



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.877.808-DF
(2020/0131851-1)**

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

Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Agravado: Thiago Carvalho Cabral

Advogado: Thiago Machado de Carvalho - DF026973

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Homicídio na direção de veículo automotor. Afastada a competência do Tribunal do Júri por ausência de dolo. Pleito de pronúncia. Binômio embriaguez ao volante e excesso de velocidade. Insuficiência para afastar a forma culposa do delito.

1. Legítimo o afastamento da competência do Tribunal do Júri pela Corte local, de forma fundamentada, na medida em que considerada a inexistência de dolo eventual.

2. O binômio embriaguez ao volante e excesso de velocidade não implica necessariamente a presença de dolo eventual, a justificar a submissão do réu a julgamento pelo júri, sem que haja firme demonstração da existência de outras particularidades que excedam a violação do dever objetivo de cuidado, caracterizadora do tipo culposos.

3. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do 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.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

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

DJe 15.8.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região): – Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso especial.

Alega o MP que, “Diferentemente do que foi assentado na decisão agravada, foram apontados três elementos que podem sugestionar a presença do dolo eventual: o acusado dirigia em alta velocidade, sob a influência de álcool, e tentou realizar uma ultrapassagem em local proibido. Assim, há elementos suficientes que impedem que seja afastada a apreciação dos fatos pelo Juízo natural da causa, ou seja, o Tribunal do Júri” (fl. 1.054).

Sustenta que “a ausência de elementos de convicção robustos para a exclusão do *animus necandi* deixa claro que carece de certeza qualquer juízo a respeito da suposta ausência de dolo homicida, razão pela qual deve ser reservada ao Juízo natural da causa – o Júri – o exame dessa alegação defensiva” (fl. 1.054).

Requer, nesse contexto, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso a julgamento pela Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) (Relator): – Para a devida contextualização, a decisão agravada foi assim vazada:

Visa o recorrente à pronúncia do recorrido como incurso nos delitos de homicídio consumado e tentado na direção de veículo automotor.

Ao acolher a tese defensiva, afastando a competência do Tribunal do Júri, o acórdão recorrido foi assim fundamentado (fls. 843-888):

No caso em análise, o objeto da divergência cinge-se ao reconhecimento do elemento subjetivo da conduta do réu. O deslinde da questão reside em estabelecer se o acusado agiu com dolo eventual, por ter previsto e aceitado o risco em sua ação, ou de maneira culposa, por ter a previsibilidade do evento danoso, mas não admitir sua ocorrência, sendo certo que esta última exclui a competência do Júri para sua análise.

No caso, o embargante foi denunciado pela prática dos crimes de homicídio consumado e tentado, qualificado pelo emprego de meio que resultou perigo comum, embriaguez ao volante e inovação artificiosa de estado de lugar para induzir a erro agente policial, perito ou Juiz porque, no dia 9 de outubro de 2016, por volta das 16h30, na via de acesso entre a DF - 001 e o Condomínio Quintas da Alvorada, dirigia veículo automotor, embriagado e de forma perigosa, em velocidade acima da permitida, quando colidiu contra o veículo em que estavam as vítimas Eunides Ramos de Souza (37 anos) e Stephanie Ramos de Souza (17 anos); mãe e filha, matando a primeira e ferindo seriamente a segunda, a qual somente não veio a óbito porque não foi atingida de forma imediatamente letal e recebeu pronto e eficaz atendimento médico.

Consta, ainda, que os crimes contra a vida foram cometidos com o emprego de meio que resultou perigo comum, eis que outros automóveis trafegavam ao lado da via, de pista simples e delimitada por meio-fio, sendo que o acusado, após ingerir grande quantidade de bebida alcoólica, empreendia velocidade excessiva e fazia manobras perigosas, inclusive pela contramão da direção.

A denúncia narra também que após a colisão, o acusado, de forma livre e consciente, juntamente com outras pessoas não identificadas, inovou artificialmente no estado do lugar do fato, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito e o Juiz, ocultando garrafas de bebidas alcoólicas que estavam no interior de seu automóvel.

Após regular instrução, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, sendo o réu pronunciado para ser julgado pelo Tribunal do Júri pela prática do delito tipificado no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal; artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal e artigos 306 e 312, ambos do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 451/457).

Irresignados, o Ministério Público e a Defesa interpuseram recurso em sentido estrito (fls. 460 e 474).

No julgamento dos recursos, o prolator do voto minoritário, acolhendo a tese da Defesa, deu provimento ao recurso defensivo e negou provimento ao recurso ministerial. Desclassificou o crime de homicídio qualificado

consumado (vítima Eunides Ramos de Souza) para homicídio culposo no trânsito - art. 302 da Lei n. 9.503/1997 - e manteve a decisão de pronúncia no ponto em que operou a desclassificação do crime de homicídio qualificado tentado (vítima Stephanie Ramos de Souza) para o crime previsto no artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal (fl. 573-v), determinando a remessa dos autos ao Juízo competente.

A condutora do voto majoritário, por outro lado, entendeu que no presente caso, há elementos a subsidiar a tese de que o acusado agiu com dolo eventual, assumindo o risco de produzir o resultado morte, tendo, ao final concluído pela presença dos requisitos autorizadores do julgamento pelo Tribunal Popular, sob os seguintes fundamentos (fls. 563-v/568-v):

(...) Como se vê, diferente do que alegado pela Defesa, há elementos aptos a embasar a pronúncia do acusado diante da certeza de sua presença no local e no momento do fato, havendo indícios suficientes de que os fatos se deram como em denúncia narrados e que imputáveis ao acusado. No tocante, há indicação suficiente na prova testemunhal (declarações de Luan, Pedro Sanches, Marcelo Eduardó, Rodrigo Freitas, Reinan, Claudecí, da vítima Stephanie, etc.) de que o réu conduzia o veículo Fiat/Punto sob o efeito de álcool e em velocidade acima da permitida na via; que realizou ultrapassagem em local proibido (curva); que, por essa razão, veio a colidir de frente com o automóvel Fiat/Uno em que estavam as vítimas, uma delas vindo a óbito e lesionando gravemente a outra; que se recusou a realizar o teste de alcoolemia; e que, com o auxílio de outras pessoas, desfez-se de garrafas e de latas de bebida alcoólica que estavam no interior do Fiat/Punto por ele dirigido.

Quanto ao elemento subjetivo da conduta, apesar de a resposta final sobre a questão caber aos jurados, faz-se necessária uma análise sumária com vistas a um adequado juízo de admissibilidade da imputação criminal, especialmente por se tratar de acidente de trânsito com vítima e embriaguez ao volante, em que há uma linha tênue entre a existência de culpa consciente e dolo eventual, o que definiria a competência ou não do Tribunal do Júri a depender dos elementos de convicção acostados aos autos.

A Defesa alega que o réu agiu com culpa consciente e não com dolo eventual., Porém, não lhe assiste razão, ao menos nesta fase, o pleito de exclusão da imputação dolosa à conduta do recorrente e a consequente desclassificação para o crime descrito no art. 302 do CTB.

É cediço que o ordenamento jurídico -penal acolheu expressamente a convivência entre o dolo direto e o eventual no art.

18, I, CPB, equiparando-os no tocante aos efeitos. Eis o dispositivo legal citado:

“Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984) Crime doloso (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984) I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)” Ao se utilizar da expressão “assumiu o risco de produzi-lo” (o resultado), o dispositivo adota posição defendida pela teoria do consentimento ou da assunção (que faz parte das teorias volitivas do dolo eventual), a qual exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típicos podem realizar-se, mas que o agente também, se ponha de acordo com isso na forma de conformar-se, de aceitar ou de assumir o risco de sua produção.

Portanto, se o agente, embora reconhecendo o perigo concreto de produção do resultado, o toma como meio para alcançar seus outros objetivos, preferindo arriscar-se em produzi-lo a renunciar à ação, atua com dolo eventual [11 Nesse contexto, a atribuição do dolo eventual à conduta do agente deve ser feita através da análise das circunstâncias concretas da conduta delitiva, de modo a se ter como aceitável concluir que, da ação praticada, somente seria imaginável ao agente assimilar fatores favoráveis à ocorrência do resultado, e de que as chances de evitá-lo mediante a sua própria atividade fossem praticamente nulas.

Na espécie vertente, há elementos mínimos a subsidiar a tese de que o acusado agiu, com dolo eventual.

As declarações das testemunhas Luan, Pedro Sanches, Marcelo Eduardo, Rodrigo Freitas, Reinan, Claudécí e da vítima Stephanie dão conta de que o acusado, em tese, conduziu o veículo embriagado, em velocidade acima da permitida na via e ultrapassou em local proibido (curva), circunstâncias que determinam raciocínio no sentido da consciência de que sua atuação poderia seriamente lesar ou por em perigo bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Mesmo diante desta previsão, há indicação de que, em tese, o réu mostrou-se indiferente à ocorrência do resultando, intitulando-se motorista de disputa ilegal de corridas (conforme se extrai das declarações de Luan em sede inquisitorial e em juízo), o que sinaliza conformação ao risco do resultado.

Assim, da embriaguez ao volante, da velocidade acima da permitida na via, da ultrapassagem em local proibido e da intitulação de motorista de corrida ilegal decorrem indícios mínimos de assimilação de fatores favoráveis à realização de um resultado morte em eventual colisão frontal.

E vindo o veículo, efetivamente, a colidir frontalmente com outro automóvel,, não há como cindir o elemento subjetivo da conduta' do agente, como feito na decisão de pronúncia, de modo a tipificar os crimes de acordo com o resultado ocorrido em cada vítima - homicídio ou lesão corporal.

Na espécie, o risco de morte é assumido perante quaisquer pessoas que estejam no automóvel atingido, não havendo que se perquirir se as lesões sofridas pela vítima sobrevivente poderiam, com efeito, levá-la à morte. Nesse sentido, assiste razão ao Ministério Público. Sendo assim, reformo a decisão recorrida na parte da desclassificação da conduta delitiva em relação à vítima Stephanie Ramos de Sousa, e pronuncio o acusado por homicídio tentado, mantendo a pronúncia quanto ao homicídio quanto à vítima Eunides Ramos de Souza. (...)

Inicialmente, é de se registrar que, à luz da legislação de regência, o Magistrado, ao término da instrução processual do juízo de pronúncia, poderá: (a) pronunciar o réu, na forma do artigo 413 do Código de Processo Penal, caso se convença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, (b) impronunciá-lo, com fulcro no artigo 414 do mesmo Diploma, quando os indícios não forem suficientes na indicação da autoria delitiva (c) absolvê-lo sumariamente, nas hipóteses previstas nos incisos 1 a IV do artigo 415 do Estatuto Processual, ou seja, quando houver prova da inexistência material do fato, que o acusado não é o seu autor ou participe; a atipicidade da conduta; ou verificada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime; ou, por fim, (d) promover a desclassificação, quando entender que não se trata de crime doloso contra a vida, consoante prevê o artigo 419 do Código Penal.

Insta ressaltar que a decisão de pronúncia não estabelece valoração de mérito sobre os fatos angariados na primeira fase do procedimento especial do Júri, mas ao contrário, configura apenas admissão da inicial acusatória para que seja submetida a julgamento de mérito perante o Conselho de Sentença, que tem a competência constitucional para julgar, de forma soberana, os crimes dolosos contra a vida.

Nesses termos, o eg. Superior Tribunal de Justiça, assentou que a decisão de pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, não exige a certeza necessária à condenação.

Eventuais dúvidas, nessa fase, devem ser solucionadas sempre à luz do princípio in dubio pro societate" (AgRg no REsp 1.240.226/SE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015).

Este também é o entendimento desta Corte:

[...] Nesse sentido, prevalece o entendimento de que havendo indícios suficientes da autoria, deve-se determinar ao Júri o julgamento de causa

de sua competência, prevalecendo, nessa fase, o princípio *in dubio pro societate*.

No presente caso, a materialidade delitiva e os indícios de autoria restaram demonstrados pela Ocorrência Policial de fls. 26/32; Laudo de Exame de Corpo de Delito - Cadavérico (fls. 63/74); Laudo de Exame de Local de Acidente de Tráfego com Vítima Fatal (fls. 46/62); Laudo Papiloscópico (fls. 111/114); Laudo de Lesões Corporais - Indireto e Laudo Complementar (fls. 250/251 e 278/280), bem como pela prova oral angariada tanto na fase inquisitorial (fls. 2/11, 33/34, 35, 36/37, 83/84) quanto em Juízo.

A regra geral é que as pessoas sejam submetidas ao Tribunal do Júri quando praticam homicídio com dolo direto, ou seja, quando querem o resultado morte. No presente caso, o acusado foi denunciado por dolo eventual, diante da presença de indícios de que o resultado morte lhe era previsível e que assumiu o risco de produzi-lo.

É consabido, outrossim, que o dolo eventual se diferencia da culpa consciente: Naquele, o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, vale dizer, ele não se preocupa com o resultado, assumindo o risco de sua produção. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), mas confia em sua não produção.

[...]

Pois bem. Estabelecida a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, entendo que o presente caso enquadra-se na primeira hipótese, porquanto o quadro fático sugere que pode o réu ter assumido o risco da produção do resultado morte, circunstância que atrai a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e dos que lhe são conexos.

