momento processual, provocaria *indevida supressão de instância*, visto que não foi apreciada a matéria pela Corte de Origem, de sorte a impedir sua apreciação. Confirma-se pacífica jurisprudência do STJ:

Agravo regimental em *habeas corpus*. *Habeas corpus* impetrado contra mandado de segurança. Descabimento. Pedido de relaxamento de prisão cautelar e de concessão de regime aberto ou prisão domiciliar a todos os idosos que cumprem pena definitiva no Estado de São Paulo. Impossibilidade de exame do tema por esta Corte sob pena de indevida supressão de instância. Agravo regimental desprovido.

1. Revela-se inviável o exame, por esta Corte, de pedido de relaxamento de prisão cautelar e de concessão de regime aberto ou prisão domiciliar a todos os idosos que cumprem pena definitiva no Estado de São Paulo, se o tema não chegou a ser examinado na instância ordinária.

2. Como cediço, “matéria não apreciada pelo Juiz e pelo Tribunal de segundo grau não pode ser analisada diretamente nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância” (AgRg no HC n. 525.332/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

3. É inadequada a utilização de *habeas corpus* para impugnar acórdão que denegou mandado de segurança, tanto mais quando a legislação processual (art. 1.027, II, “a”, do CPC) prevê expressamente o cabimento de recurso ordinário em mandado de segurança, em tais hipóteses, sem contar que a controvérsia a respeito da competência do Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça para indeferir liminarmente *habeas corpus* coletivo não envolve debate acerca do direito de ir e vir da pessoa humana.

4. De mais a mais, é de se reconhecer a perda de objeto parcial da presente impetração, com a concessão da ordem no *Habeas Corpus* n. 583.967/SP, que continha pedido idêntico ao veiculado nestes autos, a fim de, atendendo ao pedido subsidiário da impetrante, anular a decisão da Presidência da Seção Criminal do TJ/SP e, por conseguinte, determinar a redistribuição do *Habeas Corpus* n. 2056672-96.2020.8.26.0000 à câmara criminal competente para o exame da impetração coletiva.

5. Agravo regimental desprovido.

AgRg no HC 620.755/SP, Rel. Ministro Reynaldo Fonseca, 5ª T., DJe 23/11/2020

Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. *Writ* do qual não se conheceu na origem. Impossibilidade de análise da tese defensiva. Matéria não analisada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Exame do mérito do *mandamus* pela instância precedente. Impossibilidade. *Writ* impetrado contra acórdão proferido por órgão fracionário da Corte Regional. Decisão mantida. Insurgência desprovida.

1. A matéria cujo recurso se refere não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, o que impede a sua apreciação direta por esta Corte de Justiça, sob pena de atuar em indevida supressão de instância.

2. É inviável o acolhimento do pedido subsidiário de que se determine o exame do mérito do mandado de segurança pela instância a quo, porque o *writ* não se enquadra na competência da Corte Regional, uma vez que foi impetrado contra acórdão proferido por órgão fracionário do próprio colegiado

3. Agravo regimental desprovido.

AgRg no AgRg no RMS 46.332/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 4/5/2020

As demais questões levantadas no voto divergente foram objeto de apreciação no voto originário, razão por que mantenho o posicionamento pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso ordinário.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Laurita Vaz: O bloqueio de bens impugnado neste recurso decorreu da denominada “Operação Unfair Play”, “*que apura em especial a possível compra de votos de membros do Comitê Olímpico Internacional para a escolha da cidade do Rio de Janeiro como a sede dos Jogos Olímpicos de 2016*” (fl. 3.243).

Para evitar tautologia, e para a necessária recapitulação dos fatos, reproduzo o que foi relatado pelo eminente Ministro *Rogério Schietti Cruz*, ao proferir seu voto:

Eventividade TQQ Marketing e Produções Ltda. ME impetrou mandado de segurança contra ato do Juiz federal da 7ª Vara Criminal do RJ objetivando “liminarmente o desbloqueio de ativos da empresa para o pagamento de tributos, no montante de R\$ 46.869,17, até o julgamento de mérito do *writ*, e, ao final, seja concedida a segurança para determinar o desbloqueio definitivo da quantia de R\$ 137.749,67 que constituem valores que não pertencem à impetrante, e sim a terceiros, incluindo o Estado” (fl. 12).

Como causa de pedir, sustenta a impetrante o cabimento de mandado de segurança para impugnar a decisão que não deferiu o desbloqueio de bens, a origem lícita dos valores bloqueados, a necessidade de pagar tributos e a previdência social. Alega, ainda, que a decisão questionada se equivoca na data que os valores ingressaram na conta da empresa e que não é possível inviabilizar atividade empresarial lícita.

A recorrente esclarece: “a decisão ora impugnada não é aquela que decretou a medida constritiva patrimonial, da qual caberia recurso, haja vista que o sócio da impetrante, que figurou como investigado, formulou pedido de desbloqueio de parte da quantia, sendo a decisão que indeferiu este pleito (fls. 3.746/3.747) a que se quer impugnar por meio da ação mandamental. Deve-se ressaltar, ademais, que a decisão que determinou o bloqueio de bens foi impugnada por meio de apelação, autuada sob o n. 05075338520174025101, ainda pendente de julgamento e que visa o desbloqueio total de bens, enquanto o presente mandamus tem como objeto apenas o desbloqueio parcial dos valores”. (fl. 6)

A petição inicial de fls. 1-12 vem acompanhada de 10 mil páginas de documentos.

Parecer do MPF (fls. 1.318-1.329) pela denegação da segurança, alegando, em síntese, ausência de comprovação do destino das verbas eventualmente liberadas, a necessidade e a adequação da medida constritiva em face dos crimes em investigação no Juízo de primeiro grau, estando presentes tanto o *fumus comissi delicti* quanto o *periculum in mora*. Além disso, sustenta o Parquet que a licitude ou não dos bens bloqueados é indiferente ao resultado do processo.

Acórdão do TRF da 2ª Região (fls. 10.384-10.399) unânime pela denegação da segurança, fundamentado na aplicação dos arts. 3º e 4º do Decreto-Lei n. 3.240/41 e artigo 4º da Lei n. 9.613/1998, na jurisprudência pacífica do STJ de que a constrição pode incidir na integralidade do patrimônio do investigado (origem lícita ou ilícita) e que o risco de insuficiência patrimonial dos investigados é latente, uma vez que o prejuízo é estimado em 1 bilhão de reais.

A Corte de origem destaca que há limites ínsitos à ação mandamental que inviabilizam uma análise percuciente sobre a situação real da empresa, pois demandaria um estudo aprofundado dos livros financeiros e das prestações de conta.

Inconformado com o acórdão, a impetrante interpõe recurso ordinário constitucional (fls. 10.411-10.422) reafirmando os argumentos da petição inicial e alegando, ainda, o risco de a empresa ir à falência. Em suas razões, destaca que os valores bloqueados entraram na conta da empresa somente em setembro de 2017, não tendo, portanto, relação com nenhum crime eventualmente praticado por um dos seus sócios.

Alega que o voto foi contraditório na medida em que, não sendo possível auferir, na via do mandado de segurança, a situação da empresa, como afirmar que os documentos seriam insuficientes para demonstrar a situação fática?

O Ministério Público Federal, às fls. 10.433-10.441, apresenta contrarrazões, sustentando a manutenção do acórdão recorrido e destacando a presença dos requisitos legais para o deferimento das medidas assecuratórias. Transcreve as principais passagens do caso concreto e cita que a decisão do Tribunal se amolda à jurisprudência do STJ.

Petição de contrarrazões da União pelo desprovimento do recurso, lastreada nos seguintes argumentos: a) o ordenamento jurídico dá suporte ao bloqueio dos bens, mesmo de origem lícita; b) o acórdão recorrido demonstra que os documentos trazidos pela impetrante não comprovam que o bloqueio, por si só, levaria a empresa à falência; c) o risco é inerente à atividade da impetrante, não podendo, portanto, ser transferido para o Estado, que tem dever legal de buscar o ressarcimento ao erário dos danos causados por atividades criminosas.

Parecer do MPF no STJ pelo desprovimento do recurso, defendendo, em síntese, que: a) a decisão de bloqueio dos bens está devidamente fundamentada e amparada na legislação; b) afirmar a necessidade de dilação probatória para exame de questões fáticas para apurar o equívoco na manutenção da decisão questionada e, ao mesmo tempo, afirmar que há documentos insuficientes nos autos não configura contradição no acórdão; c) o mandado de segurança exige prova de direito líquido e certo incontestado, sendo incabível o aprofundamento do contexto fático-probatório e, por fim; d) a ponderação de interesses, no presente caso, aponta pela necessidade de garantir a reparação dos danos ao erário. No parecer, há transcrições de vários trechos do inquérito da operação Unfair Player, reforçando a presença da probabilidade de prática de crimes pelo sócio da empresa impetrante.

O eminente Relator negou provimento ao recurso, destacando que o sequestro de bens previsto no Decreto n. 3.240/1941 e na Lei de Lavagem de Dinheiro pode incluir bens de origem lícita e que a pretensão de liberação de valores para pagamento de tributos ou para evitar a falência da empresa não encontra previsão legal.

Esse voto, acompanhado pelo Ministro *Antonio Saldanha Palheiro* foi proferido na sessão desta Sexta Turma realizada em 08/06/2021, quando o eminente Ministro *Olindo Menezes* pediu vista dos autos.

Na sessão do dia 17/08/2021, o nobre Colega proferiu seu voto-vista no qual deu provimento ao recurso e concedeu o mandado de segurança.

Pedindo vênias ao Ministro Relator e ao Ministro Antonio Saldanha, compartilho do entendimento do Ministro *Olindo Menezes*, acompanhado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior.

Observo, da decisão que deferiu o pedido de bloqueio e indisponibilidade de bens, que, embora se faça referência a algumas empresas supostamente

utilizadas para o esquema criminoso, não há qualquer menção à atuação da empresa ora Recorrente.

Ainda que seja possível o sequestro da totalidade de bens do indiciado, não há como ignorar que a Recorrente possui personalidade jurídica própria, não se confundindo com o seu sócio-administrador.

Nos termos do art. 4º do Decreto-lei n. 3.240/1941, “*O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave*”.

Ocorre que, no caso, não há nas decisões de primeira instância relação entre a empresa e os fatos apurados na investigação.

Somado a isso, verifica-se que o bloqueio foi efetivado em 04/09/2017, há mais de quatro anos, sem que haja o término da ação penal.

Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro *Olindo Menezes* para *dar provimento* ao recurso ordinário em mandado de segurança, e determinar o desbloqueio da quantia de R\$ 137.749,67 da empresa Recorrente.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.893.760-AC (2020/0228226-9)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Geraldo de Souza Pereira Neto

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Acre

Recorrido: Ministério Público do Estado do Acre

EMENTA

Recurso especial. Penal. Dosimetria. Organização criminosa. Art. 2º, da Lei n. 12.850/2013. Culpabilidade e consequências do crime. Negativação. Fundamentação idônea. Aumento. Fração de 1/6 (um sexto) por vetor negativo. Incidência sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima. Descabimento. Desproporcionalidade

evidenciada. Causa de aumento. Emprego de arma de fogo. Fração máxima. Incidência. Fundamentos concretos. Exasperação cumulativa. Causa de aumento. Participação de criança ou adolescente. Justificativa concreta. Inexistência. Recurso especial parcialmente provido.

1. O fato de que a organização criminosa, pela qual foi o Recorrente condenado por integrar, é altamente estruturada, com grande poder financeiro e bélico, no caso, o Primeiro Comando da Capital “PCC”, é elemento concreto apto a demonstrar um maior grau de reprovabilidade da conduta e justificar a negatização da culpabilidade.

2. A demonstração concreta de que houve um aumento no número de delitos no Estado do Acre desde que a organização criminosa passou a lá atuar, mormente em razão dos conflitos entre os grupos criminosos rivais, lastreada em dados estatísticos, justifica a negatização da consequências do crime.

3. É adequada a adoção da fração de $1/6$ (um sexto) para cada vetor negativo, conforme expressamente efetivado na sentença e ratificado no acórdão recorrido, por ser patamar que encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior, diante da ausência de parâmetros legalmente estipulados para esse acréscimo.

4. No entanto, no caso concreto, houve desproporcionalidade, pois as instâncias ordinárias fizeram incidir a referida fração ao intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, quando, na esteira da orientação desta Corte Superior, se adotada a fração de $1/6$ (um sexto) por circunstância judicial negativa, esta deve ser calculada a partir da pena mínima cominada em abstrato.

5. As instâncias ordinárias trouxeram fundamentação concreta para justificar o aumento na fração máxima de $1/2$ (metade), pela causa de aumento do emprego de arma de fogo, consistente no fato de que a organização possui armamento próprio e o disponibiliza aos seus integrantes ou até mesmo a terceiros a ela ligados, para cometerem crimes graves, como tráfico de drogas, roubo a mão armada e homicídios praticados com requintes de crueldade.

6. Em se tratando de causas de aumento previstas no próprio tipo penal, seja na parte especial do Código Penal ou em legislação

extravagante, a sua aplicação cumulativa exige fundamentação concreta. Precedentes desta Corte Superior.