Conforme bem assinalado pela Des. Maria Ivatônia, no julgamento no voto condutor do Acórdão n. 1146126 - fls. 548/573, deve-se ter por assimilado pelo agente o risco de um resultado morte devido a uma possível colisão frontal de quem trafega pela via de sentido oposto à sua, sob efeito de álcool e em velocidade acima da permitida. Ocorrida a colisão com veículo tripulado por duas pessoas, causando o óbito de uma e lesionando gravemente a outra, não há como cindir o elemento subjetivo da conduta do autor para tipificar os crimes de acordo com o resultado lesivo. Portanto, incabível a pronúncia do réu por homicídio consumado e lesão corporal grave, devendo ser mantida a pronúncia pelo homicídio consumado, pronunciando-o também pelo homicídio tentado.

Com efeito, há elementos probatórios coligidos nos autos que sinalizam no sentido de que o réu conduzia seu veículo com capacidade psicomotora alterada pela ingestão de álcool, consoante relato das testemunhas, e em

velocidade incompatível com a máxima permitida para a via, conforme demonstrado no Exame de Local do Acidente de fls. 46/62.

A propósito, a testemunha presencial do acidente Luan Lima Silva, amigo do réu, atestou que ele ingeriu bebida alcoólica no dia dos fatos, bem como conduzia o veículo em alta velocidade, apesar de o depoente pedir para que fosse -mais devagar. Perante a autoridade policial, assim se manifestou (fl. 26):

[...]

A testemunha Gildení Lacerda Gonçalves apresentou a mesma versão em sede inquisitorial (fls. 4/5) e em Juízo (fl. 343). Sustentou que estava logo atrás do carro da vítima e que chegou ao local dos fatos após o acidente, momento em que viu no interior do veículo do réu garrafas de bebida alcoólica. Disse que os passageiros e o condutor do veículo (o acusado) tentaram fugir e se desfazer das bebidas que estavam dentro do automóvel. Ainda, disse ter sido informada por outra pessoa que o carro conduzido pelo réu havia ultrapassado em alta velocidade, quase causando uma colisão.

No mesmo sentido foram as declarações da testemunha Valmir Geraldo da Silva, em sede inquisitorial (fl. 6). Acrescentou que no interior do veículo conduzido pelo acusado havia além de uma lata e garrafa de cerveja, uma garrafa de whisky.

f--- Em Juízo (fl. 345), a testemunha Reinan Souza Santos disse que tirou fotografias com o celular, registrando que, no interior do veículo, havia um litro de whisky no banco de trás, uma lata, e uma garrafa de cerveja, -- tendo entregado as fotografias para o Dèlegado Marcelo, autoridade policial que - presidiu o APF; - que os rapazes estavam aparentando embriaguez, falando arrastado, olhos vermelhos - e - cambaleando; que uma mulher foi no veículo do acusado com uma blusa de frio, envolvendo as embalagens de bebidas na blusa, retirando-as do automóvel; que um dos rapazes falava coisas "sem noção", afirmando que eles teriam sido "fechados" por um Citroen C4 e por isso o réu teria perdido o controle do seu veículo e colidido de frente com o veículo das vítimas.

O agente de trânsito Pedro Santos Guimarães Xavier, em sede policial, afirmou ter visto no interior do veículo do acusado uma garrafa de cerveja, e que recebeu informações de populares que os passageiros do veículo Punto tentaram se desfazer das bebidas alcoólicas que estavam no interior do automóvel (fl. 27). A mesma versão foi apresentada em Juízo (fl. 357), oportunidade em que declarou:

[...]

A testemunha Cláudio Coimbra dos Santos, policial, também afirmou que ao chegar ao local do acidente encontrou uma garrafa de cerveja no

interior do veículo Punto (dirigido pelo réu), comprimidos e um copo de vidro embaixo do banco do motorista (fl. 23).

O policial Marcelo Eduardo Carvalho, condutor do. flagrante, informou que foi até o hospital para apurar eventual crime de embriaguez.ao volante.

Atestou que Thiago se recusou por três vezes a fazer o teste de alcoolemia, porém apresentava claros sinais de embriaguez, como dispersão e fala lenta, além de ter admitido a ingestão de bebida alcoólica. Por fim, disse que quando retornou ao local do acidente, o veículo Punto estava totalmente queimado. Registrou ainda que o local do acidente é sinalizado com faixa contínua, o que significa que ser vedada a ultrapassagem (fl. 21).

Em Juízo, o referido policial ratificou as informações prestadas na Delegacia, nos seguintes termos (fl. 342):

[...]

A testemunha sigilosa, em Juízo, confirmou que estava na direção de seu veículo quando, de inopino, o automóvel conduzido pelo recorrente a ultrapassou em alta velocidade (fl. 348).

O Instituto de Criminalística constatou que a colisão ocorreu na faixa em que trafegava regularmente o veículo das vítimas. ,Vale dizer, segundo os experts, o réu teria invadido a faixa contrária, andando na contramão, em alta velocidade, provocando a colisão frontal entre os veículos. Além disso, conforme o Laudo de Exame de Local de fls. 46162, o réu trafegava em velocidade superior à permitida. Confira-se:

que a causa determinante do acidente foi o desvio de direção à esquerda do automóvel Fiat/Punto, por motivos que não puderam ser comprovados materialmente, resultando invadir a faixa de sentido contrário e colidir com o automóvel Fiat/Uno Mille que por ali trafegava regularmente, nas circunstâncias analisadas.

Ressalte-se que o automóvel trafegava com velocidade (80km/h) superior à máxima permitida para a via (60km/h) e que este excesso não contribuiu para a causa do acidente.

Entretanto, contribuiu para o agravamento das avarias nos veículos e das lesões nas vítimas.

O laudo aponta que o corpo de Eunides Ramos de Souza, condutora do Fiat/Punto, ficou preso às ferragens, “apresentando fratura das pernas e do braço esquerdo e quebração do pescoço”, e que, para o resgate das vítimas foi necessário o rasgamento do teto do veículo (fls. 47/48) No tocante à vítima Stephanie Ramos de Souza, o Laudo de Lesões Corporais Complementar (fls. 381/384) atesta que ela sofreu lesões contusas (fratura da clavícula e do úmero esquerdos e do pé direito), que resultaram - em incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

Note-se que no local do acidente não era permitida ultrapassagem e não havia acostamento, segundo se pode aferir das provas dos autos.

Nesse sentido, destaca-se o depoimento da vítima Stephanie Ramos de Sousa que, apesar do trauma sofrido e de não se lembrar do exato momento da colisão, em Juízo confirmou que em uma curva, viu os faróis de um veículo que vinha em sentido contrário e invadiu a faixa de rolamento em que sua mãe dirigia o Fiat/Uno. Afirmou que essa deve ter sido a hora da colisão, porque não se recordava de mais nada (fl. 341).

Não bastasse, o próprio acusado admitiu em Juízo que ingeriu bebida alcoólica antes do acidente, alegando, todavia, que não estava embriagado no momento da colisão frontal com o carro das vítimas. Admitiu a existência de uma lata de cerveja no interior do veículo, aduzindo que pertencia ao amigo Matheus.

Alegou que se negou a realizar o teste do etilômetro porque foi ameaçado por um policial militar quando estava no hospital. Disse que na Delegacia ele pediu ao Delegado para fazer o teste do bafômetro, mas este, ao saber da negativa anterior, não determinou a realização do teste (fls. 387/388). Acrescentou:

[...]

As testemunhas Edicarlos da Silva Brito e Bruno da Silva Brito, em Juízo (fls. 346 e 347, respectivamente), confirmaram que o acusado aparentava estar embriagado (olhos vermelhos e fala arrastada) e que pessoas ligadas aos rapazes retiraram garrafas de dentro do veículo.

A testemunha Rodrigo Freitas Carbone, Delegado de Polícia que presidiu o flagrante, em Juízo (fl. 358), confirmou que reduziu a termo depoimentos de testemunhas relatando que os ocupantes do veículo do réu, assim como pessoas a eles ligadas, desfizeram-se de garrafas e latas de bebidas alcoólicas; que o depoente orientou os policiais militares que procurassem tais objetos, mas eles não acharam; que o policial militar informou que o acusado havia se recusado a fazer o teste do barômetro no hospital; que ele se recusou novamente a fazer o teste etílico oferecido pelo depoente na Delegacia e que a recusa foi orientada pelo pai dele; que o réu aparentava sinais de embriaguez consistentes em vermelhidão nos olhos e raciocínio confuso.

Diante do conjunto probatório coligido nos autos, não se pode afastar, por ora, a imputação ao réu dos delitos dolosos contra a vida. Isso porque a alegação de ausência de dolo na conduta do réu não é indene de dúvidas. Ao contrário do que alega a Defesa, o feito reúne elementos a sugerir que o acusado, em tese, agiu de modo a assumir a ocorrência do resultado danoso, portando-se com dolo eventual em relação às duas vítimas: Eunides e Stephanie.

É possível extrair tal conclusão ao se analisar as circunstâncias que envolveram a dinâmica delitiva, em que o acusado ingeriu bebida alcoólica, conduziu seu veículo em alta velocidade e tentou realizar uma ultrapassagem em local proibido, fatores que possivelmente determinaram a ocorrência da colisão que gerou o resultado danoso, e que constituem indícios de que o agente assumiu o risco de provocar o resultado morte, agindo, dessa maneira, ao menos em tese, com dolo eventual, razão pela qual deve ser julgado pelo Tribunal do Júri.

Destarte, a desclassificação da infração penal de homicídio doloso para culposo em contextos como o dos autos só é admissível se nenhuma dúvida houver quanto à inexistência do dolo eventual. Havendo, de outra sorte, indícios de que estaria presente a indiferença do réu para com o resultado, deve o feito ser remetido para o Conselho de Sentença, sob pena de desrespeito à competência ditada pela Constituição Federal.

A orientação jurisprudencial é no sentido de que, apresentada denúncia por homicídio na condução de veículo automotor, na modalidade de dolo eventual, havendo indícios mínimos que apontem para o elemento subjetivo descrito, tal qual a embriaguez ao volante, a alta velocidade e o acesso à via pela contramão, não há que se falar em imediata desclassificação para crime culposo antes da análise pelo Conselho de Sentença.

[...]

No caso dos autos, uma vez verificada, na fase de pronúncia, a presença de indícios da existência de dolo eventual, deve o acusado ser submetido a julgamento perante o Tribunal Popular, pois o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa.

Noutro ponto de suas razões, a Defesa requer a exclusão da qualificadora do perigo comum, por entender que ele é manifestamente improcedente. Todavia, tal pleito também não merece prosperar. As circunstâncias qualificadoras devidamente descritas na denúncia somente podem ser excluídas, na fase de pronúncia, quando manifestamente improcedentes, pois havendo possibilidade de sua ocorrência, -a sua -apreciação deve ser remetida ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, repita-se. (Acórdão n. 743.633, 20090110408564RSE, Relator: *Humberto Adjuto Ulhoa* 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 12/12/2013, Publicado no DJe: 17/12/2013. Pág.: 193). O exame dos elementos de prova reunidos no presente caso aponta, a princípio, que a forma como o réu conduziu seu veículo resultou em perigo para outros automóveis que trafegavam ao longo da via, conforme se extrai do depoimento da testemunha Luan Lima Silva. Consigne-se que a testemunha Sigilosa I afirmou que instantes antes do

acidente, um veículo de cor preta ultrapassou ou seu carro, chamando sua atenção pela excessiva velocidade.

A testemunha Gildeni Lacerda afirmou que “conversou com uma mulher que foi ultrapassada pelo veículo Fiat/Punto, em alta velocidade, quase colidindo com seu veículo” (fl. 4).

Assim, a existência de indícios a sustentar a presença da qualificadora impede o seu afastamento nesta fase processual.

Quanto ao tema, trago à colocação os seguintes arestos deste Tribunal de Justiça:

[...]

Em suma, há prova indiscutível da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria que justificam a pronúncia, inclusive a qualificadora do perigo *comum*.

Os crimes previstos nos artigos 306 e 312, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, também deverão ser apreciadas pelo Conselho de Sentença, haja vista serem conexos aos dolosos contra a vida.

A defesa postula a absolvição do réu do crime de embriaguez ao volante, ao argumento de que não há provas de que ele estivesse embriagado, uma vez que não foi realizado o exame de alcoolemia.

Ao contrário do que assevera a Defesa, entretanto, a alteração da capacidade psicomotora para a direção de veículo automotor, nos termos da Lei n. 9.503/1997, após as alterações determinadas pela Lei n. 12.760/2012, poderá ser constatada tanto pelo exame do etilômetro, bem como por “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora” (art. 306, § 1º, li, do CTB).

Ainda de acordo com a alteração legislativa, a verificação do estado de embriaguez poderá ser “obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.” (art. 306, § 2º, do CTB - grifo nosso).

Nesse sentido, o eg. Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento no sentido de que “A Lei n. 12.760/12 modificou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de dispor ser despcienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito á contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora” (RHC 49.296/RJ, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014) Registre-se que a existência de dúvidas quanto ao consumo ou não de bebida alcóolica, como sustenta a

defesa, caberá ao próprio Tribunal do Júri, que também deverá decidir se o acervo é suficiente ou não para concluir-se pelo uso de bebida alcoólica ou afastá-lo, o que poderá efetivamente determinar também a decisão acerca da presença do dolo eventual ou da culpa consciente. - No que concerne ao crime previsto no artigo 312 do Código de Trânsito Brasileiro, há provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Isso porque a testemunha Glaudení (fls. 4/5) disse que viu o acusado se desfazendo de latas e garrafas de bebida alcoólica, assim, indícios de autoria criminosa, devendo a conclusão ser apontada pelos Jurados.

[...]

Voto Revisor

[...]

Na espécie, a materialidade dos delitos ressalta das provas coligidas nos autos, especialmente do Laudo de Exame de Local de Acidente de Tráfego com Vítima Fatal (fls. 46/62), do Laudo de Exame de Corpo de Delito - Cadavérico (fls. 63/74), do Laudo de Perícia Necropapiloscópica (fls. 111/114), da Ocorrência Policial (fls. 121/124), do Laudo de Exame de Corpo de Delito - Lesões Corporais Indireto e Complementar (fls. 250/251 e fls. 278/280), bem como da prova oral produzida na fase do inquérito e em Juízo.

De igual forma, há indícios suficientes de autoria para formar o juízo de admissibilidade, necessário para a pronúncia do recorrente. Verifico que os depoimentos colhidos durante a instrução apontam o acusado como o autor das condutas descritas na denúncia e não afastam, de forma incontestável, o dolo eventual.

Vejamos:

(...) A depoente afirma que estava dirigindo seu carro logo atrás do carro da vítima que estava mais a frente. A depoente afirma que parou seu veículo cerca de 300 metros antes do local do acidente para fazer uma ligação. (...) Em seguida, quando a depoente estava chegando próximo a portaria do Condomínio Quintas da Alvorada 1, a depoente avistou dois veículos atravessados no meio da pista, e reconheceu que um dos veículos era conduzido pela vítima *Eunides Ramos*. A depoente estacionou seu veículo e foi até o carro da vítima fatal e constatou que era *Eunides*, pois a vítima trabalha com a depoente. Além de *Eunides*, ainda estava no carro *Stafani Sousa*, filha da vítima. A depoente viu que os passageiros do veículo *Fiat/Punto* estavam do lado de fora do veículo e todos estavam falando ao celular. A depoente foi até o carro *Fiat/Punto* e verificou que, no interior do veículo, havia uma lata de cerveja Skol Beats, em cima do banco do passageiro dianteiro e uma garrafa de cerveja Stella, no

banco de trás. A depoente achou estranho o fato dos passageiros do *FiatPunto* estarem em alguns momentos sorrindo e brincando entre eles, logo após o acidente. Os passageiros do *Fiat/Punto*, juntamente com o condutor, tentaram fugir e descartar as bebidas que estavam dentro do carro, porém foram impedidos pela população que estava no local. Em seguida, chegaram as guarnições da polícia militar, bombeiro e *Detran* para preservarem o local. A depoente afirma que conversou com uma mulher que foi ultrapassada pelo veículo *Fiat/Punto*, em alta velocidade, quase colidindo com seu veículo. (...) A depoente informa que o local do acidente possui faixa contínua, ou seja, é vedada a ultrapassagem (...) (depoimento de Gildení Lacerda Gonçalves, fl. 4).

(...) O depoente ratifica integralmente a versão apresentada pela testemunha *Gildeni*, pois presenciou todo desdobramento dos fatos por ela narrados, bem como acrescenta que, no interior do veículo havia, além de uma lata e garrafa de cerveja, havia uma garrafa de whisky. (...) (depoimento de Valmir Geraldo da Silva, fl. 6).

(...) que o depoente imediatamente foi para o local e viu três rapazes já fora do carro, no chão, e um deles tentando sair do carro, meio cambaleando; que o depoente foi até o outro veículo e viu que uma mulher estava morta; que várias pessoas começaram a chegar ao local; que o depoente tirou fotografias com o celular; que havia um litro de whisky Red Label no banco de trás do veículo dos rapazes, além de uma latinha de Skol azul e uma garrafa de cerveja Stefia Artois; que o depoente inclusive tirou fotografias de dentro do veículo e entregou para o delegado Rodrigo, do Paranoá; que em dado momento um dos rapazes tentou fugir, mas foi impedido pela população, inclusive pelo depoente; que os rapazes estavam aparentando embriaguez, falando arrastado, olhos vermelhos e cambaleando; (...) (depoimento de Reinan Souza Santos, fl. 345).

(...) que os integrantes do Fiat Punto preto aparentavam estar embriagados, com olhos vermelhos e fala arrastada; que pareciam irônicos, dizendo que não foram responsáveis pelo acidente; que o depoente viu uma garrafa de cerveja Stefia Artois dentro do carro, no banco de trás; que pessoas ligadas aos rapazes retiraram coisas de dentro do carro, inclusive a garrafa (...) (depoimento de Edicarlos da Silva Brito, fl. 346).

(..) que quando chegou ao local encontrou ocupante do Fiat Punto deitados no chão; que um deles queria fugir do local, mas um irmão do depoente, Luis Carlos, impediu; que o depoente não olhou dentro do carro, mas viu quando pessoas ligadas aos rapazes retiravam uma garrafa e uma lata de bebidas, bem como outros objetos, de dentro

do carro; que os rapazes pediram para uma moça tirar “as bebidas do carro”; que algumas pessoas se aproximaram e essa moça passou a xingar, perguntando: “o que vocês estão olhando?”; que as pessoas responderam que estavam vendo a moça retirar bebidas do carro (...) (depoimento de Bruno da Silva Brito, fl. 347).

(...) que a mãe da declarante não havia ingerido qualquer bebida alcoólica e desenvolvia uma velocidade aproximada de 60 km/h; que numa curva, com faixa contínua, a declarante somente pode perceber os faróis de um veículo que vinha em sentido contrário e que invadiu a faixa de rolamento por onde transitava o Fiat Uno; que a declarante “apagou” em seguida, não se lembra de mais nada; (...) (depoimento da vítima Stephanie Ramos de Sousa, fl. 341).

O condutor do flagrante, policial militar Marcelo Eduardo Carvalho, confirmou que o acusado apresentava sinais visíveis de ingestão de bebida alcoólica, apresentando olhos vermelhos, fala lenta, ansiedade e dispersão, além de ter recusado por 3 (três) vezes, em momentos diferentes, ser submetido ao teste de alcoolemia. Esclareceu ainda que é vedada a ultrapassagem no local do acidente (fls. 2-E e 342).

No mesmo sentido é o teor dos depoimentos de outros agentes públicos que atuaram na ocorrência:

[...]

Ademais, embora tenha alterado parcialmente seu depoimento em Juízo, a testemunha Luan Lima Silva prestou, anteriormente, declarações coerentes e harmônicas no sentido de que o réu dirigia embriagado e em alta velocidade ao colidir com o veículo das vítimas:

[...]

Diante dos relatos das testemunhas, inclusive dos amigos do acusado, que estavam em sua companhia, tenho que não se pode afastar a hipótese de que o embargante tenha agido com dolo eventual.

Da leitura dos autos, constatam-se indícios suficientes de que, no dia dos fatos, o acusado, juntamente com mais dois amigos, ingeriu bebida alcóolica e deslocava-se, por volta das 18h30, para a residência de outra amiga, na região do Jardim Botânico, quando, conduzindo o veículo embriagado, empreendendo velocidade acima da permitida na via e realizando manobras arriscadas, tentou ultrapassar em local proibido o carro à sua frente, vindo a colidir com o carro das vítimas, que transitava na faixa contrária.

Existem, ainda, outros dados relevantes.

De início, não se pode olvidar da descrição dada pelas testemunhas no sentido de que o acusado aparentava estar sob o efeito de álcool,

com os olhos vermelhos, a fala arrastada, o raciocínio confuso, o andar cambaleante e grande excitação.

Ademais, merece destaque o excesso de velocidade constatado na condução do veículo automotor. O Laudo de Exame de Local de Acidente de Tráfego com Víctima Fatal (fls. 46/62) atestou que o acusado conduzia o veículo Fiat/Punto em via urbana, com duas faixas de trânsito separadas entre si por linha contínua na cor amarela e tachões, a uma velocidade na ordem de 80 Km/h, nos instantes imediatamente anteriores à colisão, concluindo que:

(...) a causa determinante do acidente foi o desvio de direção à esquerda do automóvel Fiat/Punto, por motivos que não puderam ser comprovados materialmente, resultando invadir a faixa de sentido contrário e colidir com o automóvel Fiat/Uno Mille que por ali trafegava regularmente, nas circunstâncias analisadas.

Ressalta-se que o automóvel trafegava com velocidade (80 km/h) superior à máxima permitida para a via (60 km/h) e que este excesso não contribuiu para a causa do acidente. Entretanto, contribuiu para o agravamento das avarias nos veículos e das lesões nas vítimas. (...)

Ressalte-se que, segundo a jurisprudência dominante, o dolo eventual não se extrai da mente do autor, mas sim do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Nesse sentido:

[...] No caso dos autos, entendo que a tese desclassificatória não merece ser acolhida nesta fase, uma vez que as provas colhidas nos autos, aliadas às circunstâncias do fato no caso concreto, não são capazes de afastar categoricamente a presença do dolo eventual, que se traduz na hipótese de que ele, embora prevendo que sua conduta (de dirigir embriagado, em velocidade excessiva e efetuando ultrapassagem em local proibido) pudesse provocar o resultado nocivo, dela não se absteve.

Havendo, pois, suficientes indícios de autoria e de materialidade do crime doloso contra a vida, na modalidade eventual, é de rigor o seu julgamento perante o Tribunal do Júri.

[...] Não é possível, portanto, nessa análise perfunctória, o afastamento da referida qualificadora, devendo a análise da real existência de perigo comum ser submetida ao Conselho de Sentença, sob pena de usurpar-se a competência constitucional do referido órgão.

Também não há que se falar, por ora, em absolvição dos crimes de embriaguez ao volante e inovação artificiosa de estado de lugar para induzir a erro agente policial, perito ou juiz.

É certo que a aferição dos critérios de concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar no organismo do condutor do veículo é feita, em regra, por testes de etilômetro ou sanguíneos.

Contudo, referidos exames não consistem em únicos meios para aferir traços da alteração psicomotora por alcoolemia, pois a novel redação do art. 306, § 2º, do CTB ampliou os mecanismos de prova da embriaguez etílica para “teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”.

Com efeito, os diversos depoimentos colhidos, inclusive de agentes públicos, dão conta de que o réu apresentava nítidos sinais de embriaguez e, ainda, que ele e pessoas relacionadas tentaram esconder as bebidas alcoólicas presentes no interior do veículo, alterando a cena do crime.

Registre-se que a palavra de agentes do Estado, no exercício de suas funções, é revestida da presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos em geral, especialmente quando não há nos autos indícios de que teriam algum motivo escuso para atribuir falsa imputação do crime ao embargante ou que teriam a intenção de prejudicá-lo:

[...]

Assim, tais acusações também devem ser levadas a julgamento perante o Tribunal Popular, juiz natural da causa e competente para apreciar livremente todas as provas produzidas, inclusive as declarações que eventualmente serão tomadas em plenário.

Voto Vencedor

[...]

Não é fácil a distinção do dolo eventual da culpa consciente no caso concreto, o que demanda uma análise minuciosa da conduta do réu, perscrutando o conjunto probatório dos autos, sendo certo que o tema atrai fortes entraves doutrinários.

E se para os doutores em Direito o tema é de difícil distinção, imaginemos para os juízes leigos do Tribunal do Júri. Penso que por ser tema eminentemente técnico, deve ser analisado e decidido com propriedade por ocasião da sentença de pronúncia, evitando-se o encaminhamento da questão ao referido Tribunal quando evidenciada a culpa consciente.

Ou seja, ainda que também possível a tese de dolo eventual, quando se descortinar maior evidência na tese da culpa consciente, não se deve relegar ao Tribunal do Júri a decisão final.

A propósito, o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), tanto na sua antiga redação como na atual, prevê a possibilidade de o agente conduzir o veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, tendo a Lei 13.546/17 recrudescido as penas para de 5 a 8 anos de reclusão justamente para se evitar o enquadramento na forma dolosa pela gravidade

do resultado. O propósito de penas mais severas já foi atingido com a referida Lei, não podendo esta situação de gravidade continuar a servir de pretexto para se imputar o dolo eventual e obter-se punição mais rígida em razão da gravidade do resultado.

E na presente hipótese, peço vênia para adotar como razões de decidir o voto minoritário do E. Desembargador Belinati, que analisou de forma detida os elementos fáticos dos autos, apontando contradições, para concluir pela inoccorrência do dolo eventual, desclassificando o crime doloso de homicídio para crime de competência ordinária, dando provimento, portanto, aos presentes embargos infringentes.

Segundo o disposto no art. 413 do Código de Processo Penal, deve o réu ser pronunciado quando presentes indícios de autoria suficientes:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º. A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Na presente hipótese dos autos, verifica-se que, mesmo sendo admitido o excesso de velocidade e a embriaguez, veio a Corte local a considerar certa (requisito da desclassificação) a inexistência de dolo eventual.