7. Na situação dos autos, não houve nenhuma justificativa concreta para a aplicação cumulativa das causas de aumento previstas no § 2º e no § 4º, inciso I, ambos do art. 2º da Lei n. 12.850/2013, tendo o Julgador singular afirmado, inclusive, que a participação de criança ou adolescente na organização nada fugia “*ao extraordinário*” e que, por essa razão, fixava no patamar mínimo de 1/6 (um) a exasperação por essa majorante.

8. Ausente a fundamentação concreta para a aplicação cumulativa, pela regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, deve prevalecer a causa de aumento pela qual se fez maior exasperação da pena que, no caso, é a referente ao emprego de arma de fogo.

9. Recurso especial parcialmente provido para reduzir a pena-base e afastar a aplicação cumulativa da exasperação decorrente das causas de aumento, ficando as reprimendas redimensionadas nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sr. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2021 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 30.9.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por *Geraldo de Souza Pereira Neto*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da

Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre na Apelação Criminal n. 0008379-59.2019.8.01.0001.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Recorrente à pena de 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 322 (trezentos e vinte e dois) dias-multa, como incurso no art. 2º, §§ 2º, 3º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/2013. Houve apelação somente defensiva, a que o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim ementado (fls. 2.579-2.580):

Penal. Processo Penal. Participação em organização criminosa. Reforma na primeira fase da dosimetria da pena. Impossibilidade. Negativação idônea dos vetores da culpabilidades e consequências do crime. Adoção da fração de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância negativada. Inviabilidade. Ausência de adoção do critério puramente matemático. Pedido de aplicação da causa de aumento de pena alusiva ao emprego de arma de fogo na fração mínima. Inviabilidade. Decisão devidamente fundamentada. Pretensão da aplicação do parágrafo único, do art. 68, do Código Penal. Impossibilidade. Faculdade do magistrado para aplicar o critério cumulativo. Recurso conhecido e desprovido.

1. A culpabilidade (art. 59, do CP), entendida como o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente, merece anotação negativa quando demonstrado o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu. *In casu*, a premeditação constitui fundamentação idônea para macular a culpabilidade do Apelante, nos termos de diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Quanto as consequências do crime (art. 59, do CP), as quais correspondem ao resultado da ação do agente, entendo que a valoração negativa está devidamente fundamentada com base em elementos acidentais e que não integram a estrutura do tipo penal. Na espécie, essa circunstância mostrou-se de gravidade superior à insita ao crime, haja vista o elevado número de crimes patrimoniais e homicídios praticados pelas Organizações Criminosas, aqui incluída o Primeiro Comando da Capital, a qual, inclusive, orquestra e efetiva a realização de ataques a órgãos públicos e de segurança locais, causando desordem e intraquilidade à população.

3. A jurisprudência é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria da pena. Assim, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o quantum de exasperação da pena-base. Na espécie, a adoção do critério de 1/6 (um sexto) atende aos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

4. Mostrando-se razoável e proporcional a fração de 1/2 (metade), na terceira fase da dosimetria da pena, por força da incidência da causa de aumento prevista no § 2º do art. 2º da Lei 12.850/13, não há que se falar na sua redução para a fração mínima de 1/6 (um sexto).

5. O art. 68, parágrafo único, do Código Penal, estabelece apenas a possibilidade (e não um dever) do magistrado, na hipótese de concurso de causas de aumento de pena, limitar-se a um só aumento, ou seja, existindo mais de uma causa de aumento, pode o magistrado utilizar-se do critério cumulativo ou de efeito cascata.

6. Recurso conhecido e desprovido.

No recurso especial, é alegada a violação aos seguintes dispositivos:

a) art. 59, inciso II, do Código Penal, pois não se trouxe fundamentação idônea para a negatização da culpabilidade e das consequências do crime, bem assim pela desproporcionalidade do aumento efetivado na pena-base, pois não justificado o aumento na fração de 1/6 (um sexto), para cada vetor negativo, devendo ser observado o patamar de 1/8 (um oitavo);

b) art. 68 do referido Códex, ao argumento de não ter havido fundamentação concreta para a aplicação cumulativa das causas de aumento de pena, bem assim na causa de aumento do emprego de arma de fogo.

Pede o provimento do recurso a fim de se “*aplicar para cada vetorial o percentual de 1/8 e de afastar os vetoriais culpabilidade, consequência, a aplicação do artigo 68 do Código Penal no sentido de incidir tão somente a causa que mais aumente em relação a recorrente e ainda em razão de ausência de fundamentação seja acrescido tão somente o acréscimo 1/6 no § 2º do artigo 2º da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013.*” (fl. 2.632).

Oferecidas contrarrazões (fls. 2.647-2.688), admitiu-se o recurso na origem (fl. 2.689).

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo parcial provimento do recurso, em parecer com a seguinte ementa (fl. 2.697):

Penal. Recurso especial. Participação em organização criminosa. Dosimetria. Pena-base. Culpabilidade e consequências do crime. Fundamentação idônea. Adoção da fração de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância negatizada. Possibilidade. Causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo. Fração de 1/2. Fundamentação adequada. Incidência cumulativa das causas de aumento previstas no § 2º, do art. 2º, § 4º, inciso I e § 4º, inciso IV, todos da Lei n. 12.850/2013. Motivação idônea declinada. Parecer pelo provimento parcial do recurso para que, primeira fase da dosimetria, seja aplicada a fração de 1/8 para cada circunstância judicial negatizada.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, no que diz respeito à negatização das circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime, extrai-se do acórdão recorrido a seguinte fundamentação (fls. 2.584-2.591; grifos diversos do original):

A Defesa busca o afastamento da negatização da circunstância da *culpabilidade*, destacando que o “planejamento” das ações constituem dados inerentes à prática delitiva.

O Juízo antecedente, por sua vez, utilizou-se do seguinte fundamento para macular o vetor judicial em análise, *verbis*:

Da dosimetria da pena

Por imperativo legal, nos termos do art. 68 do Código Penal Pátrio, passo a individualizar a reprimenda dos condenados, iniciando o processo trifásico pela fixação da pena base de acordo com o art. 59 do mesmo Estatuto Repressor.

Culpabilidade: *encontra grande grau de reprovação social dada a natureza da organização e a sua finalidade, notadamente o planejamento para praticar crimes, sobretudo, de roubos em desfavor da sociedade local.*

[...]

Antecedentes: *embora conste no depoimento, em juízo, do acusado que tem mais de um processo e que já está preso há 21 anos, não consta nos autos certidão de antecedentes criminais. Assim deixo de valorar.*

Conduta social: *poucos elementos se coletaram sobre a conduta social, razão pela qual deixo de valorá-la.*

Personalidade: *não verifico nenhum exame psicológico ou situação de fato que possa apontar personalidade voltada para o crime.*

Motivos: *encontraram-se relatados nos autos.*

Circunstâncias: *A organização criminosa atua com uso de armas de fogo, com a participação de menores, e ainda, em conexão com outras organizações criminosas independentes, entretanto, todas as circunstâncias relatadas constituem causas de aumento de pena. Assim, utilizarei nessa fase apenas a conexão com outras organizações criminosas independentes, como circunstância judicial negativa e as demais na terceira fase, a fim de evitar o bis in idem.*

Consequências: *são graves, pois o grupo criminoso “Primeiro Comando da Capital” é responsável direto pelo aumento da criminalidade no Estado. Registre-se que o número de homicídios tem aumentado de forma expressiva*

em razão de “guerra” entre facções, que, por meio de violência extrema, buscam dominar territórios para venda de entorpecentes e praticarem outros crimes.

Comportamento da vítima: Normal à espécie.

Pois bem, é cediço que o princípio da individualização da pena encontra-se positivado no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, que determina que as sanções impostas devam ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias do delito perpetrado e, ainda, com as características subjetivas do agente infrator.

Em observância a isso, o julgador criminal, atento às disposições previstas no artigo 59 ao 68, todos do Código Penal, fixa a reprimenda que entende adequada e suficiente para as finalidades retributiva e preventiva da sanção penal, observando, logicamente, as circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação ofereça garantia contra os excessos ou eventuais erros na aplicação da pena.

No que tange à moduladora da culpabilidade, sabe-se que tal circunstância diz respeito à censurabilidade da conduta, isto é, ao grau de reprovabilidade social da ação.

[...]

No caso, muito embora a Defesa vislumbre que “o planejamento” seja inerente à prática do crime de integrar a organização criminosa, o fato é que a premeditação à prática de crimes demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior, notadamente porque a população acreana sente na pele os efeitos daqueles que integram organizações criminosas.

Ademais, como bem destacado pela Procuradoria Geral de Justiça, o grau de reprovabilidade da conduta do Apelante deve ser examinado segundo a gravidade da organização criminosa por ele integrada, a qual, na espécie, é consabido que o ‘PCC’ possui estrutura financeira e bélica bem superior a diversas organizações com estrutura diminuta. Noutras palavras, o fato do Apelante integrar uma organização altamente estruturada denota a maior gravidade de sua conduta - p. 2.541.

Assim, ante a existência de elementos concretos que demonstram o maior grau de reprovabilidade da conduta do réu, tenho por justificada a valoração negativa da culpabilidade (circunstância judicial).

I.B - Consequências do crime

A Defesa busca o afastamento da negatificação das consequências do crime, sustentando que “houve erro por parte do MM. Juiz na valoração uma vez que os acusados foram condenados pro integrar a organização criminosa ‘Bonde dos 13’ e não ao PCC como foi fundamentado pelo meritíssimo para a circunstância negativa apontada - p. 2.482”

Prossegue assentando ainda que se “pudesse ser usado a ligação entre tais facções criminosas, no caso dos autos, não se mostra válido o fundamento utilizado para valorar as consequências do delito em desfavor dos apelantes, uma vez que a violência não está necessariamente ligada a guerra de facções e sim a outros aspectos econômico e sociais” - p. 2.482.

O Magistrado a quo valorou negativamente o vetor das consequências do crime, ao fundamento de que o Apelante integra uma organização criminosa responsável diretamente pelo aumento da criminalidade do Estado, dando especial enfoque à guerra entre as organizações criminosas que, por meio da violência extrema, praticam homicídios e diversos outros crimes, v.g, o tráfico de drogas e crimes patrimoniais.

Pois bem, *quanto as consequências do delito, as quais correspondem ao resultado da ação do agente, entendo que a valoração negativa está devidamente fundamentada com base em elementos acidentais e que não integram a estrutura do tipo penal, isto porque, diferentemente do sustenta a Defesa, o nexo de causalidade entre o aumento da criminalidade e a atuação das organizações criminosas no Estado do Acre é demonstrado cotidianamente nos meios de comunicação e nos diversos relatórios da Secretaria de Segurança Pública e do Ministério Público do Estado do Acre.*

Aliás, diante da clareza e concretude das informações apresentadas pela Procuradoria Geral de Justiça, as quais adoto como razão de decidir, transcrevo os principais pontos destacados pelo Fiscal da Ordem jurídica com relação a este vetor judicial, ad litteram - (pp. 2.542/2.544):

‘É de conhecimento público e notório que desde a instalação da organização criminosa ‘PCC’ no Estado do Acre, com a guerra lançada entre tal facção e outras também instaladas no território acreano, houve o crescimento alarmante dos índices de violência, cabendo registrar, a título de exemplo, como amplamente divulgado na mídia, que a orquestração e a efetiva realização de ataques a órgãos públicos e de segurança locais, causou desordem e intranquilidade à população.

Com efeito, também é fato público e notório que o Estado do Acre continua a passar por um momento delicado no tocante a segurança pública, havendo pelo menos a existência de 3 (três) facções unidas, ou seja, o ‘PCC’, aliado às facções autóctones Bonde dos Treze (B13) e a Irmandade Força Ativa Responsabilidade Acreana (IFARA), estes atuando no mundo do crime contra a facção rival Comando Vermelho (CV), que também possui ramificações neste Estado. Esses grupos criminosos disputam, entre si, o domínio de territórios para o tráfico de drogas e outros ilícitos em todos os municípios do Estado do Acre.

Nos últimos anos a criminalidade aumentou e os índices de ocorrências de homicídios, assaltos, furtos, além do clima de tensão em todas as

unidades penitenciárias do Acre, alcançaram patamares insuportáveis, tornando o Estado do Acre um dos Estados mais violentos do Brasil, conforme se pode aferir das matérias jornalísticas veiculadas na internet e nos em jornais com abrangência local, nacional e internacional.

É cediço que pelo menos a partir de 2015, quando as organizações criminosas se fortaleceram e começaram dar as ordens dentro dos presídios, os índices de criminalidade no Estado sofreram aumentos significativos, deixando a população extremamente alarmada e amedrontada.

Trata-se de um quadro de violência jamais visto neste Estado, marcado por diversos homicídios com características de execução por acerto de contas ou disputa de territórios. Houve, ainda, um acréscimo muito forte nos índices de roubo, latrocínio e apreensões de armas de uso restrito e grosso calibre. A criminalidade que se enfrenta nos dias atuais, em razão da atuação das organizações criminosas, é uma questão extremamente complexa e que exige uma atuação rápida e firme por parte do Estado e do sistema de justiça.

Conforme se pode constatar do quadro sinóptico abaixo, demonstrando o Histórico da taxa de mortes violentas intencionais (MVI) por grupo de 100 (cem) mil habitantes, a partir de 2015, quando as facções se instalaram fortemente no Estado e passaram a disputar territórios, os índices de crimes violentos letais intencionais dispararam, ultrapassando em muito a taxa - Brasil:

(...) Em que pese no ano de 2019 ter ocorrido uma diminuição no número de homicídios, o índice ainda permanece bastante elevado, sendo possível, a título de hipótese, especular que o decréscimo em 2019 tenha se dado devido à estabilização no domínio de territórios pelas organizações criminosas.

É importante ressaltar, entretanto, que a guerra entre facções é uma ameaça constante ao Estado e o ano de 2020 já apresenta dados assustadores que demonstram um aumento expressivo no número de mortes. No período de 01/01/2020 a 06/02/2020, em comparação com o mesmo período do ano de 2019, houve um aumento no número de mortes violentas intencionais (MVI) da ordem de 36 (trinta e seis) para 54 (cinquenta e quatro), representando um aumento de 50% no número de casos, conforme se pode verificar no gráfico abaixo colacionado:

[...]

Dessa forma, ante a demonstração, em dados concretos, de que as consequências do crime extrapolam os elementos integrantes do tipo penal, tenho por inviável o acolhimento do pleito de afastamento da mácula nas consequências do crime.

Em primeiro lugar, o fato de que a organização criminosa, pela qual foi o Recorrente condenado por integrar, é altamente estruturada, com grande poder financeiro e bélico, no caso, o Primeiro Comando da Capital “PCC”, é elemento concreto apto a demonstrar um maior grau de reprovabilidade da conduta e justificar a negatização da culpabilidade.

A propósito:

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Associação para o tráfico. Condenação. Pedido de absolvição. Necessidade de revolvimento fático-probatório. Cognição. Impossibilidade. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Culpabilidade. Ilegalidade. Inocorrência. Agravante da reincidência. Aplicação em patamares diferenciados nos dois crimes. Proporcionalidade. Observação. Tráfico privilegiado. Reincidência. Condenação ao crime de associação para o tráfico. Impossibilidade. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada.

[...]

3. Na espécie, não existe ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, sob o vetor negativo da culpabilidade, porquanto a “especial perniciosa e vilaneza da organização criminosa integrada pelo acusado, Comando Vermelho” revela fundamentação suficiente à exasperação na primeira fase de fixação da reprimenda.

[...]

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada. (HC 438.025/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.)

Outrossim, a demonstração concreta de que houve um aumento no número de delitos no Estado do Acre desde que a organização criminosa passou a lá atuar, mormente em razão dos conflitos entre os grupos criminosos rivais, lastreada em dados estatísticos, justifica a negatização da consequências do crime.

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Crime de organização criminosa. Pedido de anulação das interceptações telefônicas e degravações decorrentes e reconhecimento da inépcia da denúncia. Matérias não examinadas pelo Tribunal *a quo*. Indevida supressão de instância. Atipicidade da conduta. Ausência de fundamento para a condenação. Pleito de absolvição. Reexame de prova. Inviabilidade na via eleita. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fundamentação idônea. *Quantum* de

aumento proporcional. Requerimento de afastamento de causas de aumento não mencionadas na denúncia. Tema não debatido na origem. *Writ* não conhecido.

[...]

6. Já com relação às consequências do delito, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Na hipótese, destacou-se que a organização criminosa da qual o paciente fazia parte era responsável por espalhar uma “onda de terror” na cidade e instabilidade na segurança pública, circunstâncias concretas e que denotam uma maior reprovabilidade da conduta.

[...]

9. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 612.963/AM, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 30/04/2021.)

Outrossim, disse o sentenciante ao fixar o *quantum* da pena-base (fl. 2.467):

[...] considerando as circunstâncias analisadas individualmente, desfavoráveis no tocante às circunstâncias e consequências, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Saliento que a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

O entendimento do STJ é no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada vetorial negativa.

Por sua vez, consignou o Tribunal *a quo* (fl. 2.597):

No presente feito, a análise das particularidades do caso concreto revelam-me que o Magistrado *a quo* de forma precisa, coerente, firme e proporcional explanou a motivação para adotar o *quantum* de 1/6 (um sexto) para majorar a pena-base do Apelante, por cada circunstância judicial, utilizando-se, inclusive, de julgado do Superior Tribunal de Justiça para justificar a adoção da reportada fração.

É adequada a adoção da fração de 1/6 (um sexto) para cada vetor negativo, conforme expressamente efetivado na sentença e ratificado no acórdão recorrido, por ser patamar que encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior, diante da ausência de parâmetros legalmente estipulados para esse acréscimo.

Nesse sentido:

Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Prazo de 15 dias corridos. Recesso forense. Suspensão dos prazos. Não ocorrência. Art. 798 do CPP. Princípio da especialidade. Intempestividade. Tráfico. Pena-base. Maus antecedentes. Exasperação desproporcional. Aplicação da usual fração de 1/6. Agravo regimental não provido. *Habeas corpus* concedido de ofício.

[...]

3. Quanto ao patamar de aumento aplicado para exasperar a pena-base, em razão dos maus antecedentes, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de *habeas corpus*.

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

5. No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em 1 ano e 3 meses para o crime de tráfico, em razão dos maus antecedentes (existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado), não se mostrando proporcional. Assim, a exasperação da pena-base deve seguir a usual fração de 1/6 para a referida circunstância judicial negativa.

6. Agravo regimental não provido. *Habeas corpus* concedido para aplicar o aumento da pena-base pelos maus antecedentes no patamar de 1/6, redimensionando a pena da acusada para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (AgRg no AREsp 1.871.029/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021.)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Dosimetria penalógica. Art. 59 do Código Penal. Culpabilidade. Furto cometido em enfermaria de hospital. Insensibilidade do paciente para com a dor e sofrimento alheio. Circunstância fática mais reprovável. Aumento da pena-base. Circunstância judicial valorada de forma negativa. *Quantum*. Fração de 1/6. Razoabilidade e proporcionalidade. Agravo regimental improvido.

1. A análise da fundamentação lançada pelo Tribunal local deixa claro que a exasperação da pena-base se deu de forma fundamentada e que, a partir dos critérios elencados na lei penal, foi individualizada a sanção com base em critérios absolutamente legais e proporcionais, inexistindo reparo a ser feito.

2. O desvalor da culpabilidade, em razão da insensibilidade do agravante, por perpetrar o crime no hospital, local de dor e de sofrimento para as pessoas, mostra-se idôneo, tendo em vista que evidencia um plus na reprovabilidade da conduta do agravante, uma maior censurabilidade do ato, não se verificando, portanto, nenhuma ilegalidade na sua utilização como circunstância judicial desfavorável.

3. *A lei não estabelece um critério para quantificação do aumento da pena-base, cabendo essa tarefa ao julgador que, mediante razoabilidade e proporcionalidade, fixará a referida majoração.*

4. *A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a exasperação da basal, pela negativação de circunstâncias judiciais, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância valorada, fração que se firmou em estrita observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

5. *Não há ilegalidade na adoção da fração de 1/6 em detrimento da pleiteada pela defesa de 1/8.*

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 604.542/AC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 12/08/2021.)

No entanto, no caso concreto, houve desproporcionalidade, pois as instâncias ordinárias fizeram incidir a referida fração ao intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas. Em outras palavras, subtraíram a pena mínima (3 anos) da pena máxima (8 anos), obtendo o resultado de 5 (cinco) anos ou 60 (sessenta) meses. Sobre esse intervalo de 5 (cinco) anos, calcularam a fração de 1/6 (um sexto), que equivale a 10 (dez) meses. Em seguida, aplicaram esse acréscimo, por vetor negativo, à pena mínima prevista no tipo penal.

Contudo, na esteira da orientação desta Corte Superior, se adotada a fração de 1/6 (um sexto) por circunstância judicial negativa, esta deve ser calculada a partir da pena mínima cominada, e não do intervalo entre as penas mínima e máxima abstratas.

Com efeito, a pena mínima abstratamente cominada para o crime do art. 2º da Lei n. 12.850/2013 é de 3 (três) anos de reclusão. Portanto, o patamar de 1/6 (um sexto), acarretaria o aumento em 6 (seis) meses, para cada vetor negativo, e não em 10 (dez) meses, foi como foi efetivado pelas instâncias ordinárias.

No caso concreto, sendo três as circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime), a exasperação seria de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, acima do mínimo, e não de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, como fizeram as instâncias ordinárias. Portanto, a pena-base deve ser estabelecida em

4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ou seja, 1 (um) ano e 6 (seis) meses acima do mínimo legal que, repito, é de 3 (três) anos de reclusão.

Quanto à aplicação das causas de aumento (terceira fase da dosimetria), a sentença trouxe a seguinte fundamentação (fls. 2.470; sem grifos no original):

Por outro lado, encontra-se presente três causas de aumento da pena, nos termos do § 2º, do art. 2º (utilização de arma de fogo), § 4º, inciso I (participação de crianças ou adolescentes) e § 4º, inciso IV (conexão com outras organizações criminais independentes) todos da Lei n. 12.850/2013, entretanto, deixo de utilizar a causa de aumento de pena do § 4º, inciso IV (conexão com outras organizações criminais independentes), pois já foi valorada nas circunstâncias judiciais.

Considerando que a incidência do emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei no 12.850/13), fixo o aumento em 1/2 (metade), pelas razões já expostas na fundamentação, tornando a pena em 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Fixo o patamar no mínimo, a saber, 1/6 (um sexto), em relação à causa de aumento de pena previsto no art. 2º, § 4º, inciso I da Lei n. 12.850/13 - participação de criança ou adolescente -, consoante entendimento perfilhado, já que a referida participação na organização nada foge ao extraordinário, tornando a pena em 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Por sua vez, extrai-se do acórdão recorrido (fls. 2.598-2.605; grifos diversos do original):

III - Do pedido de redução da fração aplicada à causa de aumento do § 2º, do art. 2º, da Lei 12.850/13, para o patamar de 1/6.

A Defesa do Apelante busca a aplicação da causa de aumento referente ao emprego da arma de fogo (§ 2º, do art. 2º, da Lei 12.850/13), no patamar de 1/6 (um sexto), sustentando a ausência de fundamentação para o emprego do aumento da pena em seu grau máximo.

Sem razão à Defesa.

É que muito embora a Defesa sustente a ausência de fundamentação para aplicar o maior percentual da causa de aumento de pena do § 2º, art. 2º, da Lei de Organizações Criminosas, constata-se que o Juízo antecedente bem fundamentou a escolha da maior fração de aumento, vejamos:

[...] Da causa de aumento do art. 2º, § 2º, da lei n. 12.850/13

Diz a lei que as penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

No que concerne a causa de aumento de pena do art. 2º, § 2º, da Lei 12.850/13, esta restou demonstrada, pois as organizações "Primeiro Comando

da Capital – PCC”, “Bonde dos Treze B13” e “Comando Vermelho” possuem armamento próprio e os disponibilizam para os integrantes cometerem crimes.

Ressalto que, segundo o depoimento das testemunhas, em outros processos do qual este foi desmembrado, o dinheiro arrecadado é utilizado para a compra de armas, sendo que existe um setor dentro das organizações responsável pelo armamento.

Ademais, percebe-se que é comum integrantes das organizações criminais empregarem arma de fogo, sendo notório a apreensão de arsenais à disposição das referidas facções, conforme noticiado na mídia.

Como é notório, essas facções são composta de elementos que agem a mão armada cometendo crimes como roubos, furtos, homicídios, execuções, entre outros.

Além do mais, o uso da causa de aumento da arma de fogo se justifica, no patamar máximo, pelo aumento de homicídios e execuções, inclusive com requintes de crueldade, ocorridos após as organizações se estabelecerem no Estado, também noticiados pela mídia. Além disso, o depoimento do delegado Alcino que durante a instrução criminal, produzida em juízo, afirmou “Que o financiamento das organizações não são especificamente com a cota mensal, mas com narcotráfico e muitos roubos, crimes contra o patrimônio, que auxiliam na captação de recursos para compra de armamento, troca de veículos por droga ou por armamento na região de fronteira.” No caso em exame, verifica-se no diálogo de fls. 932/934, que o acusado Arison Souza do Nascimento deixa claro o uso de arma de fogo, quando conversa com uma pessoa identificada por “Bigode de Ouro” acerca de munições e armamento, na chamada 4959341.WAV, do dia 15/03/2018, às 18h12min.

*Ademais, verifica-se no diálogo de fls. 730/737, que o grupo criminoso faz uma conferência com vários membros, entre eles, um identificado como “**Anjo da Noite**”, que deixa claro o uso de arma de fogo quando ‘diz que falou com um moleque e mandou o moleque ir buscar seu “ferro”, o que corrobora o uso de arma de fogo pelo grupo.*

Além disso, observa-se que o acusado Israel Soares de Morais (Di Deus) deixa claro também o uso de arma de fogo, uma vez que na chamada 4957176.WAV, do dia 14/03/2018, ele “pergunta se o correria pegou o ‘ferro’, HNI diz que está com ele mas o bicho ‘bate’ demais, Di Deus diz que vai passar para levá-lo ao conserto” (fls. 827/827).