De fato, há precedentes desta Corte no sentido de não se considerar válida a conclusão de desclassificação, devendo ser mantida a pronúncia, como se verifica dos seguintes julgados:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Homicídio qualificado tentado no trânsito. Embriaguez ao volante e sob efeito de substância tóxica. Fuga do local do acidente. Omissão de socorro e condução de automóvel com o direito de dirigir suspenso. Dolo eventual. Pedido de desclassificação. Impossibilidade. Dolo eventual. Incompatibilidade com a tentativa. Possibilidade. Qualificadora. Exclusão. Competência do Tribunal do Júri. *Habeas corpus* não conhecido.

[...] II - Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No iudicium accusationis, inclusive, a eventual dúvida não favorece o acusado, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*.

III - O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.

IV - Na hipótese, o paciente foi pronunciado por homicídio doloso (dolo eventual), uma vez que, conduzindo veículo automotor com velocidade excessiva, sob o efeito de álcool e substância entorpecente, não parou em cruzamento no qual não tinha preferência e atingiu a vítima, que andava de motocicleta, a qual só não veio a óbito por rápida e eficiente intervenção médica.

V - “Consoante reiterados pronunciamentos deste Tribunal de Uniformização Infraconstitucional, o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Juri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal” (AgRg no REsp n. 1.240.226/SE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 26/10/2015). Precedentes do STF e do STJ.

VI - As instâncias ordinárias, com amparo nas provas constantes dos autos, inferiram que há indícios suficientes de autoria e materialidade a fundamentar a r. decisão de pronúncia do ora paciente, por homicídio tentado com dolo eventual, de modo que entender em sentido contrário demandaria, impreterivelmente, cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (precedentes).

[...] *Habeas corpus* não conhecido. (HC 503.796/RS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019.)

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio. Acidente de trânsito. Embriaguez ao volante. Aferição do elemento subjetivo do tipo. Análise da eventual caracterização de culpa consciente ou dolo eventual. Competência do Tribunal do Juri. Sentença de pronúncia restabelecida.

1. O deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Juri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá exercer amplamente a tese contrária à imputação penal. Precedentes.

2. Havendo elementos indiciários que subsidiem, com razoabilidade, as versões conflitantes acerca da existência de dolo, ainda que eventual, a divergência deve ser solvida pelo Conselho de Sentença, evitando-se a indevida invasão da sua competência constitucional.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.588.984/GO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016.)

Processual Penal. Acidente de trânsito. Homicídio com dolo eventual. Embriaguez com lastro em prontuário médico do réu. Prova ilícita. Não ocorrência no caso em análise.

1. No caso concreto, o ora paciente encontra-se denunciado por homicídio com dolo eventual, porque teria, na condução de veículo automotor, causado acidente automobilístico que, segundo a acusação, fora a origem de ferimentos em passageira do carro, eficientes para a sua morte.

2. A obtenção do prontuário médico do condutor do veículo, que também teria sofrido diversas lesões, diretamente pelo delegado de polícia, ainda na fase do inquérito, sem o consentimento do interessado, não denota prova ilícita, porquanto houve a sua ratificação pela Juíza processante, ao ensejo da decisão proferida após a resposta a acusação.

3. Não há, portanto, falar em ilicitude por derivação de laudo de corpo de delito indireto confeccionado com base no prontuário médico, indicando que estaria o ora paciente embriagado quando do acidente.

4. Ademais, o dolo eventual, na espécie, conforme consta da denúncia, está arrimado não somente na embriaguez, mas em outras constatações do inquérito, tais como elevada velocidade do veículo e desrespeito a sinal vermelho.

5. Impetração não conhecida. (HC 356.204/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016.)

Não obstante, cumpre salientar que não há regra matemática ou objetiva do dolo: a presença de uma ou duas ou três infrações ao dever de cautela não faz com que, a partir de determinado número, se considere como provado o dolo, ainda que eventual.

A despeito do legítimo anseio de combate à criminalidade no trânsito, muito destacada nos tempos presentes, a solução adotada majoritariamente pelo acórdão recorrido não deve ser alterada.

Seus assisados fundamentos merecem prestígio, tanto mais que expressam entendimento realista e pautado na razoabilidade, sem deixar de destacar que o julgamento fora do júri não implica leniência para tal tipo de criminalidade, ou mesmo impunidade, tanto mais que a pena corporal prevista para o caso é de 5 a 8 anos de reclusão, além da suspensão ou proibição do direito de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (Lei 9.503, de 23/09/1997 - art. 302, § 3º).

A expressão adotada pelo Código Penal, ao definir também como crime doloso aquele em que o agente “assumiu o risco de produzir o resultado” (dolo eventual), deve ser bem examinada, para evitar resultados que não os buscados pela lei. A fórmula criada, consistente na “embriaguez + velocidade excessiva = dolo eventual” não deve ser acatada em todos os casos sem um juízo crítico.

No dolo eventual, como se sabe, e como acentua o acórdão em causa, o agente prevê (antecipa mentalmente) o resultado, não o deseja, mas também não recua (com ele não se importa), enquanto na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas acredita que ele não virá a acontecer, arrimado na sua habilidade, cuidando-se, portanto, de questão de alto recorte técnico que, salvo em casos muito peculiares, não deve ser deixado ao decerto de juizes leigos.

Não se pode partir da premissa de que todos aqueles que dirigem embriagados e com excesso de velocidade não se importem em causar o resultado morte ou de lesões em terceiro, mesmo porque nada garante que também eles não sejam atingidos pelos infortúnios. O dolo eventual demanda a vontade e o consentimento, é dizer, o agente antecipa mentalmente o resultado como possível e o aceita, pouco se importando de fato com a sua ocorrência. Nem todos os casos onde houver a embriaguez + velocidade excessiva implicam dolo eventual (GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, 13ª Edição, 2011, Editora Impetus, Volume I, pp. 205-207).

O binômio embriaguez ao volante e excesso de velocidade não resulta necessariamente na existência de dolo eventual, sendo insuficiente para se submeter o réu a julgamento pelo júri, sem a demonstração da existência de outras particularidades que excedam a violação do dever objetivo de cuidado, caracterizadora do tipo culposo, como na espécie. No mesmo sentido:

Recurso especial. Tentativa de homicídio na direção de veículo automotor. Embriaguez e velocidade acima da permitida. Decisão de pronúncia. Desclassificação. Fatos incontroversos. Reavaliação cabível. Desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 302 do CTB. Ausência de circunstâncias excedentes ao tipo. Recurso não provido.

1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído.

2. Contudo, o que normalmente acontece (*id quod plerunque accidit*), nas situações em que o investigado descumpra regras de conduta do trânsito viário, é concluir-se pela ausência do dever de cuidado objetivo, elemento caracterizador da culpa (*stricto sensu*), sob uma de suas três possíveis modalidades: a imprudência (falta de cautela e zelo na conduta), a negligência (desinteresse, descuido, desatenção no agir) e a imperícia (inabilidade, prática ou teórica, para o agir).

3. Nem sempre, é certo, essa falta de observância de certos cuidados configura tão somente uma conduta culposa. Há situações em que, claramente, o comportamento contrário ao Direito traduz, em verdade, uma tácita anuência a um resultado não desejado, mas supostamente previsto e aceito, como por exemplo nos casos de “racha”, mormente quando a competição é assistida por populares, a sugerir um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores (que preveem e assumem o risco de que um pequeno acidente pode causar a morte dos circunstantes).

4. Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, “Desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato” (Comentários ao Código Penal. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955, destaquei). Assim, somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do averiguado.

5. As circunstâncias do presente caso, tal qual delineado na decisão de desclassificação e no acórdão impugnado pelo Ministério Público, apontaram-se elementos a evidenciar que, a despeito do excesso de velocidade, houve frenagem do automóvel conduzido pelo recorrido, a denotar que buscou impedir o resultado lesivo de sua conduta imprudente, atitude totalmente contrária à indiferença típica do comportamento eventualmente doloso.

6. Dessa forma, a mera conjugação da embriaguez com o excesso de velocidade, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não autoriza a conclusão pela existência de dolo eventual.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.777.793/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 17/09/2019).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, mantendo incólume o julgado recorrido.

Não se verificam motivos para conclusão diversa. Conforme já evidenciado na decisão agravada, foi afastada a competência do Tribunal do Júri pela Corte *a quo*, na medida em que considerada a inexistência de dolo eventual na espécie, conclusão que não merece reforma, porquanto, diferentemente do que sustenta o recorrente, inexistente regra matemática ou objetiva do dolo. A presença de uma ou duas ou três infrações ao dever de cautela não faz com que, a partir dessa circunstância, se considere como provado o dolo, ainda que eventual.

No dolo eventual, o agente prevê o resultado e, embora não o deseje, também não recua (com ele não se importando). Já na culpa consciente, o agente, conquanto também preveja o resultado, acredita firmemente que ele ocorrerá, confiando na sua habilidade.

Não se pode partir da premissa de que todos aqueles que dirigem sob a influência de álcool e com excesso de velocidade não se importem em causar o resultado morte ou lesões em terceiros, inclusive porque nada garante que também eles não sejam atingidos pelos infortúnios.

Nesse contexto, o binômio embriaguez ao volante e excesso de velocidade não resulta necessariamente na presença de dolo eventual, a justificar a submissão do réu a julgamento pelo júri, sem que haja demonstração da existência de outras particularidades que excedam a violação do dever objetivo de cuidado, caracterizadora do tipo culposo, tal como ocorre na espécie.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão recorrida.

É o voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS N. 721.933-SP
(2022/0032362-2)**

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

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Filipe Ricardo Silva Matos (Preso)

Advogados: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Fernando Nicolás Penco Juvé - SP420395

Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Embargos de declaração no *habeas corpus*. Recebimento como agravo regimental. Princípio da fungibilidade. Nítido efeito infringente.

Autoria delitiva baseada exclusivamente no reconhecimento fotográfico feito em sede policial. Insuficiência de prova para a condenação. Absolvição. *Writ* concedido. Agravo improvido.

1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva - reconhecimento fotográfico - para embasar a condenação, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo - depoimentos e apreensão de parte do produto do roubo na residência do réu, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal.” (AgRg no HC 633.659/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe 5/3/2021).

3. Nos termos da decisão hostilizada, a condenação teve como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico feito na Delegacia, sem as formalidades legais do art. 226 do CPP, mediante apresentação de fotografias constantes do acervo fotográfico da unidade policial, entre eles a do réu, tendo as vítimas o reconhecido, devendo, portanto, ser absolvido por ausência de provas quanto à autoria. Não há prova independente produzida na fase judicial a corroborar o reconhecimento fotográfico feito em sede policial.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

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, receber os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negar provimento, nos termos do voto do 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.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2022 (data do julgamento).

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

DJe 30.8.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região): — Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão que concedeu o *habeas corpus* para absolver o embargado.

O embargante aponta omissão na decisão impugnada, aduzindo que “o caso em tela não se trata de um roubo simples, no qual as vítimas pouco tiveram contato com os agentes. Pelo contrário, *in casu*, as vítimas permaneceram por tempo considerável em companhia e sob ameaça dos acusados” (fl. 164).

Sustenta que “resta claro que as vítimas permaneceram por horas em poder e sob ameaça dos réus, o que permitiu o reconhecimento de todos os acusados sem margem para dúvidas e a narrativa dos fatos com riqueza de detalhes” (fl. 165).

Enfatiza que, “em que pese a defesa não ter instruído o *habeas corpus* com as transcrições dos depoimentos prestados pelas vítimas durante a instrução criminal, consulta aos autos da ação penal de origem revelou que as vítimas foram uníssonas ao afirmar que era possível identificar os réus, pois o local não era escuro e os criminosos, durante toda a empreitada, utilizavam uma lanterna de celular” (fls. 165/166).

Acrescenta que o acórdão foi omissivo, também, quanto à importante participação do ora paciente nos fatos, destacando que, “da mesma forma, os depoimentos dos outros ofendidos, que também afirmaram ter ouvido o roubador indicar que já haviam praticado crime idêntico, semana anterior aos fatos, demonstrando a habitualidade da organização em cometer crimes gravíssimos” (fl. 166).

Destaca que “o acórdão também foi omissivo quanto ao fato de que o ora paciente empreendeu fuga durante a ação policial que libertou as vítimas e que não foi reconhecido pessoalmente pelas vítimas porque estava foragido” (fl. 166).

Requer que sejam conhecidos e acolhidos os embargos de declaração para sanar as omissões apontadas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) (Relator): — Em atenção ao princípio da fungibilidade recursal, os embargos de declaração devem ser recebidos como agravo regimental, já que o embargante efetivamente não pretende sanar omissão, contradição ou obscuridade que eventualmente estivessem a macular o *decisum* impugnado, senão buscar efeitos infringentes.

A decisão embargada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim proferida (fls. 152/158):

A impetrante requer a anulação da sentença condenatória diante da inexistência de provas válidas da autoria delitiva, sob a alegação de que a condenação do paciente foi baseada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, cujo valor probatório é insuficiente para tanto.

O Tribunal de Justiça, ao apreciar a tese de nulidade do reconhecimento fotográfico, assim se manifestou (fls. 81/83):

Na fase inquisitiva, Paulo Rogério e Estevão negaram a prática delitiva (fls. 154/156, 162/164). Já Anderson e Filipe, não foram encontrados, motivo pelo qual foram qualificados indiretamente (170/171 e 175/176).