Aliás, averigua-se ainda, em relação ao acusado Higor Santos Leão (Anjo da Noite), na chamada 4934564.WAV, no dia 06/03/2018, a pratica de crimes como porte ilegal de arma de fogo, inclusive cedendo arma a terceiros ligados à organização criminoso, para execução de crimes (fls. 1.160/1.162).

Destaca-se ser dispensável a apreensão da arma de fogo e subsequente exame pericial para fins de incidência da presente majorante, uma vez que

é plenamente possível que suas ausências sejam supridas por outros meios de provas, conforme entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça.

Logo, reconheço a causa de aumento da pena previsto em lei em seu patamar máximo.

[...]

No caso em análise, o magistrado de piso de forma devidamente fundamentada utilizou a fração de 1/2 (metade) da pena em razão da comprovação nos autos de que o Apelante pertencia a uma organização criminosa que utiliza arma de fogo para a prática de diversos crimes dentre eles, tráfico de drogas, assalto com utilização de arma de fogo e homicídios, o que demonstra um alto grau de reprovabilidade da conduta, de forma a justificar o aumento da pena no referido percentual.

[...]

Nessa senda, considero acertada a aplicação da fração de 1/2 (metade) da pena operada na sentença de primeira instância, em razão da presença da causa de aumento prevista no §2º do artigo 2º da Lei n. 12.850/13 (emprego de arma de fogo), eis que condizente com as particularidades do caso concreto, de modo que, considero improcedente o pedido de redução da referida fração para 1/6 (um sexto).

IV - Do pedido de aplicação do art. 68, do código penal para que seja afastada a aplicação das causas de aumento de maneira cumulativa.

Neste ponto, aduz a Defesa que “tratando-se de mais de uma causa de aumento, deve ser aplicado o parágrafo único, do art. 68, do CP, que prevê a incidência de apenas uma, aquela que mais aumente a pena” - p. 2.490.

[...] Ieciona o nobre Ricardo Augusto Schmitt 3: “para as hipóteses de concurso entre causas de diminuição de pena não há dúvidas, na doutrina e jurisprudência, de que o critério a ser empregado é o cumulativo, sucessivo ou de efeito cascata (posição pacífica)”.

De outro lado, registra o doutrinador que “com relação às causas de aumento a divergência se estabelece”.

Entretanto, anota o Magistrado que “a jurisprudência majoritária também não respalda a existência de critérios distintos para a incidência de causas de diminuição e aumento de pena, por entender que o critério que fundamenta uma deverá ser idêntico a outra”.

A posição do nobre doutrinador citado alhures é no sentido de ‘aplicabilidade do critério sucessivo, cumulativo ou de efeito cascata às causas de diminuição e aumento de pena, sem qualquer distinção’. Ademais disso, além da fundamentação concreta a demonstrar a gravidade das causas de aumento de pena reconhecida em desfavor do Apelante, bem observou a d. Procuradoria

Geral de Justiça que, em se encontrado as causas de aumento em parágrafos diversos, (como *in casu*, §§ 2º e 4º, do art. 2º, da Lei 12.850/13) o magistrado deve aplicar a regra da cumulação das circunstâncias [...]

No caso em análise, comungo do entendimento exposto pelo Juízo Primevo, razão pela qual, mantenho a incidência do critério sucessivo/ cumulativo das causas de aumento de pena.

Constata-se que as instâncias ordinárias trouxeram fundamentação concreta para justificar o aumento na fração máxima de 1/2 (metade), pela causa de aumento do emprego de arma de fogo, consistente no fato de que a organização possui armamento próprio e o disponibiliza aos seus integrantes ou até mesmo a terceiros a ela ligados, para cometerem crimes graves, como tráfico de drogas, roubo a mão armada e homicídios praticados com requintes de crueldade.

Entretanto, tem razão a Defesa no que diz respeito à exasperação cumulativa, pelas causas de aumento do emprego de arma de fogo e a da participação da criança e do adolescente, previstas, respectivamente, no § 2º, e no § 4º, inciso I, ambos do art. 2º da Lei n. 12.850/2013.

Com efeito, em se tratando de causas de aumento previstas no próprio tipo penal, seja na parte especial do Código Penal ou em legislação extravagante, a sua aplicação cumulativa exige fundamentação concreta, nos termos de precedentes desta Corte Superior proferidos em delitos com estrutura típica análoga.

A propósito:

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Dosimetria da pena. Terceira etapa. Majorantes do concurso de pessoas e emprego de arma de fogo. Art. 68, parágrafo único, do Código Penal. Cálculo cumulativo. Ausência de fundamentação. Ilegalidade. Incidência apenas da majorante que mais aumenta a pena. Aumento de 2/3. Novo cálculo da reprimenda.

1. Deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a decisão monocrática que concedeu a ordem.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, optando o magistrado sentenciante pela incidência cumulativa de causas de aumento da parte especial, a escolha deverá ser devidamente fundamentada, lastreada em elementos concretos dos autos, a evidenciar o maior grau de reprovação da conduta e, portanto, a necessidade de sanção mais rigorosa (HC n. 501.063/RJ, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 4/9/2020).

3. Na hipótese, o Magistrado de primeiro grau, corroborado pelo Tribunal a quo, não fundamentou idoneamente a aplicação cumulada das duas majorantes,

pois não foram apresentados elementos concretos extraídos dos autos que evidenciassem a maior reprovabilidade da conduta, havendo apenas menção genérica de que a presença da cada uma das majorantes implica necessariamente em situação mais gravosa, o que caracteriza ilegalidade flagrante.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 652.610/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 07/06/2021; sem grifos no original.)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Prazo para interposição do agravo regimental. Art. 258 do RISTJ. Cinco dias. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido. Roubo majorado. Aumento da pena na terceira fase da dosimetria. Art. 68, parágrafo único, do CP. Carência de motivação concreta para a aplicação sucessiva das causas de aumento. Flagrante ilegalidade. Concessão de *habeas corpus* de ofício.

1. O agravo regimental deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, conforme estabelecido no art. 258 do RISTJ, o que não ocorreu no caso.

2. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para que a pena seja reduzida na terceira fase da dosimetria, diante da ausência de *fundamentação idônea para a aplicação sucessiva das causas de aumento*.

3. *Em relação ao crime de roubo, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.*

4. *No caso, a Corte de origem olvidou-se de motivar a adoção das frações de aumento relativa ao emprego de arma de fogo e de concurso de agentes de forma cumulada, tendo se limitado a ressaltar a incidência das duas majorantes, o que não serve como justificativa para o incremento sucessivo. Nesse contexto, resta evidenciada flagrante ilegalidade na aplicação cumulativa das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º e § 2º-A, ambos do Código Penal.*

5. Agravo regimental não conhecido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena do agravante ao patamar de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 18 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (AgRg no AREsp 1.708.462/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020; sem grifos no original.)

Na situação dos autos, não houve nenhuma justificativa concreta para a aplicação cumulativa das duas causas de aumento, sendo de ressaltar, inclusive, que o Julgador singular afirmou que a participação de criança ou adolescente na organização nada fugia “*ao extraordinário*”, tanto que fixou no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) a exasperação por essa majorante.

Portanto, aplicando a regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, deve prevalecer a causa de aumento pela qual se fez maior exasperação da pena que, no caso concreto, é a referente ao emprego de arma de fogo, com incremento da pena em 1/2 (metade).

Passo ao redimensionamento das penas.

Considerando o aumento de 1/6 (um sexto) para cada vetor negativo, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos e (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Na segunda fase, é mantida a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante do art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013, segundo efetivado pelas instâncias ordinárias. Na terceira fase, no concurso entre causas de aumento, aplico tão-somente a exasperação em 1/2 (metade), decorrente do emprego de arma de fogo, ficando as penas definitivas em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, sendo mantidas as demais cominações do acórdão recorrido.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para reduzir a pena-base e afastar a aplicação cumulativa da exasperação decorrente das causas de aumento, ficando as reprimendas redimensionadas nos termos do voto.

É o voto.

—

RECURSO ESPECIAL N. 1.943.262-SC (2020/0076626-8)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Recorrente: Guilherme Torquato de Figueiredo Valente

Advogados: Luciano Haddad Monteiro de Castro - GO012560

Rafael de Alencar Araripe Carneiro - DF025120

Igor Suassuna Lacerda de Vasconcelos - DF047398

Juliana Andrade Litaiff - DF044123

Pedro Victor Porto Ferreira - DF064182

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso especial. Excesso de exação (art. 316, § 1º, do Código Penal). Pedido de absolvição. Violação ao art. 619 do Código de Processo Penal. Não ocorrência. Reavaliação de provas. Possibilidade. Elementos probatórios constantes do acórdão recorrido. Legislação estadual de regência de custas e emolumentos que comprovadamente provocava dificuldade exegética em sua aplicação. Conduta do réu resultante de equívoco na interpretação e aplicação de norma tributária. Depoimentos testemunhais que atestam a higidez da atuação do réu como titular de cartório. Ausência de comprovação do elemento subjetivo. Atipicidade da conduta. Recurso provido.

1. Não ocorre violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, no caso, porquanto exaurido integralmente pelo Tribunal *a quo* o exame das alegações defensivas acerca da tipicidade da conduta praticada pelo réu, fundamentando adequadamente os motivos pelos quais entendeu que a condenação pelo crime de excesso de exação seria de rigor, sendo dispensáveis quaisquer outros pronunciamentos supletivos. Precedentes.

2. A despeito da vedação ao reexame de provas em recurso especial, em atenção ao que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte, admite-se a reavaliação dos elementos fático-probatórios delineados no acórdão.

3. No caso, concluíram as instâncias ordinárias que o recorrente, registrador titular do Ofício de Registro de Imóveis de Itapema/SC, teria cometido o crime de excesso de exação, durante os meses de maio a junho do ano de 2012, por ter cobrado, em cinco registros de imóveis, emolumentos que sabia indevidos – num total de R\$ 3.969,00 (três mil, novecentos e sessenta e nove reais) –, ao aplicar procedimento diverso do estabelecido na Lei Complementar Estadual n. 219/2001/SC, quando em um dos lados negociais existiam duas ou mais pessoas.

4. O tipo penal ora em estudo, art. 316, § 1º, do Código Penal, pune *o excesso* na cobrança pontual de tributos (exação), seja por não ser devido o tributo, ou por valor acima do correto, ou, ainda, por meio vexatório ou gravoso, ou sem autorização legal. Ademais, o elemento subjetivo do crime é o dolo, consistente na vontade do agente de exigir

tributo ou contribuição que sabe ou deveria saber indevido, ou, ainda, de empregar meio vexatório ou gravoso na cobrança de tributo ou contribuição devidos.

5. E, consoante a melhor doutrina, “*se a dúvida é escusável diante da complexidade de determinada lei tributária, não se configura o delito*” (PRADO. Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral e Parte Especial. Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1.342/1.343, grifei).

6. Outrossim, ressalta-se que “*tampouco existe crime quando o agente encontra-se em erro, equivocando-se na interpretação e aplicação das normas tributárias que instituem e regulam a obrigação de pagar*” (BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 730, grifei).

7. Ainda, importante destacar que, “*utilizando uma técnica legislativa reservada a poucos crimes, o art. 316, § 1º, exige, além dos normais requisitos do dolo com relação aos elementos de fato, ‘o saber’ que a exação é indevida. Logo, o agente deverá ter ciência plena de que se trata de imposto, taxa ou emolumento não devido*” (CUNHA. Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, Parte Especial. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, pp. 872/873, grifei).

8. Nesse palmar, a relevância típica da conduta prevista no art. 316, § 1º, do Código Penal depende da constatação de que o agente atuou com consciência e vontade de exigir tributo acerca do qual tinha ou deveria ter ciência de ser indevido. Deve o titular da ação penal pública, portanto, demonstrar que o sujeito ativo moveu-se para exigir o pagamento do tributo que sabia ou deveria saber indevido. Na dúvida, o dolo não pode ser presumido, pois isso significaria atribuir responsabilidade penal objetiva ao registrador que interprete equivocadamente a legislação tributária.

9. Na espécie, os depoimentos testemunhais de assessores correicionais, de registradores de imóveis, de funcionários do cartório e de profissionais do mercado imobiliário usuários do Cartório de Registro de Imóveis de Itapema/SC, constantes do acórdão recorrido, evidenciam que o texto da legislação de regência de custas e emolumentos à época dos fatos, qual seja, a Lei Estadual Complementar n. 219/2001, provocava dificuldade exegética, dando

margem a interpretações diversas, tanto nos cartórios do Estado, quanto dentro da própria Corregedoria, composta por especialistas na aplicação da norma em referência. Desse modo, a tese defensiva de que “*a obscuridade da lei não permitia precisar a exata forma de cobrança dos emolumentos cartorários no caso especificado pela denúncia*” revela-se coerente com a prova dos autos.

10. Ademais, a maioria dos depoimentos testemunhais revela a atuação hígida do réu ante a titularidade do Cartório de Registro de Imóveis de Itapema/SC, a reforçar que não se prestaria a sofrer uma imputação criminal para angariar R\$ 3.969,00 (três mil, novecentos e sessenta e nove reais), valor que teria sido cobrado a maior em 5 registros de imóveis. Com efeito, dos 9 testemunhos relatados no acórdão recorrido, apenas 2 são contrários à tese defensiva; 4 corroboram a premissa de obscuridade na norma relativa à cobrança dos emolumentos, a dar margem a interpretações diversas; e 6 assentam a justeza e correção do réu na condução dos serviços notariais, sendo um deles, inclusive, de um dos assessores da Corregedoria. Mister destacar, outrossim, que, a partir da aplicação do mesmo método interpretativo, o réu praticou cobranças tanto acima quanto abaixo do valor de tributo devido.

11. Desse modo, repisa-se, os elementos probatórios delineados pela Corte de origem evidenciam que, *embora o réu possa ter cobrado de forma errônea os emolumentos, o fez por mero erro de interpretação da legislação tributária no tocante ao método de cálculo do tributo, e não como resultado de conduta criminosa*. Temerária, portanto, a condenação do réu à *pena de 4 anos de reclusão e à gravosa perda do cargo público*.

12. Outrossim, oportuno relembrar que, no *RHC n. 44.492/SC*, interposto nesta Corte (relatora Ministra Laurita Vaz, relator para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 19/11/2014), a defesa pretendeu o trancamento desta ação ainda em sua fase inicial. A em. Ministra Laurita Vaz, relatora do feito, abraçou a tese defensiva assentando que “*não basta a ocorrência de eventual cobrança indevida de emolumentos, no caso, em valores maiores do que os presumidamente devidos, para a configuração do crime de excesso de exação previsto no § 1º do art. 316 do Código Penal, o que pode ocorrer, por exemplo, por mera interpretação equivocada da norma de regência ou pela ausência desta, a ensejar diferentes entendimentos ou mesmo sérias dúvidas de como deve ser cobrado tal ou qual serviço cartorial. É mister que haja o vínculo*

subjetivo (dolo) animando a conduta do agente.” E arrematou que “a iniciativa de acionar o aparato Estatal para persecução criminal de titular de cartório, para punir suposta má-cobrança de emolumentos, em um contexto em que se constatam fundadas dúvidas, e ainda sem a indicação clara do dolo do agente, se apresenta, concessa venia, absolutamente desproporcional e desarrazoada, infligindo inaceitável constrangimento ilegal ao acusado.” A em. relatora ficou vencida, decidindo a Turma, por maioria, pelo prosseguimento da ação penal em desfile, desfecho esse que desconsiderou que, em observância ao princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve manter-se subsidiário e fragmentário, e somente deve ser aplicado quando estritamente necessário ao combate a comportamentos indesejados.

13. Outrossim, na lição de Guilherme de Souza Nucci, o elemento subjetivo do crime “*é o dolo, nas modalidades direta (que sabe) e indireta (que deveria saber)*”. *Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.*” (NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 21. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 1.253, grifei).

14. Portanto, não havendo previsão para a punição do crime em tela na modalidade culposa e não demonstrado o dolo do agente de exigir tributo que sabia ou deveria saber indevido, é inviável a perfeita subsunção de sua conduta ao delito previsto no § 1º do art. 316 do Código Penal, sendo a absolvição de rigor. Precedentes.

15. *Recurso especial provido* para, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, *absolver Guilherme Torquato* do crime do § 1º do art. 316 do Código Penal, objeto de apuração na Ação Penal n. 0010371-76.2012.8.24.0125, por *atipicidade da conduta*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 8.10.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de recurso especial interposto por *Guilherme Torquato de Figueiredo Valente*, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na Apelação Criminal n. 0010371-76.2012.8.24.0125.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, como incurso no art. 316, § 1º, II, do Código Penal (excesso de exação), à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a sanção por restritivas de direitos.

Irresignada, a defesa apelou. O Tribunal estadual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 1.753/1.755):

Apelação criminal. Crime contra a administração pública. Excesso de exação (art. 316, § 1º, c/c art. 71, ambos do CP). Sentença parcialmente procedente. Recurso defensivo.

1. Preliminares.

1.1. *Aventado impedimento de desembargadora que compõe o colegiado da câmara competente para o julgamento do recurso. Exceção já reconhecida, em razão de atuação em etapa processual pretérita. Perda do objeto. Não conhecimento no ponto.*

1.2. *Pleiteada nulidade da representação fiscal e do relatório de inspeção. Inviabilidade. Vícios relativos ao processo administrativo disciplinar instaurado em desfavor do acusado que não tem o condão de macular a ação penal. Homenagem à independência das esferas criminal e administrativa.*

1.3. *Alegada ausência de justa causa para a instauração da ação penal, em razão da necessidade do lançamento definitivo do tributo. Não ocorrência. Excesso de exação que não é classificado como crime contra a ordem tributária. Precedente do STJ. Existência, ademais, de provas da prática de crime contra a administração pública. Justa causa evidenciada. Preliminares afastadas.*

2. Mérito.

Pedido de absolvição. Impossibilidade. Réu que, na qualidade de titular do Ofício de Registro de Imóveis de Itapema, exigiu emolumentos indevidos na prestação de 5 (cinco) serviços registrais. Cobranças que superavam o valor limite permitido a época. Depoimentos das testemunhas corroboradas pelas investigações procedidas pela Vice-Corregedoria de Justiça. Teses de ausência de dolo na conduta, responsabilidade

objetiva e erro de proibição inevitável que não encontram amparo nas provas dos autos. Princípio da insignificância que não é aplicável aos crimes praticados contra a administração pública (Súmula 599 do STJ). Inviabilidade, outrossim, de desclassificação para o delito de concussão previsto no caput do art. 316 do CP. Comprovada exigência indevida de tributo. Conduta que se amolda à previsão do art. 316, § 1º, do Código Penal. Condenação mantida.

3. Dosimetria.

3.1. Almejado reconhecimento da causa geral de diminuição de pena relativa ao erro de proibição evitável (art. 21, caput, in fine, do Código Penal). Acusado, todavia, que tinha pleno conhecimento da ilicitude das condutas que praticava. Redução da pena inviável.

3.2. Alegada desproporcionalidade entre o dano patrimonial ocasionado e a fixação de 30 (trinta) salários mínimos ao pagamento da pena substitutiva de prestação pecuniária. Descabimento. Lesão a moralidade e probidade da administração pública que se sobrepõe aos danos financeiros causados aos particulares. Montante, outrossim, que foi fixado na sentença em atenção ao cargo público e a capacidade financeira do acusado.

Manutenção do valor arbitrado.

3.3. Pedido de afastamento da pena acessória de perda do cargo público. Imposição, contudo, que é prevista como efeito secundário da condenação, nos termos do art. 92, I, a, do Código Penal. Decisão devidamente fundamentada

4. Prequestionamento. Desnecessidade de abordagem específica de todos os argumentos e dispositivos de lei invocados pela defesa. Precedentes do STJ e desta Corte. Existência de fundamentação suficiente no acórdão.

5. Possibilidade de execução da pena. Repercussão geral sentença condenatória confirmada em segunda instância que permite o imediato cumprimento da reprimenda. Determinação de ofício.

Recurso conhecido e desprovido.

Opostos embargos de declaração, o recurso foi rejeitado, *in verbis* (e-STJ fl. 1.871):

Embargos de declaração. Alegados vícios de obscuridade, contradição e omissão no acórdão. Não ocorrência. Decisão colegiada que examinou, de forma exaustiva, todas as teses recursais levantadas pela defesa. Vícios do art. 619 do CPP não evidenciados. Embargos conhecidos e rejeitados.

Daí o recurso especial, em cujas razões a defesa do recorrente alega contrariedade aos arts. 18, parágrafo único, e 316, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal, e aos arts. 28 e 41, ambos da Lei n. 8.935/1994, em virtude da atipicidade da conduta do recorrente.

Para tanto, afirma que “o art. 316, § 1º do Código Penal, que dispõe sobre o crime de excesso de exação, impõe, para sua configuração, que o funcionário público exija tributo que sabe ou deveria saber indevido, revelando que o delito somente será verificado em caso de dolo” (e-STJ fl. 1.896) e que, “no caso em tela, para além do Recorrente gozar de independência no exercício de suas atribuições cartorárias, garantida pelos artigos 28 e 41 da Lei 8.935/94, o texto da lei estadual que dispunha sobre a cobrança de emolumentos nos casos em que constavam, em um dos lados negociais, duas ou mais pessoas, era extremamente vago e impreciso, sem indicação clara sobre se a cobrança deveria ser por ato negociai ou por atos registrai” (e-STJ fl. 1.896).

Sustenta, ademais, que “o Recorrente valeu-se de interpretação minimamente esperada do dispositivo legal, fato que evidencia a ausência de dolo em exigir tributos a maior, [uma] vez que a obscuridade da lei não permitia precisar a exata forma de cobrança dos emolumentos cartorários no caso especificado pela denúncia” (e-STJ fl. 1.897). E, ainda, que “esse mesmo método de cálculo, utilizado pelo Cartório de Registro de Imóveis de Itapema/SC em apenas cinco oportunidades diferentes, também levou à cobrança menor do que a supostamente devida, circunstância que resultou na absolvição parcial do Recorrente pelo juízo de origem” (e-STJ fl. 1.898).

Noutro giro, em caso de não reconhecimento da atipicidade, assere que a conduta dever ser desclassificada para o tipo descrito no § 1º do art. 316 do Código Penal, tendo em vista que “o ora Recorrente, na condição de titular do Ofício de Registro de Imóveis de Itapema, teria exigido, em proveito próprio, o valor de R\$ 3.969,00 (três mil novecentos e sessenta e nove reais), a título de emolumentos cobrados a maior” (e-STJ fl. 1.902). No ponto, assenta também que, “conforme o art. 28 da Lei n. 8.935/94, os emolumentos cobrados pelo Ofício de Registro de Imóveis não são destinados à Administração Pública, mas ao próprio registrador, que exerce a função em caráter privado, a teor do art. 236, da CF/88”, de modo que “não há, portanto, qualquer parcela dos emolumentos que sejam destinadas ao Estado, mas apenas e exclusivamente ao registrador, que, por essa razão, só poderia responder pelo delito tipificado pelo § 2º do art. 316 do CP” (e-STJ fl. 1.902).

Por fim, subsidiariamente, apontando afronta ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, postula o reconhecimento da negativa de prestação jurisdicional perpetrada pelo Tribunal a quo, “que deixou de apreciar questão relevante para o aferimento da inexistência de dolo na conduta do Recorrente e sua consequente absolvição”, notadamente “quanto à disposição literal da Lei Complementar Estadual n. 219/2001” (e-STJ fl. 1.906).

Diante dessas considerações, pede (e-STJ fls. 1.906/1.907):

[...] seja conhecido e provido o presente Recurso Especial para que, reconhecidas as violações aos arts. 18, § único, e 316, § 1º, do CP e arts. 28 e 41 da Lei n. 8.935/1994, seja reformado o acórdão na origem, afastando-se integralmente a condenação imposta ao ora Recorrente, ante a absoluta ausência de dolo na hipótese.

Sob outra perspectiva, pugna-se pela reforma do acórdão recorrido para que o delito analisado seja corretamente enquadrado no tipo disposto no art. 316, § 2º, do CP, mais adequado à conduta narrada na acusação.

Subsidiariamente, caso não se entenda pela análise do mérito da demanda, requer seja determinada a devolução dos autos à origem, em função da violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Contrarrrazões apresentadas (e-STJ fls. 1.914/1.921).

Inadmitido pelo Tribunal de origem, o recurso seguiu a esta Corte por meio de agravo.

Parecer ministerial pelo desprovimento do agravo (e-STJ fls. 2.044/2.046).

Postulada tutela provisória para atribuição de efeito suspensivo ao recurso, o pleito foi indeferido (e-STJ fls. 2.062/2.066).

Ainda, determinada a conversão do agravo em recurso especial (e-STJ fl. 2.089) para melhor análise da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): O pedido meritório principal apresentado neste recurso diz respeito ao reconhecimento da atipicidade da conduta praticada pelo réu, condenado pelo crime de excesso de exação, previsto no art. 316, § 1º, do Código Penal.

Como relatado, concluíram as instâncias ordinárias que o recorrente, registrador titular do Ofício de Registro de Imóveis de Itapema/SC, teria cometido o crime de excesso de exação, durante os meses de maio a junho do ano de 2012, por ter cobrado, em cinco registros de imóveis, emolumentos que sabia indevidos – num total de R\$ 3.969,00 (três mil, novecentos e sessenta e nove reais) – e-STJ fl. 1.796, ao aplicar procedimento diverso do estabelecido na Lei Complementar Estadual n. 219/2001, quando em um dos lados negociais de transferência de imóveis existiam duas ou mais pessoas.

Confirmam-se os fundamentos utilizados pela Corte estadual, *in verbis* (e-STJ fls. 1.771/1.797, grifei):

Para entender, todavia, o porquê de o réu ter sido condenado pela cobrança indevida de emolumentos no registro de 5 (cinco) imóveis no município de Itapema, necessário examinar quais as determinações legais relativas à cobrança das referidas taxas.

No caso, **conforme disposição da segunda nota à Tabela II da Lei Estadual Complementar n. 219/2001, havendo o registro de imóvel por mais de uma parte**, a cobrança dos respectivos emolumentos deve ser feita com observância ao “ato de maior valor”, no qual deveriam incidir “emolumentos integrais”, enquanto aos demais, “2/3 (dois terços) do que corresponder a cada um”.

[...]