Sob o crivo do contraditório, Estevão manteve a negativa, justificando que, na data dos fatos, estava com sua esposa e sogra em um sítio. Disse ainda que não conhecia os corrêus Paulo e Anderson (CD).

Paulo Rogério, por sua vez, negou veementemente a prática dos crimes. Disse que Filipe Ricardo era filho de sua ex-mulher e não conhecia os corrêus. Contou que ouviu quando os policiais disseram às vítimas para reconhecê-lo, mesmo estando com uma touca na cabeça (CD).

Filipe não compareceu ao seu interrogatório e para o reconhecimento pessoal, mas constituiu advogado para sua defesa (fls. 478).

A vítima Celso Rosendo da Silva declarou que, na data dos fatos, na companhia de sua esposa Simone, prestava auxílio mecânico ao seu amigo Fábio, ocasião que foram surpreendidos por dois homens, os quais, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo, notificaram o roubo. Informou que foram obrigados a entrar no veículo de sua companheira, momento em que conseguiu esconder a arma de fogo que trazia consigo sob o banco do motorista. Disse que Anderson assumiu a direção do carro, enquanto Filipe permaneceu sentado no banco de trás. Esclareceu que, no trajeto, Anderson disse ao seu comparsa que os levariam ao mesmo local em que, na semana anterior, teriam levado um casal. Em seguida, os criminosos pararam próximo a uma invasão do MST, momento em que Paulo Rogério, Estevão e uma pessoa não identificada, também armados, se

aproximaram e os obrigaram a desembarcar. Informou que foram ameaçados de morte e tiveram seus bens subtraídos. Asseverou que sua arma foi encontrada pelos assaltantes, motivo pelo qual foi agredido com socos, chutes e coronhadas. Contou que sofreu torturas físicas e psicológicas. Narrou que, após reunião com seus comparsas, Paulo Rogério determinou que iriam 'desová-los' na represa. Assim, colocaram-no no porta-malas do carro e, após dirigirem por alguns metros, os roubadores pararam o automóvel, momento em que ouviu sua esposa gritar que era vítima. Percebeu que policiais militares abordaram o veículo e que os roubadores haviam empreendido fuga (fls. 12/14 e CD).

Os depoimentos de Simone de Camargo Moraes e Fábio Ribeiro Aguiar corroboraram a versão apresentada por Celso. Simone, por sua vez, acrescentou que, após colocarem seu marido no porta-malas, os réus seguiram na condução do automóvel por 100 metros, quando se depararam com uma viatura da polícia militar, momento em que desembarcaram do auto e iniciaram fuga a pé, levando com eles os bens descritos na inicial (fls. 15/16, 24/25 e CD).

As vítimas reconheceram, por fotografias, sem sombra de dúvidas, os sentenciados como os autores dos delitos (fls. 14, fls. 17/18, fls. 36/37, fls. 38/39, fls. 43/44, fls. 45/46, fls. 50/51, fls. 52/53, fls. 54/57), consignando a chefia e comando exercidos por Paulo Rogério sobre os demais. Reconheceram, ainda, pessoalmente, Estevão, Paulo Rogério e Anderson (fls. 63/65, fls. 88/89, fls. 90/91 e fls. 92/94).

Cumpra esclarecer que os ofendidos confirmaram, com segurança, em juízo o reconhecimento realizado em solo policial.

Não excede mencionar que a regra prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal não é absoluta, tanto que consta do mencionado dispositivo que a pessoa que se pretende reconhecer será colocada, "se possível", ao lado de outras que com ela tiverem semelhança; recomendação esta que, caso não seguida, não tem o condão de invalidar o ato.

Por outro lado, em crimes como o de roubo, hodiernamente praticados às escondidas, de suma importância as palavras da vítima, pois não raro não há testemunha presencial.

É preciso ter em mente que as vítimas não conheciam os réus e não teriam interesse em gratuitamente incriminá-los, atribuindo-lhes a autoria de tão grave crime.

Esse é o entendimento predominante na jurisprudência: "A palavra da vítima de crime de roubo é, talvez, a mais valiosa peça de convicção judicial. Esteve em contato frontal com o agente e, ao se dispor a reconhecê-lo, ostenta condição qualificada a contribuir com o juízo na realização do justo concreto" (Extinto TACrim/SP Apelação Criminal n. 1.036.841-3, Rel. Des. Renato Nalini).

Ademais, as testemunhas de defesa Ana Cláudia Ramos e Jefferson Wilens Duarte da Silva não presenciaram os fatos, limitando-se a falar sobre os antecedentes de Estevão (CD). Já Celia, afirmou que, na data dos fatos, estava em

uma festa na companhia de sua filha e de Estevão, contudo, o fato de ser sogra do réu revela seu interesse na absolvição (CD).

Frente ao quadro probatório acima delineado, permanece inviável o acolhimento da pretensão absolutória.

Como se vê, o Tribunal de Justiça entendeu que “a regra prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal não é absoluta, tanto que consta do mencionado dispositivo que a pessoa que se pretende reconhecer será colocada, “se possível”, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança; recomendação esta que, caso não seguida, não tem o condão de invalidar o ato”.

No caso, consta da sentença que o paciente “Filipe não compareceu ao seu interrogatório e para o reconhecimento pessoal, mas constituiu advogado para sua defesa (fls. 478).”

Mas há nos autos o auto de reconhecimento fotográfico do paciente, em que as vítimas Simone, Celso e Fábio o reconheceram como autor dos fatos (fls. 13/18).

Extrai-se do termo de audiência de fls. 32/34 que o paciente não compareceu ao ato, apenas seu defensor constituído, que requereu a realização e renovação do reconhecimento pessoal, que foram indeferidas pelo juízo.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”. (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 18/12/2020).

Na espécie, verifica-se que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas em nível policial e sem nenhuma outra prova para embasar o édito condenatório. A propósito, o seguinte julgado:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Roubo. Reconhecimento fotográfico e pessoal realizados em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Invalidez da prova. Mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema. Autoria estabelecida unicamente com base em reconhecimento efetuado pela vítima. Absolvição. *Habeas corpus* concedido, de ofício.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

(AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que “as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei” (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017). Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação.

3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer que “O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”.

4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar “falsas memórias”, além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato.

6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de

uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.

7. Caso concreto: situação em que a autoria de crime de roubo foi imputada ao réu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico e pessoal efetuado pela vítima em sede policial, sem a observância dos preceitos do art. 226 do CPP, e muito embora tenha sido ratificado em juízo, não encontrou amparo em provas independentes.

Configura induzimento a uma falsa memória, o fato de ter sido o marido da vítima, que é delegado, o responsável por chegar à primeira foto do suspeito, supostamente a partir de informações colhidas de pessoas que trabalhavam na rua em que se situava a loja assaltada, sem que tais pessoas jamais tenham sido identificadas ou mesmo chamadas a testemunhar.

Revela-se impreciso o reconhecimento fotográfico com base em uma única foto apresentada à vítima de pessoa bem mais jovem e com traços fisionômicos diferentes dos do réu, tanto mais quando, no curso da instrução probatória, ficou provado que o réu havia se identificado com o nome de seu irmão.

Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto.

8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente. (HC 652.284/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021.)

Desse modo — trabalho mal feito nas duas fases da persecução, ao arripio das normas legais —, não se tendo nos autos a demonstração da autoria delitiva, concedo o *habeas corpus* para reconhecer a nulidade ocorrida em relação ao reconhecimento fotográfico e, por consequência, absolver o acusado da imputação constante da denúncia (art. 386, VII - CPP), determinando-lhe a soltura incontinenti, se por outro motivo não estiver preso.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva - reconhecimento

fotográfico - para embasar a condenação, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo - depoimentos e apreensão de parte do produto do roubo na residência do réu, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal.” (AgRg no HC 633.659/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe 5/3/2021).

No caso, contudo, como assentado na decisão agravada, percebe-se que a única prova da autoria delitiva em relação ao réu foi baseada em reconhecimento fotográfico sem as formalidades do art. 226 do CPP, feito na Delegacia, mediante simples apresentação de fotografias constantes do acervo fotográfico da unidade policial, dentre eles a do embargado, tendo as vítimas o reconhecido, conforme auto de prisão em flagrante (fls. 13/24), inexistindo prova independente a sustentar a prática delitiva.

Dessa forma, o MP não apresentou nenhum elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, contexto em que recebo os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual nego provimento.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 657.165-RJ (2021/0097651-5)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Advogados: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Marília de Abreu Quaresma Leitao

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Gerson Breno Viana Rosa

Interes.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Acordo de não persecução penal. Poder-dever do Ministério Público. Ausência de confissão no inquérito policial. Não impedimento. Remessa dos autos à

Procuradoria-Geral de Justiça. Inteligência do art. 28-A, § 14, do CPP. Necessidade. Ordem concedida.

1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do *Parquet*. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, 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), 09 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 18.8.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: **Gerson Breno Viana Rosa** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* que denegou a ordem no HC n. 0006724-83.2021.8.19.0000.

Consta dos autos que o réu foi denunciado, em 28/3/2020, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, oportunidade em que o Ministério Público deixou de oferecer-lhe acordo de não persecução penal sob o argumento de que o paciente não haveria confessado o delito no inquérito policial.

A defesa aduz que, diante de tal negativa, requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para reanálise da oferta, com base no que dispõe o § 14 do art. 28-A do CPP, mas teve seu pedido indeferido pelo Juízo singular por não haver sido preenchido o requisito legal objetivo da confissão, o que foi mantido pelo Tribunal *a quo* no julgamento do habeas corpus lá impetrado.

Afirma, nesse sentido, ser ilegal a conduta do Magistrado, uma vez que o acusado, perante a autoridade policial, ficou em silêncio e não foi informado sobre a possibilidade de celebrar ANPP em caso de confissão.

Sustenta que “O entendimento do membro do Parquet, abarcado pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, voltado à exigência de que a confissão deve ser apresentada em sede policial, sob pena de não incidência do ANPP contraria orientações e a própria normativa correlata elaborada no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro” (fl. 7), pois “no *fluxo do ANPP*, documento elaborado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, consta advertência no sentido de que ‘a negativa de confissão em sede policial não elide a possibilidade de confissão perante o Ministério Público. Havendo confissão perante o MP e, portanto, preenchido o último requisito objetivo, será celebrado o acordo (Enunciado 03 PGJ/MPRJ)’” (fl. 7).

Argumenta, ainda, que “o legislador, ao exigir a confissão formal e circunstanciada, não externou a necessidade de que ela fosse realizada na fase pré-processual. Como já dito, por configurar-se como um acordo, que pressupõe uma união de vontades, é imprescindível que o acusado, antes de confessar a prática delitiva, seja informado dos benefícios e ônus que terá que suportar ao aceitar a negociação, tornando praticamente impossível, que confesse o crime em sede policial, antes mesmo de ter conhecimento do direito ao ANPP” (fl. 12).

Requer, assim, “a concessão da ordem para que a ação penal permaneça suspensa enquanto os autos são remetidos ao Procurador-Geral de Justiça para avaliar o cabimento do ANPP, decretando, ainda, a nulidade dos autos desde a decisão em que deveria ter sido determinada a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça” (fl. 13).

Indeferida a liminar (fls. 128-129), o Ministério Público Federal apresentou parecer *favorável* à concessão da ordem (fls. 135-142).

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, verifico que o feito ainda não foi julgado e aguarda a realização de audiência de instrução designada para 23/5/2023.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Acordo de não persecução penal

Informam os autos que o réu foi denunciado, em 28/3/2020, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, oportunidade em que o Ministério Público deixou de oferecer acordo de não persecução penal sob o argumento de que o paciente não haveria confessado o delito no inquérito policial.

O Juiz de direito, ao rejeitar o pedido defensivo, afirmou que “Assiste inteira razão a promoção ministerial retro, posto que ausente um requisito legal objetivo que se exige, a saber, a confissão. Ademais, conforme mencionado pelo parquet, trata-se de uma faculdade do Ministério Público, não se tratando de um direito subjetivo do acusado. Dessa forma, indefiro o pedido de fls. 137/153” (fl. 101).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a decisão ao argumento de que “o paciente não confessou a prática do crime em sede policial, não preenchendo

um dos requisitos para o oferecimento do benefício em questão, o que torna ineficaz a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, ante a inviabilidade de formulação do acordo” (fl. 122).

A controvérsia reside na correta interpretação a ser dada à nova disposição contida no art. 28-A do CPP e em seu § 14, introduzidos pela Lei n. 13.964/2019, com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

[...]

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a *transação penal* ou com a *suspensão condicional do processo*, introduziu, no sistema processual, *mais uma forma de justiça penal negociada*.

Há diferenças substanciais, porém, entre tais institutos. A principal delas, a meu sentir, reside no fato de que, enquanto na *transação penal* o acordo é de cumprimento de penas (não privativas de liberdade) e no *sursis* processual já há um processo instaurado, no acordo de não persecução penal (ANPP) se acerta o cumprimento de condições (funcionalmente equivalentes a penas). Além disso, ao contrário do que se dá em relação aos dois outros institutos, o ANPP pressupõe, como requisito de sua celebração, prévia *confissão* do crime por parte do investigado.

O instituto se revela como *uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere* ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais.

Não foi feito com o propósito específico de beneficiar o réu – como se daria em caso de norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal –, mas para beneficiar a justiça criminal em sua integralidade, compreendidos, é certo, também os interesses dos investigados.

Na verdade, o novel instituto traz *benefícios tanto ao investigado quanto ao Estado*, visto que ambos renunciam a direitos ou pretensões em troca de

alguma vantagem: o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a provar sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade.

De fato, essa solução *negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais* (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa).

No caso, o Ministério Público se recusou a oferecer proposta de ANPP ao acusado sob o fundamento de que ele não confessou a prática do crime quando ouvido perante a autoridade policial.

A defesa sustenta, de outra parte, que o réu se limitou a exercer seu direito constitucional ao silêncio e, em nenhum momento, ele foi cientificado quanto à possibilidade de fazer jus à benesse legal caso confessasse a conduta.

Entendo assistir razão à defesa, pelos fundamentos que passo a expor.

De início, é importante salientar que, ao contrário do afirmado pelo Juiz de direito, o oferecimento de acordo de não persecução penal não consiste em uma “mera faculdade do Ministério Público” (fl. 60).

Realmente, é consolidado neste Superior Tribunal o entendimento de que não há direito subjetivo do réu aos mecanismos de justiça penal consensual, tais como a suspensão condicional do processo, a transação penal e, no que interessa para o caso, o acordo de não persecução penal. Ilustrativamente: “A Proposta de suspensão condicional do processo não se trata de direito subjetivo do réu, mas de poder-dever do titular da ação penal, a quem compete, com exclusividade, sopesar a possibilidade de aplicação do instituto consensual de processo, apresentando fundamentação para tanto” (*AgRg no HC n. 654.617/SP*, Rel. Ministro *Rogério Schietti*, 6ª T., DJe 11/10/2021).

Todavia, se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também *não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet*. O ANPP é um *poder-dever* do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade *regrada*) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos.

Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e *não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea*, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

Sobre o conceito de poder-dever, convém lembrar a lição clássica da doutrina administrativista:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

[...]

Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 67-68 e 90, grifei)

Bandeira de Mello, aliás, prefere a expressão *dever-poder*, em vez de poder-dever, justamente por enfatizar que se trata muito mais de uma competência atribuída ao ente exclusivamente para que possa cumprir a finalidade instituída em lei do que uma opção a ser exercida ao bel-prazer de seu titular. Confira-se:

Costuma-se dizer — insatisfatoriamente, aliás — que competências são uma demarcação de poderes, um feixe de poderes ou um círculo de poderes. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências. *Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres*, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. *Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever*, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. *É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas*

consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

Deveras, na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de funções, implicam dever de atuar no interesse alheio — o do corpo social —, compondo, portanto, uma situação de sujeição. Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em prol de um terceiro: a coletividade que representam.

Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para atender à finalidade em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de dever: o de prover àquele interesse.

Destarte, ditos poderes têm caráter meramente instrumental; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, o poder, na competência, é a vicissitude de um dever. *Por isto é que é necessário colocar em realce a idéia de dever — e não a de poder —, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o fim a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados “enquanto conjunto”, em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade.*

Em suma: *nem o Estado nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para auto-satisfação.* Estas, no Estado de Direito — onde “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e no qual se proclama que a “cidadania” é um de seus fundamentos (art. 1º, II, da Constituição Federal) —, obviamente não são instituídas em favor de quem as titularize, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142-143, destaquei).

Destarte, é sob o prisma do poder-dever (ou melhor, do *dever-poder*), e não da mera faculdade, que deve ser analisada a recusa do órgão ministerial.

II. Ausência de confissão no inquérito policial

Feitas essas considerações preliminares, passo a examinar o fundamento usado pelo Promotor de Justiça em primeiro grau para não ofertar proposta de

ANPP ao réu, o qual foi acolhido pelo Juiz de direito para deixar de remeter os autos à instância revisora do Ministério Público: *a ausência de confissão do réu no inquérito policial*.

Não ignoro, naturalmente, que o entendimento desta Corte Superior de que o simples requerimento de remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, “*por si só, não impõe ao Juízo de primeiro grau a remessa automática do processo ao órgão máximo do Ministério Público*, considerando-se que o controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público” (HC n. 668.520/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/8/2021, grifei).

Com efeito, se for evidente a ausência de algum dos requisitos *objetivos* para a celebração do acordo, não há necessidade de que sejam remetidos os autos à instância revisora do Ministério Público, o que apenas serviria para atrasar a marcha processual e sobrecarregar aquela instituição. Basta imaginar, por exemplo, a hipótese de crime de latrocínio, cuja pena mínima supera em muito o limite de quatro anos e ainda é cometido com violência. Não seria razoável, nesse caso, pelo mero requerimento da defesa, encaminhar o feito à Procuradoria-Geral de Justiça para reafirmar o nítido descabimento do acordo.

Nessa perspectiva, a ausência de confissão, como requisito objetivo, *ao menos em tese*, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP.

Faço lembrar, contudo, que, *ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito*, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

Tal entendimento é compartilhado por Sandro Carvalho, membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, para quem

O fato do investigado não confessar a prática ilícita no inquérito policial não inviabiliza, de plano, o acordo de não persecução penal. Como dito acima, há necessidade de confissão formal do investigado. E essa confissão deve ocorrer na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal. Dessa forma, mesmo que o investigado tenha negado a prática delituosa no inquérito policial, o membro do Ministério Público, verificando pelos autos que os demais pressupostos e requisitos do ANPP estão presentes no caso concreto, deve designar audiência extrajudicial na sede do Ministério Público para explicar o ANPP ao investigado e seu defensor e esclarecer que o ANPP pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa, deixando a critério do investigado se deseja confessar – e ter o ANPP – ou manter a negativa da prática já exposta durante o inquérito policial.

(CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n. 78, out./dez. 2020, p. 247-261, grifei)

É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento.

Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

A propósito:

A confissão não pode ser exigida de forma prévia ao ANPP, mas sempre de forma posterior, em que o investigado de maneira livre e orientada pelo seu

defensor deliberará a respeito da sua manifestação em troca das condições fixadas para celebração do ajuste, a fim de que seja evitado o processo penal e com proveito tanto para acusação quanto para defesa.

Ou seja, não há lógica em se exigir do investigado confissão prévia à manifestação do Ministério Público sobre o oferecimento do ANPP, tendo em vista que, naquela etapa ainda preliminar, é impossível saber se efetivamente haverá a proposta do benefício. Imagine-se, por exemplo, que o Parquet atribua classificação jurídica aos fatos mais gravosa se comparada com aquela dada pela autoridade policial (requisito objetivo) ou, então, entenda que o ANPP é insuficiente para prevenção e reprovação do crime (requisito subjetivo).

Nos dois últimos exemplos, a autoincriminação prévia do investigado em nada interferiria na ponderação acerca da viabilidade do ANPP, servindo apenas como prejuízo à defesa na fase de ação penal e em outras esferas do Direito. Da mesma forma, serviria como instrumento de pressão para que os investigados confessassem práticas criminosas visando a futura proposta de acordo.

(DAGUER, Beatriz, SOARES JÚNIOR, Rafael. *O momento da confissão e o acordo de não persecução penal*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-05/opinio-momentoconfissao-acordo-nao-persecucaopenal#:~:text=A%20confiss%C3%A3o%20n%C3%A3o%20pode%20ser,pe>, acesso em julho/2022).

Foi nesse sentido, aliás, o parecer do Ministério Público Federal (fls. 135-142, destaquei):

[...]

Ocorre que, ao não determinar a remessa dos autos à instância superior do MP, como determina o § 14, do artigo 28, do CPP, o juiz acabou por, efetivamente, incidir em ilegalidade, que não foi afastada pelo acórdão ora impugnado. Realmente, referido dispositivo legal consagra o sistema acusatório, não cabendo ao juiz decidir se vai ou não obedecê-lo, em determinada circunstância. Segundo a lei, “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.” É, portanto, ao órgão interno superior do Ministério Público (PGJ, Conselho ou Câmara) que cabe a revisão do ato do Promotor de Justiça, que age, ao não oferecer o ANPP, no exercício de sua precípua função de acusação. Não cabe, assim, ao Judiciário – cuja atuação se dá em outro momento – substituir a instância superior do Ministério Público. É a ela, e não ao juiz, que cabe dizer se a recusa no oferecimento do acordo deve ou não prevalecer. Manifesta, assim, a ilegalidade na não remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado, que merece ser corrigida por meio da concessão da ordem, no ponto.3.2.

Outrossim, o simples fato de o paciente não ter confessado a prática delituosa na fase pré-processual, não obsta que essa confissão venha a ser feita, implementando-se, assim, o requisito para o acordo.

Ademais, embora o tráfico de drogas seja apenado com pena mínima de 5 anos, verifica-se que o caso, a uma primeira vista, trata do denominado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, cuja pena mínima é inferior a 2 anos de reclusão.

No caso, o paciente é primário, com bons antecedentes (fls. 56/59), e não restou comprovada, de forma inequívoca, sua dedicação ao crime ou sua integração com organização criminosa, sendo que foi preso com 45 porções de maconha (77,3 gramas). Além disso, o fato de já se ter iniciado o processamento do feito criminal não é impeditivo do oferecimento do acordo.

Desse modo, *nos termos do art. 28-A, § 14º, do CPP, a hipótese justifica a remessa do feito ao órgão superior do MPRJ, submetendo a recusa do ANPP à revisão da instância competente.* A reforma do acórdão recorrido, portanto, é medida de rigor, uma vez que, de fato, há ilegalidade que merece ser afastada por meio da concessão da ordem de ofício.

Assim, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

III. Dispositivo

À vista do exposto, *concedo a ordem*, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

Comunique-se, *com urgência*, o inteiro teor desta decisão ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de origem, para as providências cabíveis.

HABEAS CORPUS N. 712.098-MG (2021/0395849-7)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz
Impetrante: Moises Bento Lacerda Neto

Advogado: Moises Bento Lacerda Neto - MG159038

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Carlos Henrique Goncalves da Silva

Corréu: Daniel Juneo Lopes dos Santos

Corréu: Igor Luiz Mota Soares

Corréu: Lucas Pereira Gomes

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Ausência de provas judicializadas para sustentar a autoria. Elementos de informação exclusivamente produzidos no inquérito policial. Pronúncia incabível. Ordem concedida.

1. O recente entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, firmado com observância da atual orientação do Supremo Tribunal Federal, é de que não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório produzido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial.

2. Na hipótese, o paciente foi pronunciado e condenado por quatro homicídios qualificados – três deles consumados e um tentado. O Tribunal estadual entendeu que a decisão dos jurados era manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto não havia provas judicializadas a respaldarem a versão acusatória.

3. Consoante afirmou a Corte local, havia apenas fracos indícios de autoria presentes unicamente na fase pré-processual, além de depoimentos judiciais prestados por policiais militares que não presenciaram os fatos e se limitaram a narrar o que teriam ouvido das vítimas e das testemunhas, as quais não corroboraram em juízo a versão supostamente apresentada aos agentes públicos. Com efeito, os ofendidos negaram peremptoriamente o envolvimento do paciente no crime. O Tribunal de Justiça explicitou, inclusive, haver “completa anemia de provas judicialmente constituídas”.

4. A constatação de evidente vulneração ao devido processo legal, a incidir na inobservância dos direitos e das garantias fundamentais, habilita o reconhecimento judicial da patente ilegalidade, sobretudo quando ela enseja reflexos no próprio título condenatório. A decisão de pronúncia foi manifestamente despida de legitimidade, sobretudo porque, na espécie, o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri com base exclusivamente em elementos informativos produzidos no inquérito e não confirmados em juízo.

5. É necessário ponderar a fragilidade da investigação policial apoiada apenas em depoimentos testemunhais, facilmente suscetíveis a mudanças de rumos causadas, eventualmente, por receio de represálias, mormente em casos envolvendo disputa de poder ou atos de vingança entre grupos rivais. As investigações precisam investir em outros meios probatórios que, independentemente dos depoimentos ou de confissões, possam dar maior robustez à versão acusatória.

6. A solução mais acertada para o presente caso é não apenas desconstituir o julgamento pelo Conselho de Sentença, como também anular o processo desde a decisão de pronúncia – pois não havia como submeter o paciente ao Tribunal do Júri com base em declarações colhidas no inquérito policial e não corroboradas em juízo – e impronunciar o acusado.

7. O art. 414, parágrafo único, do Código de Processo Penal preceitua que, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia em desfavor do ora impronunciado se houver prova nova.

8. Ordem concedida para anular o processo desde a decisão de pronúncia e, pelos argumentos expostos, impronunciar o paciente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, 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), 09 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 18.8.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Carlos Henrique Gonçalves da Silva* alega sofrer constrangimento ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão prolatado pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais* na Apelação n. 1.0433.19.011180-0/001.

A defesa busca a anulação do processo desde a pronúncia do paciente, uma vez que foi fundada, exclusivamente, em elementos de informação colhidos no inquérito policial.

Concedida a liminar para suspender o julgamento pelo Tribunal do Júri (fls. 583-586), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs agravo regimental.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do habeas corpus (fls. 574-581).