Não dessa forma, no entanto, agia o acusado na hipótese em que havia múltiplas partes em busca dos serviços registrais oferecidos em seu cartório, ocasião em que efetuava a cobrança em duplicidade e cobrava emolumentos integrais de cada um dos envolvidos, o que gerava maior arrecadação, inclusive acima do teto permitido à época.

Foi o que explicou a testemunha de acusação *Alexandre Postali*, que exercia a função de assessor correicional da Vice-Corregedoria-Geral de Justiça à época dos fatos, participou das inspeções e destacou que havia “inúmeras reclamações/denúncias feitas pelos usuários relatando problemas com o Sr. Guilherme como titular do Registro de Imóveis”.

[...]

A testemunha explicou que “foi apurado pontos específicos de matrículas determinadas” e que, “aparentemente, o Sr. Guilherme cotava em duplicidade” em divergência ao que “era adotado nos demais cartórios do estado”.

Especificamente, Alexandre detalhou que “no contrato de compra e venda em que existiam dois compradores, o réu dividia o negócio, cindia aquele título - que aparentemente era único - em dois e com isso conseguia taxar o valor dos emolumentos a um valor superior ao teto fixado pelo Regimento de Custas e Emolumentos”.

Questionada, a testemunha informou que “o juiz-corregedor dava um despacho, dando o prazo de 10 dias para que o responsável pelo cartório pudesse se manifestar a respeito das constatações”, mas que “o diálogo com o registrador Guilherme era muito difícil” e que sua explicação era de que adotava “um método que ele interpretava do Regimento de Custas e Emolumentos”.

Ao final de seu depoimento, Alexandre relatou que “foram analisados os procedimentos em Porto Belo, Itajaí, Balneário Camboriú, Tijucas e em nenhum desses tinha similaridade com o método utilizado pelo Sr. Guilherme”, razão pela

qual, diante da insistência do acusado, “o procedimento não foi de orientação, [pois] como foram muitas denúncias, foi instaurado o Processo Administrativo Disciplinar”.

[...]

Sem destoar das declarações prestadas por Alexandre Postali, a testemunha *Carlos Augusto Marques, que também exercia a função de assessor correicional, prestou esclarecimentos acerca dos fatos e fez referência ao que chamou de “novos registradores”, entre eles o acusado Guilherme Torquato de Figueiredo Valente, que foram aprovados em recentes concursos públicos e passaram a adotar uma nova postura de gerência dos Cartórios de Registros de Imóveis.*

[...]

Classificando a ação do acusado como “diferente do que era costumeiro”, *Carlos Augusto afirmou que Guilherme efetivamente “cobrava de cada transmitente um valor de transmissão”, sendo esta “uma prática usual dele”.*

[...]

Interrogado sobre o crivo do contraditório, o réu declarou que “assumi a serventia em 31/03/2010”, na sequência de uma intervenção por parte da Corregedoria-Geral de Justiça.

Indagado acerca das práticas que eram adotadas pelo antigo titular do Ofício de Registro de Imóveis de Itapema, *Guilherme respondeu que “não tinha como verificar se as formas de cálculo anterior à sua gestão estavam certas”, mas que seguia os moldes da antiga gestão, pois, conforme afirmou, “a gente assume e encontra a máquina funcionando”.*

No ano de 2011, o réu informou que recebeu uma reclamação por parte da assessoria de custas e emolumentos, especificamente de quem nomeou como “Dra. Shirley Vianna”, acerca do modo com que eram cobradas as taxas relativas ao registro de imóveis, pelo que respondeu a reclamação e, em contrapartida, teria recebido a informação de que o modo com que cobrava os emolumentos estava correto.

Para sua surpresa, no entanto, ***durante o ano de 2012, Guilherme afirmou que seu Ofício foi alvo de investigação por parte da Corregedoria-Geral de Justiça, após “reclamações sobre a forma da cobrança”, tendo o órgão concluído pela inadequação do modo com que os emolumentos eram cobrados.***

O réu explicou como procedia a cobrança da taxa, confirmou que fracionava os registros de alguns imóveis, valendo-se “de alguns princípios do direito civil, princípio da autonomia privada e da relatividade dos efeitos do contrato” e, em referência à forma correta de cobrança dos emolumentos, destacou que “não sabia que esse era o entendimento da Corregedoria”.

No final de seu interrogatório, Guilherme declarou que tinha ciência do “dispositivo expresso no regimento que trata da questão [Tabela 2, nota segunda]”

e **que nunca teve a intenção cobrar um valor maior, pois somente aplicava o entendimento que possuía acerca da cobrança de emolumentos.**

[...]

Não se descarta que foram ouvidas nos autos testemunhas que corroboraram as declarações do acusado, no sentido de que sempre atuou de forma correta e seguindo os direcionamentos acerca da cobrança de emolumentos relativos ao registro de imóveis.

Foi o que declarou **a testemunha de defesa Viviane Scramm**, que afirmou “que foi funcionária do Dr. Guilherme por 2 anos” e que “nunca teve um padrão tão correto”.

A testemunha destacou que “sempre foi uma bagunça a questão dos emolumentos”, que “nem a Corregedoria entendia” e quando perguntada a respeito da forma com que cobrava os emolumentos, respondeu que “quando é vendido para duas pessoas, seriam dois atos, com base no valor total”.

[...]

No mesmo sentido declarou **Luiz Antonio Rodrigues**, que afirmou que “era fornecedor de material do Registro de Imóveis de Itapema”, possuía um imóvel no município e que, com a chegada de Guilherme Torquato como novo titular do Ofício, “a utilização do registro de Cartório melhorou”.

A testemunha **informou que teve conhecimento de “uma mobilização das imobiliárias e construtoras em relação a atuação do Cartório” e que “fizeram uma Assembleia na Câmara de Vereadores para tirar o Dr. Guilherme do Cartório”.**

[...]

A testemunha Cristina de Freitas, que afirmou ter registrado um imóvel no Ofício de titularidade do acusado à época dos fatos, declarou que “pagou as custas” e que “não se recorda de nenhuma dificuldade nos pagamentos”, o mesmo declarado por Lélia Porciúncula de Freitas, que informou “que adquiriu no ano de 2012 um imóvel em Itapema” e que, sem qualquer dificuldade, “foi até o Registro para lavrar a escritura do imóvel” (audiovisual - fl. 935).

Em que pesem as declarações que amparam a versão do acusado, a maioria meramente abonatória das condutas que lhe são imputadas, **verifica-se que as informações prestadas pelas demais testemunhas ouvidas nos autos, em conjunto com os depoimentos prestados pelos funcionários da Vice-Corregedoria-Geral de Justiça, evidenciaram a prática do crime de excesso de exação.**

Quando inquirida perante a autoridade judicial, foi lido à testemunha **Daniel Boabaid** as disposições da segunda nota da Tabela II da Lei Estadual Complementar n. 219/2001, tendo esta explicado, através de um exemplo, que se “duas partes entravam com compra e venda de 3 terrenos, seriam cobrados os

valores integrais sobre o imóvel de maior valor e os outros seriam cobrados 2/3 de cada”.

[...]

Por sua vez, a testemunha Olair Júnior, que afirmou que trabalhava no mercado imobiliário de Itapema, declarou que conheceu pessoalmente o acusado, que sabia a rotina do Registro de Imóveis e que “ficou sabendo que cada pessoa que comprava ou vendia, que se tivesse multiplicidade, o Doutor fazia dois registros, R1, que já era da matrícula, e fazia R2 e R3”.

Olair afirmou que achava “que isso era o correto” e ressaltou que “a norma da Corregedoria é explícita, mas deixa algumas dúvidas”. [...]

[...]

Com o destaque de que Guilherme “fazia as coisas com ele queria” e “valorizava os imóveis”, a testemunha Lindis Antônia Wantowsky afirmou que era proprietária de um apartamento em Itapema e que “teve que pagar mais emolumentos “para registrar seu imóvel, pois, “ele dizia que era aquele valor e se não pagassem, ele não faria a escritura”. [...]

Ao lado das declarações testemunhais no sentido de que o acusado realizava a cobrança indevida de emolumentos nos casos envolvendo duas ou mais pessoas em busca dos serviços registrares, a análise dos registros constantes nas matrículas relatadas na denúncia comprova a irregularidade na cobrança das taxas.

Em 5 (cinco) oportunidades, relativas às matrículas n. 9.979 (fls. 100 - 104), n. 4.640 (fls. 110 - 115), n. 19.520 (fls. 126 - 130) e n. 25.518/26.470 (fls. 115 - 122), **o réu efetuou a cobrança de maneira indevida, acima do teto permitido à época, valendo-se do entendimento fraudulento que adotava acerca do registro dos imóveis.**

[...]

Pelo que se extrai das provas dos autos, o acusado exigia emolumentos relativos ao registro de imóveis de forma diversa do que “era adotado nos demais cartórios do estado”, conforme pontuou a testemunha Alexandre Postali (audiovisual - fl. 597).

Mais do que diversa, a cobrança era efetivamente indevida, já que o réu não seguia as disposições legais a respeito dos emolumentos previstos na Lei Estadual Complementar n° 219/2001 e arrecadava valores acima do que era legalmente permitido.

Não se descarta, como apontou a defesa, da decisão prolatada pelo Conselho da Magistratura nos autos da Consulta n. 2007.900041-4, em que foi reconhecido que, “se um único documento contiver dois ou mais negócios jurídicos, cada ato notarial praticado em relação a cada um deles é considerado ato notarial autônomo em relação aos demais” (fls. 1.208 - 1.216).

O fato de ter conferido tratamento individual aos atos notariais que praticou, contudo, não eximia o réu do dever de realizar a cobrança dos

emolumentos dentro dos parâmetros legais, o que não foi observado nas matrículas n. 9.979, n. 4.640, n. 19.520, n. 25.518 e n. 26.470, em que foram exigidas quantias superiores às permitidas.

[...]

A defesa sustentou, igualmente, que o réu nunca agiu com dolo de arrecadar valores superiores ao que lhe era permitido, pois incidiu em erro de proibição inevitável por interpretar “a norma legal de forma diversa daquela manifestada pela CGJ” (fls. 1.355).

O argumento também não se sustenta, visto que era dever do acusado possuir amplo conhecimento da legislação aplicável à função pública que exercia, incluindo sua correta interpretação, sobretudo no que diz respeito à cobrança de valores desembolsados pelo cidadão em busca da regularização dos bens que lhe pertencem, pelo que não pode se eximir da responsabilidade penal sob a justificativa de que interpretava a lei à sua maneira.

É importante destacar, **não se está aqui afirmando que o acusado tinha o dever de conhecer, nos mínimos detalhes, toda a legislação pertinente ao seu ofício.**

Nos termos do que declarou o Assessor Correicional Alexandre Postali, várias, no entanto, foram as tentativas de diálogo com o acusado, a fim de que alterasse o entendimento que adotava.

Conforme declarou a testemunha: “o diálogo com o registrador Guilherme era muito difícil; era um método que ele interpretava o Regimento de Custas e Emolumentos; que o réu insistia nessa tese, de sua interpretação” (audiovisual - fl. 597).

Não é demais ressaltar, o próprio acusado confirmou em seu interrogatório que não verificou se a forma com que os emolumentos eram cobrados na gestão que o antecedeu era correta, pelo que seguiu o entendimento anterior por “já pegar a máquina funcionando” (audiovisual - fl. 935).

Pela mesma acusação da prática de crime de excesso de exação, ora em análise, cumpre observar que o titular do Ofício de Registro de Imóveis de Itapema que antecedeu o acusado, Sr. Stalin Passos, foi condenado nos autos n. 2012. 012799-4 por infração ao art. 316, § 1º, do Código Penal.

[...]

Logo, comprovado que Guilherme Torquato de Figueiredo Valente, no exercício da função de titular do Ofício de Registro de Imóveis de Itapema, exigiu tributo que sabia ou deveria saber indevido, o que ocorreu por 5 (cinco) vezes durante os meses de maio e junho do ano de 2012, a manutenção da condenação do réu por infração ao art. 316, § 1º, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, é medida que se impõe.

De início, em relação à alegada ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, não prospera o recurso.

De fato, o excerto ora colacionado evidencia que a Corte estadual tratou das alegações defensivas acerca da tipicidade da conduta praticada pelo réu, fundamentando adequadamente os motivos pelos quais entendeu que a condenação pelo crime de excesso de exação seria de rigor.

É desnecessária, portanto, qualquer manifestação adicional a respeito do tema, porque esgotada a matéria debatida. Ademais, decidindo a controvérsia de maneira fundamentada, o magistrado *não está obrigado a analisar todas as teses trazidas pela parte*.

Nesse sentido:

Penal e Processo Penal. Embargos de declaração. Recebimento como agravo regimental. Princípios da economia processual e da fungibilidade. Contrariedade ao art. 619 do CPP. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Pleito de reexame de matéria. Impossibilidade. Ofensa ao art. 23, I, do Decreto n. 70.235/72. Nulidade ocorrida no procedimento administrativo fiscal. Matéria que deve ser arguida pela defesa na seara administrativa. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ. Afronta ao art. 1º I, da Lei n. 8.137/90. Absolvição. Reexame de matéria fática. Vedação. Súmula 7/STJ. Aclaratórios recebidos como agravo interno. Regimental a que se nega provimento.

1. Em homenagem aos princípios da economia processual, da celeridade processual e da fungibilidade recursal, os embargos de declaração são recebidos como agravo regimental.

2. *De acordo com o entendimento jurisprudencial remansoso neste Superior Tribunal de Justiça, os julgadores não estão obrigados a responder todas as questões e teses deduzidas em juízo, sendo suficiente que exponham os fundamentos que embasam a decisão. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.*

3. "O juízo criminal não é sede própria para se proclamarem nulidades em procedimento administrativo-fiscal que, uma vez verificadas, são capazes de fulminar o lançamento tributário em prejuízo da Fazenda Nacional. Consequentemente, não deve o juízo criminal estender sua jurisdição sobre matéria que não lhe compete (cível, no caso dos autos)". (AgRg no REsp 1.169.532/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/06/2013)

4. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(EDcl no AREsp n. 771.666/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 2/2/2016, grifei.)

No mais, conforme relatado, defende o recorrente que “*valeu-se de interpretação minimamente esperada*” da Lei Complementar Estadual n. 219/2001, de Santa Catarina, em registros de imóveis com mais de uma pessoa em um dos lados negociais, “*fato que evidencia a ausência de dolo em exigir tributos a maior, [uma] vez que a obscuridade da lei não permitia precisar a exata forma de cobrança dos emolumentos cartorários no caso especificado pela denúncia*”. E ressalta que “*esse mesmo método de cálculo, utilizado pelo Cartório de Registro de Imóveis de Itapema/SC, em apenas cinco oportunidades diferentes, também levou à cobrança menor do que a supostamente devida*” em outras duas ocasiões, reforçando a tese de ausência do elemento volitivo.

Rememoro que esta Corte é firme na compreensão de não ser possível conhecer do pedido de reconhecimento da inexistência do dolo quando a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias ensejar o reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório produzido ao longo da marcha processual, por configurar providência incompatível nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula n. 7/STJ.

No caso, porém, não há necessidade de incursão aguda no acervo probatório dos autos, uma vez que considerados na análise apenas os elementos fático-probatórios delineados no v. acórdão recorrido e utilizados para manter a condenação do réu.

Pois bem. A norma penal citada define como criminosa a conduta de exigir tributo ou contribuição *indevidos*, ou, quando *devidos*, *de empregar na cobrança meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza, in verbis*:

Art. 316 - [...]

Excesso de exação

§ 1º - *Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: (Redação dada pela Lei n. 8.137, de 27.12.1990)*

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

O tipo penal, portanto, pune o **excesso** na cobrança pontual de tributos (exação), seja por não ser devido o tributo, ou por valor acima do correto, ou, ainda, por meio vexatório ou gravoso, ou sem autorização legal.

Ademais, o elemento subjetivo do crime é o dolo, consistente na vontade do agente de exigir tributo ou contribuição *que sabe ou deveria saber indevido*, ou, ainda, de empregar meio vexatório ou gravoso na cobrança de tributo ou contribuição devido.

E, consoante a melhor doutrina, “*se a dúvida é escusável diante da complexidade de determinada lei tributária, não se configura o delito*” (PRADO. Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral e Parte Especial. Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1.342/1.343, grifei).

Outrossim, ressalta-se que “*tampouco existe crime quando o agente encontra-se em erro, equivocando-se na interpretação e aplicação das normas tributárias que instituem e regulam a obrigação de pagar*” (BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 730, grifei).

Ainda, importante destacar que, “*utilizando uma técnica legislativa reservada a poucos crimes, o art. 316, § 1º, exige, além dos normais requisitos do dolo com relação aos elementos de fato, ‘o saber’ que a exação é indevida. Logo, o agente deverá ter ciência plena de que se trata de imposto, taxa ou emolumento não devido*” (CUNHA. Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, Parte Especial. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, pp. 872/873, grifei).

Nesse palmilhar, a relevância típica da conduta prevista no art. 316, § 1º, do Código Penal depende da constatação de que *o agente atuou com consciência e vontade de exigir tributo acerca do qual tinha ou deveria ter ciência de ser indevido. Deve o titular da ação penal pública, portanto, demonstrar que o sujeito ativo atuou para exigir o pagamento do tributo que sabia ou deveria saber indevido.*

Na dúvida, o dolo não pode ser presumido, pois isso significaria atribuir responsabilidade penal objetiva ao registrador que interprete equivocadamente a legislação tributária.

Para melhor elucidação da controvérsia, trago à colação o teor dessa legislação de regência da cobrança de custas e emolumentos à época dos fatos, Lei Complementar Estadual n. 219/2001, do Estado de Santa Catarina, in verbis:

Art. 4º Os emolumentos devidos:

[...]

II - ao Oficial de Registro de Imóveis, de acordo com a Tabela II e os Anexos 3, 4, 5 e 6;

[...]

Tabela II Atos do Oficial do Registro de Imóveis Notas:

1ª. Consideram-se registros com valor, dentre outros, aqueles referentes a transmissão e divisão de propriedade (compra e venda, doação, dação em pagamento, etc.) e constituição de ônus reais (hipoteca, usufruto, etc.).

2ª. Na hipótese de o título versar sobre mais de um contrato, bem ou imóvel, no contexto do mesmo negócio jurídico, envolvendo as mesmas partes, serão devidos emolumentos integrais pelo de maior valor e 2/3 (dois terços) do que corresponder a cada um dos demais, observado o mínimo da tabela respectiva, não se aplicando esta redução nos casos de aquisição ou financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação (nota 3ª, infra).

Pois bem, o acórdão recorrido, ao interpretar a norma em referência, atestou que, “conforme disposição da segunda nota à Tabela II da Lei Estadual Complementar n. 219/2001, **havendo o registro de imóvel por mais de uma parte, a cobrança dos respectivos emolumentos deve ser feita com observância ao ‘ato de maior valor’, no qual deveriam incidir ‘emolumentos integrais’** (e-STJ fls. 1.771/1772, grifei). Entendeu, portanto, que **a regra dizia respeito à pluralidade de partes.**

Já a testemunha de acusação, *Alexandre Postali*, assessor correicional à época dos fatos, segundo consta do acórdão atacado, ao explicar o conteúdo de tal norma, afirmou que “**a Nota do Regimento está se referindo a mais de um bem, a quantidade de imóveis e não à quantidade de pessoas [...]; que se aplica na multiplicidade de bens; que não se aplica a multiplicidade de pessoas**” (e-STJ fl. 1.776, grifei).

Ora, sem adentrar na discussão acerca de qual seria a interpretação adequada da legislação estadual, inclusive por não ser o recurso especial via adequada para tanto, **vemos em tais elementos probatórios clara divergência quanto ao significado do conteúdo da norma.**

Carlos Augusto Marques, testemunha de acusação, também assessor correicional à época dos fatos, em depoimento citado pelo acórdão atacado, atestou que “**o próprio regimento de custas e emolumentos não é tão claro quanto se desejaria, ele é um tanto quanto confuso e gera dificuldades de interpretação; não raras vezes nós fomos fazer inspeção e havia uma dissonância de um registro imobiliário para outro na interpretação do próprio código, inclusive eu cito um acórdão do desembargador que era corregedor à época em que ele levou isso ao Conselho da Magistratura até**

para esclarecer a questão se o ato [...], compra e venda, devia ser cobrado um ato só ou dois atos, [...] **não era tão claro, no estado inteiro; era comum que se encontrasse dissonância nas cobranças em relação um registro de imóveis praticava de um jeito e outro de outro, e não raras vezes, nós mesmos quando fazíamos nossa inspeção sentíamos certa dificuldade**” (e-STJ fls. 1.778/1.779, grifei).

E acrescentou que “**o regimento de custos e emolumentos [...] não é claro o suficiente, se nós sairmos no estado inteiro, há cobrança divergente [...] e isso a corregedoria vem, ao longo do tempo, buscando solucionar, buscando com atos normativos, buscando com circulares, etc, e que a cada pouco há uma interpretação nova a respeito de um assunto, e que muda o direcionamento, ora melhorando pro contribuinte, ora piorando, [...] a própria assessoria de custos e emolumentos, que eu já pedi uma vez para sair numa inspeção com a gente para que pudesse orientar melhor o registrador, por vezes se deparava com situações que nem eles conseguiam resolver na hora, e eles eram os especialistas da matéria**” (e-STJ fl. 1.782, grifei).

A testemunha de defesa Viviane Scramm, que trabalhou com o réu, segundo relatado pelo Tribunal *a quo*, afirmou que “**sempre foi uma bagunça a questão dos emolumentos, [...] nem a Corregedoria entendia; que cada Cartório entende de uma forma; [...] que sempre teve essa discrepância de valores; que permite a várias interpretações no regimento de custas; que o dispositivo relacionado aos emolumentos dá margem a interpretação**” (e-STJ fl. 1.786, grifei).

Daniel Boabaid, testemunha de defesa, registrador de imóveis à época dos fatos, declarou “**que trabalhava como assessor na Corregedoria [...]; que o registrador pode dar interpretação; [...]; que não recorda se tinha algum estudo sobre como proceder em relação aos emolumentos; que vai de interpretação; que o depoente aplica uma vez só; que até pode dar margem para outras interpretações; que não se recorda se tem algum ato normativo explicando como fazer a cobrança dos emolumentos**” (e-STJ fls. 1.788/1.789, grifei).

Já a testemunha de defesa Olair Júnior, profissional do mercado imobiliário de Itapema desde 1999, segundo o Tribunal de origem, “**ressaltou que a norma da Corregedoria é explícita, mas deixa algumas dúvidas [...]; ficou sabendo que cada pessoa que comprava ou vendia, que se tivesse multiplicidade, o Doutor fazia dois registros, R1, que já era da matrícula, e fazia R2 e R3**” e “**que achava que isso era o correto; que Dr. Guilherme gostava que as coisas fossem de forma correta**” (e-STJ fls. 1.789/1.790, grifei).

Assinalo, ademais, que a testemunha Alexandre Postali, assessor correicional, conforme relatado pelo Tribunal *a quo*, informou que, “**como existem**

sempre novas modalidades de negócio e contratos, precisa sempre ser acrescentado por notas explicativas” e que “o processo aqui tramita graças a uma interpretação dada pelo registrador [...] nunca deu orientação ao Sr. Guilherme” (e-STJ fls. 1.776/1.777, grifei).

Necessário destacar, também, as declarações do *assessor correicional, Carlos Augusto Marques, acerca da atuação da Corregedoria*, no caso de adoção de metodologia de cobrança errônea pelos registradores (e-STJ fl. 1.780, grifei):

[...] é comum que a Corregedoria, analisando várias inspeções correicionais, até regionais, e verificando que o mesmo equívoco acontece, expede uma circular, ou uma nota qualquer, orientando a melhor forma de cobrança

Se não houve um dolo, se não fosse uma coisa flagrante, que não fosse uma coisa maldosa, que se fosse uma questão, um entendimento, praticado sempre da mesma forma, então é entendimento divergente; [...]

Quando o erro acontecia em vários atos, sempre da mesma maneira, nós interpretávamos como entendimento, mesmo se esse entendimento fosse contrário à indicação de como nós entendíamos que seria o correto; é prática da Corregedoria, em permanecendo alguma dúvida, antes de fazer a orientação, que faça sempre um estudo para que oriente todos da mesma maneira. Não raras as vezes o oeste tinha uma forma de tratar, o sul outra, o norte outra, nós vivíamos lutando para orientar todos no mesmo sentido;

Ora, segundo tal relato, a aplicação de um método interpretativo divergente daquele considerado pela Corregedoria não era comumente visto como ilícito penal, mas como *interpretação diversa, a atrair orientação para que se adotasse método mais adequado*.

Mister destacar, outrossim, que *a prova material na qual se embasou a condenação consistiu nos registros relativos às matrículas n. 9.979 (fls. 100 – 104), n. 4.640 (fls. 110 – 115), n. 19.520 (fls. 126 – 130) e n. 25.518/26.470 (fls. 115 – 122), na quais o réu teria efetuado cobrança acima do teto previsto na legislação estadual alhures citada, a partir da aplicação do método interpretativo considerado errôneo pela Corregedoria*.

Ocorre que, como pontuou a defesa, *utilizando o mesmo método*, no registro das matrículas n. 13.434 e 13.435, *o réu praticou cobrança de tributo abaixo do valor devido, tendo sido absolvido em relação a tais condutas*.

E, ao ponderar sobre tais circunstâncias, chego à dedução de que *o modo como se deu a cobrança de emolumentos a maior, nas matrículas n. 9.979 (fls. 100 – 104), n. 4.640 (fls. 110 – 115), n. 19.520 (fls. 126 – 130) e n. 25.518/26.470 (fls.*

115 – 122), *é fruto de interpretação equivocada da lei estadual pelo recorrente, e não de conduta criminosa.*

De fato, verifico que o texto da legislação de regência de custas e emolumentos, vigente à época dos fatos, provocava certa dificuldade exegética entre os cartórios do Estado e, inclusive, dentro da própria Corregedoria, sendo razoável, a meu ver, a adoção pelo réu de procedimento diverso daquele aplicado por registradores de outras comarcas, ou mesmo pela Corregedoria.