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

O paciente e outros três agentes foram denunciados pela prática de quatro homicídios qualificados – três deles consumados e um tentado – e associação criminosa. Os acusados foram *pronunciados* nos termos da denúncia, consoante decisão assim fundamentada (fls. 478-491, grifei):

Ultrapassada as questões preliminares, verificam-se dos autos que se imputam aos acusados *Carlos Henrique Gonçalves da Silva*, alcunhado como “Ticao”; *Daniel Júneo Lopes dos Santos*, cognominado “Juninho Pigmeu”; *Igor Luiz Mota Soares*, alcunhado como “Igor Perigo” e “Ipiri”; e *Lucas Pereira Gomes*, apelidado como “Lucão”, por haverem os denunciados concorrido as execuções de um (01) homicídio consumado perpetrado em desfavor do ofendido *Márcio Júnior Xavier*

Pereira e de três (03) homicídios não consumados praticados contra as vítimas *Guilherme Phillippe Amaral Silva*, *Hugo Cleverland Fonseca Gomes* e *Klayton Geraldo Tolentino*, todos qualificados, tanto pelo motivo torpe, quanto pelos empregos de meio do qual resultou perigo comum e de recurso hábil à dificuldade (*sic*) das defesas das vítimas; bem como formado, para as realizações de hediondos delitos, quadrilha ou bando armado; condutas reprovadas, respectivamente, pelo artigo 121, § 2º, 1. 111 e IV, em combinação com o artigo 29, *caput*, pelo artigo 121, § 2º, I, III e IV, conjugado com os artigos 14, *caput* e II, e 29, *caput*, e pelo artigo 288, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal – o último, cumulado com o artigo 8º, *caput*, da Lei número 8.072/90, fatos ocorridos na data de 19 de março de 2011, por volta das 17h40min, nas cercanias do estabelecimento comercial denominado “Bar da Praça” e situado na avenida Olímpio Pratas, número 668, bairro Major Pratas, Montes Claros, Minas Gerais.

Trata-se de ação pública incondicionada, intentada pelo Ministério Público para elucidação do crime descrito na denúncia.

[...]

A materialidade do delito de homicídio consumado está devidamente comprovada pelo relatório de necropsia encartado à composição das folhas 153-158 dos autos, documento que registram as lesões corporais sofridas pela vítima *Márcio Júnior Xavier Pereira* e afirmar que a morte do ofendido se deu por anemia hemorrágica aguda, por ferimento transfixante em abdome por projétil de arma de fogo.

A materialidade do delito de homicídio não consumado em face da vítima *Klayton Geraldo Tolentino*, também restou devidamente comprovada pelo laudo de corpo de delito encartado à formação da folha 177 e sumário de alta medida coligido à folha 178 dos autos, documento que registram as lesões corporais sofridas pela vítima.

Com relação aos ofendidos *Hugo Cleverland Fonseca Gomes* e *Guilherme Phillippe Amaral Silva*, trata-se de crimes conhecidos por tentativa branca ou tentativa incruenta, em que a vítima não sofre lesão, não se faz necessária a juntada do laudo de exame de corpo delito para comprovar a materialidade da tentativa, entretanto, tal fato que não altera em nada, o exame da materialidade do delito, em razão dessa modalidade não causar modificações no mundo exterior, adquirindo a prova oral especial relevo.

A materialidade restou provada pelos depoimentos prestados durante a instrução processual, especialmente, pelas declarações dos ofendidos *Hugo Cleverland Fonseca Gomes* e *Guilherme Phillippe Amaral Silva*, encartados às folhas 05 e 06 dos autos.

Consequentemente, tendo-se por certo que nesta fase processual a análise dos elementos de apuração quanto a autoria cingem-se apenas e tão-somente à viabilidade da acusação, tenho que *há indícios suficientes da autoria para*

pronunciar os acusados Carlos Henrique Gonçalves da Silva, alcunhado como "Ticão"; Daniel Júnio Lopes dos Santos, cognominado "Juninho Pigmeu"; Igor Luiz Mota Soares, alcunhado como "Igor Perigo" e "Ipiri"; e Lucas Pereira Gomes, apelidado como "Lucão", no cometimento dos crimes expostos na denúncia.

No caso em análise, há vários elementos que podem ser interpretados, razoavelmente, em detrimento dos denunciados acusados *Carlos Henrique Gonçalves da Silva*, alcunhado como "Ticão"; *Daniel Júnio Lopes dos Santos*, cognominado "Juninho Pigmeu"; *Igor Luiz Mota Soares*, alcunhado como "Igor Perigo" e "Ipiri"; e *Lucas Pereira Gomes*, apelidado como "Lucão", caracterizando-se indícios suficientes da autoria, especialmente, dos depoimentos colhidos na fase pré-processual e durante o curso da instrução do feito.

A testemunha *Valdemir da Costa Melo*, auscultado pela Autoridade Policial, conforme depoimento de folha 02-02v dos autos, declarou:

[...]

No mesmo sentido são as declarações prestadas pela testemunha *Jenilson Nascimento Santos*, conforme termo de depoimento de folhas 03-03v dos autos:

[...]

A testemunha *Cleiton Batista Leite* ouvida pela Autoridade Policial, à formação das folhas 04-04v declarou:

[...]

O ofendido *Hugo Cleverland Fonseca Gomes*, inquirido pela Autoridade Policial, conforme termo de folha 05-05v dos autos, informou:

[...]

O ofendido *Guilherme Phillipe Amaral Silva*, inquirido pela Autoridade Policial, conforme termo de folha 06-06v dos autos, informou:

[...]

O relatório circunstanciado de investigações encartado à formação das folhas 89-92 dos autos, elaborado pelos militares integrantes do Grupo de Proteção à Vida, da Décima Primeira Região da Polícia Militar, aponta os acusados como autores do homicídio e destaca que após as prisões de integrantes da facção criminosa capitaneada por "Malboro", na região do bairro Major Prates, atualmente vem comandada pelo acusado *Igor Soares Mota Soares*, vulgo "Igor Perigo", líder do tráfico de drogas na região desta cidade, *in verbis*:

[...]

Encartou-se a composição de folhas 119 a 126v dos autos, retratações feitas pelas vítimas *Hugo Cleverland Fonseca Gomes* e *Guilherme Phillipe Amaral Silva*, declarações das vítimas mencionadas vítimas, retratando seus depoimentos prestados perante a Autoridade Policial, cujas peças sequer deveriam terem sido juntadas aos autos, uma vez que as vítimas não tem capacidade postulatória para estarem em juízo sem a representação de advogado.

A testemunha *Hudson Flanfley Alves Periefla* ouvida pela Autoridade Policial, à formação das folhas 166-168 declarou:

[...] esclarece que é policial militar e integra o GPV - *Grupo de Proteção a Vida* e afirma que participou da prisão do *Lucas Pereira Gomes*, v. "*Lucao*", um dos suspeitos do crime ora em apuração; *Que* após tomar conhecimento do homicídio ocorrido no bairro Major Prates, em data de 19/03/2011, o depoente e outros integrantes do GPV se dirigiram para o local e lá chegando; as vítimas não foram encontradas, quando apenas recebido informações ali de que duas pessoas tinham sido baleadas; *Que* o depoente se dirigiu até o Hospital onde as vítimas estavam sendo atendidas, mas foi informado de que as duas vítimas, o *Márcio Junior Xavier Pereira* e *Klayton Geraldo Tolentino* estavam no bloco cirúrgico e assim sendo, o depoente foi até à casa de outra vítima, de nome *Hugo Clervand Fonseca Gomes*, onde encontrou ali a outra vítima do crime em tela, o *Guilherme Phillipe Amaral Silva*: *Que ao serem questionados pelo depoente sobre a autoria e motivação do crime, tanto o Guilherme, quanto o Hugo informaram ao depoente de forma bastante enfática e com muita propriedade do que estavam dizendo, de que os autores aproximaram do bar em duas motocicletas, sendo uma CG. 150, de cor preta e outra CG. 150. de cor prata e lá começaram a efetuar os disparos de arma de fogo e que Guilherme e Hugo estavam próximo a um orelhão (telefone público), estando perto dali outras pessoas sentadas nas cadeira de um bar, na calçada, que era bem próximo ao telefone onde estavam: Que quando as motocicletas chegaram o Ticão e Igor Perigo, que estavam nas garupas das motos desceram e empunharam as armas, tendo naquele momento as outras duas vítimas, até então desconhecidas por Hugo e Guilherme, passado correndo em frente a eles, momento em que foram atingidos: Que Guilherme disse ainda que realmente os autores tinham ido ali para matar ele e Hugo. acrescentando ainda que aquilo não ia ficar assim e que agora é que a guerra iria começar porque eles (Guilherme e Hugo) não estavam mexendo com ninguém, mas já que eles (os autores do crime, lá citados) começaram, eles iam correr atrás; Que Guilherme e Hugo disseram ainda, com maiores detalhes, que a motocicleta de cor preta estava sendo pilotada pelo *Daniel Juneo Lopes*, "*o Juninho Pigmeu*" e a outra de cor prata por *Lucas Pereira Gomes*, o "*Lucão*" e que as armas utilizadas tinham sido um revólver e uma pistola: Que em seguida. estando o *Lucas Pereira Gomes*, já detido, o GPV levou 11\$ vítimas *Guilherme* e *Hugo* até a presença do mesmo (*Lucas*), estando as duas vítimas dentro de uma viatura descaracterizada e *Lucas* em um pátio, diante do que. tanto o *Guilherme* quanto o *Hugo*. de forma enfática, disseram ter sido aquele indivíduo, o *Lucas*, conhecido por eles por *Lucão*, quem pilotava uma das motos, a de cor prata; Que inclusive. o "*Guilhermao*" disse que o *Lucão* estava usando a mesma roupa que usou no crime, não se recordando o depoente das características das roupas: perguntado sobre a informação recebida da*

'Muco feita pelo "Igor Perigo" e "Juninho Pigmeu" de que os mesmos estavam querendo matar. Hugo Clervand. Guilherme Phillipe e Igor Fonseca Gomes (irmão de Hugo). Disse "recebemos a informação de ameaça através de informantes, cujos nomes não podem ser revelados, tendo eles dito que pelo fato do Igor Fonseca. Hugo e Guilherme estarem vendendo drogas próximo ao Ciro dos Anjos, local onde atuam Igor Perigo e Juninho Pigmeu e também pelo fato de pertencerem à facções distintas, estavam sendo ameaçados constantemente de morte por Igor Perigo e Juninho Pigmeu. 1...]' (grifos não autênticos).

Em juízo, a testemunha confirmou integralmente seu depoimento prestado perante a Autoridade Policial, conforme consignado no termo de folha 339-340 dos autos.

A testemunha Anderson Cardoso Figueiredo inquirida pela Autoridade Policial, conforme termo de folha 169-171 dos autos, informou:

[...] esclarece que o depoente integra o GPV - **Grupo de Proteção a Vida** e sobre o crime em apuração afirma que na data de 19/03/2011 no final da tarde, o depoente, juntamente com outros integrantes do GPV foram acionados a comparecer no local do crime; Que ao chegar no local o depoente percebeu que as vítimas atingidas não mais estavam ali pelo fato de terem sido socorridas e as outras vítimas não atingidas também já tinham saído do local; Que em seguida o depoente se dirigiu ao Hospital onde as vítimas estavam sendo atendidas, porém, não pôde falar com as mesmas tendo em vista que ambas estavam no bloco cirúrgico; Que com a informado de que uma das vítimas era Hugo Clervand Fonseca Gomes, o depoente foi até à casa deste a fim de apurar maiores detalhes do crime; Que ao chegar na casa do Hugo, o depoente viu que ali também estava o companheiro deste, também vítima e que estava no local no momento do crime, cujo nome é Guilherme Phillipe Amaral Silva; Que Hugo foi atingido no pé e na mão, tendo ele mesmo dito que os ferimentos foram ocasionados pelos disparos de arma de fogo; **Que ao ser questionado sobre a dinâmica e autoria do crime Hugo disse que estava no bar, não especificando se era dentro ou fora do mesmo, assistindo a um jogo de futebol, sendo que Guilherme estava em um telefone público bem próximo dali, quando chegaram duas motos, sendo uma titan de cor prata e outra de cor preta; Que Hugo informou ainda que o Lucas Pereira Gomes, v. "Lucão" e Daniel Juneo Lopes dos Santos, v. "Juninho Pigmeu" era quem pilotava as motos, tendo reconhecido outros dois autores que estavam sendo carregados nas garupas das motos como sendo Igor Luiz Mota Soares v, "Igor Perigo" e Carlos Henrique Goncalves da Silva, v. "Ticão"; Que o depoente não se recorda, pelo tempo transcorrido, qual deles estava na moto de cor prata ou na de cor preta, apesar de Hugo ter fornecido essa informação no dia do crime; Que Hugo disse ainda que quem efetuou os disparos foram "os dois garupas",**

ou seja, "Igor Perigo" e "Ticão", e que as armas utilizadas foram um revólver e uma pistola; Que a mesma versão apresentada por Hugo foi a apresentada pelo seu companheiro Guilherme; Que após os relatos. Hugo e Guilherme foram levados até a presença do suspeito deste crime. Lucas Pereira Gomes. o "Lucão". tendo permanecido no interior da viatura e de lá reconhecido o Lucao como sendo um dos autores: Que acrescenta o depoente que tanto Guilherme quanto Hugo foram muito enfáticos e certos de que o rapaz detido. Lucas. era o mesmo que efetuou os disparos' perguntado se Hugo e Guilherme disseram o motivo do crime e se eles eram realmente os alvos do crime, disse "os dois falaram que os tiros eram pra eles sim, por causa de disputa de drogas e que os outros não tinha nada a ver com o fato e que eram pessoas de bem e que um dos rapazes que levou o tiro por engano era até de Coração de Jesus e tinha vindo para Monte Claros apenas para tirar uma carteira de trabalho";