Sendo assim, na minha compreensão, os elementos dos autos não trazem dados inequívocos bastantes a demonstrar que o réu agiu *com vontade dirigida à exigência de tributo que sabia indevido*; esses revelam, na verdade, que o réu adotou interpretação equivocada na aplicação da norma tributária.

Além do mais, a alegação do acórdão vergastado de que “*era dever do acusado possuir amplo conhecimento da legislação aplicável à função pública que exercia, incluindo sua correta interpretação, sobretudo no que diz respeito à cobrança de valores desembolsados pelo cidadão em busca da regularização dos bens que lhe pertencem*” (e-STJ fl. 1.794) está equivocada. Explico.

Não trata a hipótese de desconhecimento pelo recorrente da legislação pertinente ao seu ofício, mas de aplicação dessa norma a partir do entendimento que lhe parecia mais adequado.

Nesse ponto, trago novamente à baila a narrativa do assessor correicional Carlos Augusto Marques de que os membros da Corregedoria, responsáveis por orientar os notários na melhor interpretação da lei, “*por vezes se deparavam com situações que nem eles conseguiam resolver na hora, e eles eram os especialistas da matéria*” (e-STJ fl. 1.782).

Ora, tal afirmação revela que mesmo “os especialistas”, detentores de amplo conhecimento acerca da Lei Complementar Estadual n. 219/2001, do Estado de Santa Catarina, e do modo correto de aplicá-la, encontravam dificuldade na compreensão teleológica do regulamento. Desse modo, a tese defensiva de que “*a obscuridade da lei não permitia precisar a exata forma de cobrança dos emolumentos cartorários no caso especificado pela denúncia*” revela-se coerente com a prova dos autos.

De mais a mais, a maioria dos depoimentos testemunhais revela a atuação hígida do réu ante a titularidade do Cartório de Registro de Imóveis, a reforçar, a meu ver, que não se prestaria a sofrer uma imputação criminal para angariar R\$ 3.969,00 (três mil, novecentos e sessenta e nove reais), valor que teria sido cobrado a maior em apenas 5 registros de imóveis.

Confirmam-se os depoimentos das seguintes testemunhas nesse sentido:

Carlos Augusto Marques, assessor correicional (e-STJ fls. 1.781/1.782, grifei):

*[...] as exigências que o Guilherme Valentim começou a fazer lá na comarca foram rigorosas no sentido de que se cumprisse a lei como ela é, sem flexibilizar nada; [...] o concurso do Guilherme trouxe gente especialista e bem formada; então quando eles começaram a exigir, todas as comunidades, Barra Velha, Sombrio..., e começou a ter problema, onde tinha registrador novo, começou a ter problema, pela exigência do cumprimento da norma; passou a ter problema no estado inteiro; [...] **SIDUSCON várias vezes esteve aqui, representantes da classe política também tiveram na corregedoria, sim, tava incomodando todo mundo lá, incomodando no sentido de exigir literalmente o que dizia a lei, não era uma prática anterior; [...] várias vezes se tentou ações, o próprio SIDUSCON entrou com várias reclamações pedindo providências à corregedoria com relação a atuação do registrador de imóveis em Itapema e quando nós íamos lá o registrador de imóveis estava correto na sua atuação**, em exigir documentação, na forma que ele estava exigindo, inclusive, tem várias atas em que nós da corregedoria lavramos o procedimento em ata, escrevemos o procedimento minuciosamente, da análise de um título, de um empreendimento, eu não lembro o nome do prédio, não posso precisar o prédio, mas era exatamente de **um representante do SIDUSCON que reclamava que aquele prédio especificamente estaria sendo alvo de represália do registrador, nós fomos lá, analisamos item a item e verificamos que não havia nada que pudesse depor contra o registrador, muito pelo contrário, era uma prática equivocada da própria incorporadora que não sabia fazer incorporação***

Viviane Scramm, funcionária do réu no Registro de Imóveis de Itapema por 2 anos (e-STJ fls. 1.786/1.787, grifei):

[...]; que tem muito a elogiar o Dr. Guilherme; que nunca teve um padrão tão correto como Dr. Guilherme; [...] que sempre respondia os pedidos de dúvidas; que não entende essa ação; que quando Dr. Guilherme assumiu o Cartório para por ordem não foi fácil; que quando a pessoa marcava hora o Dr. Guilherme atendia; [...] que tem conhecimento que foram feitas denúncias contra o Registrador; que não sabe o conteúdo das Denúncias, que era para tumultuar o trabalho; que acredita que era mais pressão das construtoras; que o registrador contrariou interesses quando assumiu o Registro de Imóveis; que o registrador era muito correto e sempre ia dentro da Lei; que ele dizia que não era Juiz, que andava de acordo com que a lei previa; que por isso sempre encaminhava a pessoa via administrativamente os processos de dúvidas; que as pessoas queriam tudo para ontem; que por isso que ficaram contrariadas;

Luiz Antonio Rodrigues, fornecedor de material do Registro de Imóveis de Itapema (e-STJ fl. 1.787, grifei):

[...] *que houve a mudança na época; que veio um novo Tabelião, Dr. Guilherme; que pode dizer que a utilização do registro de Cartório melhorou; que deve ter melhorado a rotina do Cartório; que era visível as normas no Cartório; que havia a compreensão das pessoas; [...] que viu através da imprensa uma mobilização das imobiliárias e construtoras com relação a atuação do Cartório aqui na cidade;*

Olair Júnior, atuante no mercado imobiliário de Itapema (e-STJ fl. 1.789, grifei):

Que trabalha no mercado imobiliária em Itapema desde 1999; que sus esposa trabalhou com Dr. Guilherme [...]; que verificou que o registrador conduziu de forma correta, dentro da legalidade; [...] que sempre foi retilíneo; [...] que o Dr. Guilherme queria adotar uma tabela que achava correta; que o depoente entende que estava certo; que alguns colegas não gostaram pois criou algum trabalho para eles; que Dr. Guilherme gostava que as coisas fossem de forma correta;

Cristina de Freitas e Lélia Porciúncula de Freitas (e-STJ fl. 1.788, grifei):

A testemunha Cristina de Freitas, que afirmou ter registrado um imóvel no Ofício de titularidade do acusado à época dos fatos, declarou que “pagou as custas” e que “não se recorda de nenhuma dificuldade nos pagamentos”; o mesmo declarado por Lélia Porciúncula de Freitas, que informou “que adquiriu no ano de 2012 um imóvel em Itapema” e que, sem qualquer dificuldade, “foi até o Registro para lavrar a escritura do imóvel” (audiovisual - fl. 935).

Ademais, não subsiste a afirmação do acórdão recorrido de que, “*em que pesem as declarações que amparam a versão do acusado, a maioria meramente abonatória das condutas que lhe são imputadas, verifica-se que as informações prestadas pelas demais testemunhas ouvidas nos autos, em conjunto com os depoimentos prestados pelos funcionários da Vice-Corregedoria-Geral de Justiça, evidenciaram a prática do crime de excesso de exação*” (e-STJ fl. 1.788, grifei).

Com efeito, dos 9 testemunhos relatados no acórdão recorrido, apenas 2 são contrários à tese defensiva (Alexandre Postali, assessor correicional, e Lindis Antônia Wantowsky, adquirente de imóvel); 4 testemunhas corroboram a premissa de obscuridade na norma relativa à cobrança dos emolumentos, o que daria margem a interpretações diversas daquela desejada pela Corregedoria; e 6 assentam a justeza e correção do réu na condução dos serviços notariais, sendo uma delas, inclusive, a testemunha de acusação Carlos Augusto Marques, assessor correicional.

Desse modo, entendo que os elementos probatórios delineados pela Corte de origem evidenciam que, embora o réu possa ter cobrado de forma errônea

os emolumentos, o fez por mera divergência de interpretação da legislação tributária no tocante ao método de cálculo do tributo a ser recolhido nos casos em destaque. Mister destacar, outrossim, que, a partir da aplicação do mesmo método interpretativo, o réu praticou cobranças tanto acima quanto abaixo do valor de tributo devido.

Temerária, portanto, a condenação do réu à *pena de 4 anos de reclusão e à gravosa perda do cargo público*.

Outrossim, trago à memória, por oportuno, que, no *RHC n. 44.492/SC*, também relativo a este processo penal, a defesa alegou a ausência de justa causa para a persecução penal, antes da prolação da sentença condenatória, aos argumentos de que a denúncia não narrava a existência de dolo, de que estaria demonstrada a licitude da cobrança, de que havia comprovação de manifesta causa excludente de culpabilidade, qual seja, erro de proibição invencível. Conclui, assim, que, diante da fundamentação incompleta e inconsistente, está caracterizada a ausência de justa causa para a persecução penal.

A em. Ministra Laurita Vaz, relatora do feito, abraçou a tese de necessidade de trancamento da ação penal, assentando que *“não basta a ocorrência de eventual cobrança indevida de emolumentos, no caso, em valores maiores do que os presumidamente devidos, para a configuração do crime de excesso de exação previsto no § 1º do art. 316 do Código Penal, o que pode ocorrer, por exemplo, por mera interpretação equivocada da norma de regência ou pela ausência desta, a ensejar diferentes entendimentos ou mesmo sérias dúvidas de como deve ser cobrado tal ou qual serviço cartorial. É mister que haja o vínculo subjetivo (dolo) animando a conduta do agente.”*

E arrematou que *“a iniciativa de acionar o aparato Estatal para persecução criminal de titular de cartório, para punir suposta má-cobrança de emolumentos, em um contexto em que se constatam fundadas dúvidas, e ainda sem a indicação clara do dolo do agente, se apresenta, concessa venia, absolutamente desproporcional e desarrazoada, infligindo inaceitável constrangimento ilegal ao acusado.”* (*RHC n. 44.492/SC*, relatora Ministra Laurita Vaz, relator para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 21/8/2014, DJe 19/11/2014).

A em. relatora ficou vencida, decidindo a Turma, por maioria, pelo prosseguimento da ação penal em desfile.

Todavia, a meu ver, esse desfecho desconsiderou que, em observância ao princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve manter-se subsidiário

e fragmentário, e somente deve ser aplicado quando estritamente necessário ao combate a comportamentos indesejados.

De fato, a presente ação penal está maculada desde a denúncia, já que nem mesmo a peça inicial demonstrou o elemento subjetivo necessário para a caracterização do ilícito em tela, como acertadamente apontou resoluto a em. Ministra Laurita Vaz em seu voto.

Outrossim, na lição de Guilherme de Souza Nucci, o elemento subjetivo do crime “*é o dolo, nas modalidades direta (‘que sabe’) e indireta (‘que deveria saber’)*. Não há elemento subjetivo específico, *nem se pune a forma culposa.*” (NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 21. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 1.253, grifei).

Portanto, *não havendo previsão para a punição do crime em tela na modalidade culposa e não demonstrado o dolo do agente de exigir tributo ou contribuição que sabe ou deveria saber indevido*, é inviável a perfeita subsunção da conduta ao delito previsto no § 1º do art. 316 do Código Penal.

A propósito da conclusão aqui alcançada, colaciono estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Sonegação fiscal. Fraude. Elemento do tipo. Inexistência. Modalidade culposa. Ausência de previsão legal. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

1. *O legislador ordinário, ao descrever abstratamente o crime de sonegação fiscal, não previu a possibilidade de sua punição pela forma culposa, restringindo-o à regra prevista no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.*

2. *Para que o delito em comento se caracterize, não basta que o agente obtenha a redução ou supressão do tributo, mas que tal desiderato tenha sido alcançado mediante a utilização de um artifício fraudulento, seja por meio da omissão de um dever de informação que lhe é imposto, ou pela declaração de informações falsas à autoridade fazendária.*

3. *Sem que seja necessário o revolvimento do conjunto probatório, constata-se que, assim como reconhecido pelo próprio Conselho de Contribuintes, a conduta do paciente, embora tenha importado na supressão ou redução de tributo devido, não foi praticada com o dolo necessário para a caracterização do ilícito em tela, já que atuou mediante um conceito equivocado sobre o fato gerador da exação devida, e não se negou em prestar as informações necessárias para a correta quantificação do tributo.*

4. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade penal da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada.

(HC n. 135.426/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, relator para acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/2/2013, DJe 18/4/2013, grifei.)

Habeas corpus. Erro de interpretação da lei tributária. Ausência de fraude.

1. A errônea exegese da lei tributária quanto ao cálculo correto do ICMS no lançamento de crédito, em face da diferença de alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem, ausente o elemento fraude, não configura a infração tipificada no art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/90.

2. *A segurança jurídica não pode nem deve permitir que simples desconcontros interpretativos, ocorrentes muitas vezes até mesmo nas altas esferas do Judiciário sirvam de pretexto para acionamento da Justiça Criminal, como meio rápido, eficaz e expedito de incrementar as receitas governamentais.*

3. Na operação não houve fraude nem inserção de elementos inexatos em documentos, mas mero aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de transações interestaduais.

4. Ordem concedida.

(RHC n. 7.798/PR, relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 25/5/1999, DJ 14/6/1999, p. 227, grifei.)

Assim, a absolvição do recorrente é de rigor.

Prejudicado o pleito de desclassificação da conduta.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolver *Guilherme Torquato* do crime do § 1º do art. 316 do Código Penal, objeto de apuração na Ação Penal n. 0010371-76.2012.8.24.0125, por atipicidade da conduta.

É como voto.