Perguntado sobre a denúncia de ameaça de morte feita contra Hugo, seu irmão Igor e Guilherme por Igor Perigo e Juninho Pigmeu disse "nós recebemos a denúncia por informantes, cujos nomes não podem ser revelados e quando falamos com o Hugo e Guilherme eles nem importaram. Eles ficam rindo e fazendo grad, mas eles sabem do risco que correm e o motivo, que é o tráfico de drogas. Inclusive, no dia que nós estávamos conversando com eles sobre o crime do qual foram vítimas, eles falaram que não ia ficar assim e que eles também tinham arma e até insinuaram que iriam matar os autores, falando assim: Mio Prende eles não. Deixa eles soltos e depois vocês vem aqui prender a gente." Que acrescenta ainda o depoente que duas semanas depois o crime em tela, procurou o Hugo para obterem mais informações, tendo o Hugo dito que havia sido procurado pelo advogado de Igor, que pediu para ele e Guilherme mudar depoimento e tirar a queixa, mas o Hugo disse que não ia mudar o depoimento, mas o Guilherme já tinha ido na Delegacia mudar; Que Hugo disse ainda que Guilherme estava trabalhando no tráfico para o Igor Perigo numa biqueira que tava funcionando na Rua Valdemar Boa Ventura, n. 10. Maior Prates. (local onde o Guilherme foi preso recentemente pelo crime de tráfico e drogas); Que o advogado disse ainda que Igor ofereceu dinheiro e arma para que ele mudasse seu depoimento. [...] (grifos não autênticos).

Em juízo, a testemunha confirmou integralmente seu depoimento prestado perante a Autoridade Policial, conforme consignado no termo de folha 337-338 dos autos.

O ofendido **Hugo Cleverland Fonseca Gomes** foi inquirido pela Autoridade Policial sobre os fatos trazidos pela testemunha Anderson Cardoso Figueiredo, conforme termo de folha 179-181 dos autos, oportunidade reafirmou que os autores dos crimes retratados na denúncia são os acusados e, acrescentou:

[...] esclarece que é verdade as declarações feitas pelo informante na Delegacia no dia 20 de março de 2011 sobre autoria do crime em apuração

e que realmente os autores foram *Ticão*, *Igor Perigo*, *Juninho Pigmeu* e *Lucão*, acrescentando que em data que não se recorda foi procurado por *Guilherme Phillipe Amaral Silva*. v. "*Gordo*". juntamente com um rapaz de estatura baixa, um *Douco* gordinho, vestindo terno, tendo sido este apresentado pelo *Guilherme* ao informante como sendo o advogado do *Igor Perigo*: *Que* *Guilherme* disse que tinha sido procurado por *Igor Perigo*, por intermédio do então advogado que ali estava e questionado sobre o *Que* *Quer*ia para mudar o depoimento na Delegacia; *Que* prontamente o informante recusou e disse que não iria "tirar a Queixa"; *Que* então, o advogado, cujo nome o informante não sabe porque o mesmo não falou, fez uma ligação para o *Igor Perigo* e colocou o informante para falar com o mesmo: *Que* ao telefone. *Igor* perguntou ao informante quanto o mesmo queria para "tirar a queixa", oferecendo-lhe dinheiro para tal, mas o informante recusou qualquer oferta e desligou o telefone em seguida: *Que* o advogado ainda perguntou novamente ao informante se o mesmo ia ou não ia "mudar o depoimento", tendo o mesmo recusado novamente; *Que* passado alguns dias, o informante eslava novamente em sua residência quando foi procurado pelo *Guilherme*, que novamente tentou convencer o informante a mudar o depoimento na delegacia, dizendo que já tinha mudado o depoimento dele e que tinha recebido uma arma de *Igor Perigo*. não dizendo que tipo de arma era: *Que* *Guilherme* disse ainda que se o informante mudasse o depoimento também ganharia uma arma e estando com um papel em mãos, *Guilherme* pediu para o informante assinar; *Que* afirma o informante que apesar de não saber ler, sabia que o papel era para "tirar a queixa". "pra não falar que eram eles", os autores; *Que* naquele instante o informante assinou o papel e em troca ficou aguardando receber a arma, mas ainda não recebeu a mesma. *Que* foi lida, nesta Delegacia, para o informante a declaração por ele assinada e afirma *Que todas as afirmacoes nelas constantes*, até mesmo sobre o não reconhecimento dos autores dos disparos e possíveis dúvidas da autoria deste crime não é verdade: ***Que viu os autores e tem certeza que os mesmos são: Juninho Pigmeu. Igor Perigo. Lucão e Ticão e não tem dúvidas de que são eles pelo fato de conhecê-los há algum tempo***, acrescentando ainda, que viu até as arma utilizadas no crime, uma pistola .40 e um "oitão": *Que* o único fato verdadeiro nas declarações feitas é que *Guilherme* teve um relacionamento amoroso com uma namorada de *Igor* o que gerou desentendimentos entre eles, mas o informante alega que não foi perseguido por esse motivo; *Que* quanto aos ferimentos nos pés. *Disse* que realmente foram feitos por disparos de arma de fogo no dia do crime e que "pegou de raspão"; *Que* os disparos foram efetuados em direção ao informante e ao *Gulherme*, mas alega não saber o motivo; *Que* no dia 13/06/2011, novamente o informante foi vítima de tentativa de homicídio, não sabendo dizer a autoria, informado ainda que não fez qualquer ocorrência sobre o crime. [...] (grifos não autênticos).

É fato notório e de conhecimento geral que nos crimes de homicídios praticados com motivação matizada pela disputa do tráfico ilícito de drogas, impera a “lei do silêncio”, principalmente nas comunidades onde os bandidos e traficantes fixam seus tentáculos, assim mesmo quando matam, violentam ou seviciam inimigos ou cidadãos comuns, por se sentirem as testemunhas amedrontadas, por conta desse nefasto instrumento “lei do silêncio”.

*Em que pese os ofendidos **Hugo Clevenland Fonseca Gomes e Guilherme Phellipe Amaral Silva** terem se retratado de seus depoimentos prestados perante a Autoridade Policial, apesar das riquezas de detalhes, tal circunstância deve ser recebida com reservas, posto que as versões apresentadas em juízo é (sic) totalmente divorciada das provas colhidas nos autos.*

Registre-se, ainda, que por ocasião de sua segunda oitiva pela Autoridade Policial, conforme termo de folhas 179-181 dos autos, o ofendido *Hugo Clevenland Fonseca Gomes* se fazia acompanhado de seu genitor, que inclusive também após sua assinatura no referido termo.

Assim, nessas circunstâncias e já ressaltado, como juízo de admissibilidade, não é necessário à pronúncia que exista a certeza sobre a autoria que exige para a condenação, mas apenas indícios de autoria, justamente para não interferir ou afastar indevidamente a competência do Tribunal do Júri, é imprópria aprofundar sobre o mérito das retratações feitas em juízo pelas citadas testemunhas, pois a prova plena de autoria efetivamente não pode ser exigida nesse juízo provisório, devendo a controvérsia ser solucionada pelo corpo de jurados do Tribunal do Júri. Posto que, a dúvida possível acerca da autoria, na fase de pronúncia, reverte-se em favor da sociedade.

Dessa forma, a primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, isto é, o sumário da culpa, tem por objetivo tão somente formar a convicção do magistrado togado quanto à admissibilidade da acusação, ocasião em que, havendo convencimento quanto à existência de prova da materialidade e de indícios de autoria ou de participação dos réus, deverá o juiz togado pronunciar os acusados, submetendo o a julgamento pelo juiz natural da causa, o Conselho de sentença, valendo ressaltar que, para prolação de decisão de pronúncia, vigora o princípio do *in dubio pra societate*, isto é, havendo dúvida quanto à autoria, qualificadoras e dolo do agente, prevalece o interesse da sociedade.

Assim, provada a materialidade e presentes os indícios de autoria dos crimes dolosos contra a vida, por vigorar no procedimento do júri o princípio *in dubio pra societate* conclui-se que a pronúncia dos acusados *Carlos Henrique Gonçalves da Silva*, alcunhado como “Ticão”; *Daniel Júnio Lopes dos Santos*, cognominado “Juninho Pigmeu”; *Igor Luiz Mota Soares*, alcunhado como “Igor Perigo” e “Ipiri”; e *Lucas Pereira Gomes*, apelidado como “Lucão”, é medida necessária.

Submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, os réus foram *condenados*. A defesa interpôs apelação, ao aduzir que o veredito era manifestamente contrário

à prova dos autos, tese que foi acolhida pelo Tribunal *a quo* nestes termos (fls. 400-401, destaquei):

Do exposto, entendo que o pleito defensivo deve ser atendido.

Com efeito, a Lei n. 11.690/08 alterou a redação do art. 155 do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nos casos em que há julgamento pelo tribunal do júri, o jurado é "... órgão leigo, não permanente, do Poder Judiciário, investido, por lei, de atribuições jurisdicionais, para integrar júízo colegiado heterogêneo a que se dá o nome de Júri.

Assim, o jurado, cidadão recrutado pelo Poder Judiciário, investido de jurisdição, de forma transitória, decide, com soberania, acerca da procedência ou improcedência da pretensão acusatória lançada na denúncia ou queixa, admitida pela decisão de pronúncia. Em outras palavras, é o juiz leigo, a quem cabe a apreciação do "fato", decidindo soberanamente o mérito da causa. Ao Juiz Presidente, este sim, juiz técnico, membro da Magistratura, caberá lavrar a sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso, sendo que tal decisão não pode invadir, sob qualquer prisma, o mérito da decisão.

O art. 593, III, "d", CPP prevê a possibilidade de um novo julgamento caso a decisão anterior seja manifestamente contrária à prova dos autos.

A nova redação do art. 155, CPP estabelece que o juiz é livre para formar seu convencimento segundo as provas dos autos, entendidas estas, como as devidamente judicializadas e colhidas ao abrigo do contraditório e da ampla defesa.

Como dito, nos casos em que há julgamento pelo Tribunal do Júri, o jurado assume o papel de juiz e da mesma maneira, deve estar sua decisão baseada em provas submetidas ao contraditório.

Neste sentido manifestou-se o Exmo. Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, na Apelação Criminal n. 70031428535 (julgada em 23 de setembro de 2009) do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...]

É possível, sim, que havendo duas ou mais versões, o jurado escolha uma delas sem que isso configure a hipótese prevista na alínea "d" do inciso III, do art. 593, CPP. Entretanto, ambas as versões devem estar fundamentadas em provas submetidas ao contraditório. Assim, *é, de fato, manifestamente contrária à prova*

dos autos a decisão dos jurados que se dissocia das provas judicializadas, devendo, pois, ser anulada.

No caso dos autos, as provas colhidas tanto na fase investigativa judicial são absolutamente ineptas a sustentar a condenação. Há somente um fraco indício presente unicamente na etapa pré-processual, e o elemento judicial apontado pelo Ministério Público, carregado de deduções e presunções.

Como dito quando da apreciação do recurso em sentido estrito interposto pelo ora apelante (f. 788/796), **milita em desfavor do acusado, apenas, depoimentos prestados por dois policiais militares e um policial civil que, frise-se, não presenciaram os fatos, e se limitaram a narrar algo que teriam ouvido das vítimas e testemunhas.**

Ocorre que as vítimas foram ouvidas na audiência de instrução e julgamento perante o Juízo sumariante, oportunidade em que negaram peremptoriamente ter sido o apelante, Carlos Henrique G. da S., quem teria praticado os atos executivos contra eles e as demais vítimas (f. 337/338 e 339/340).

Inobstante, depreendo dos autos que a vítima Hugo também foi ouvida em plenário, oportunidade em que negou o envolvimento do apelante com os fatos narrados na denúncia.

Concluo, desse modo, que os depoimentos prestados pelos policiais, conquanto mereçam valoração, não são suficientes in casu, na medida em que não presenciaram os fatos, e apenas narraram algo que teriam escutado de pessoas que, frise-se, foram ouvidas em juízo, e que negaram o que dito pelos policiais.

Nota-se, pois, **completa anemia de provas judicialmente constituídas** tendo em vista que, das provas produzidas em juízo, nenhuma afiançou, de forma concreta e idônea, a prática de crime doloso contra a vida por parte dos acusados, mas pelo contrário, os depoimentos das testemunhas confirmam as negativas dos acusados.

Reitere-se, necessário, que depoimentos colhidos na fase inquisitorial não são considerados, sob o crivo do Estado Democrático de Direito, como provas, já que não foram produzidas mediante o exercício efetivo do contraditório judicial, ampla defesa, e, desta forma, do devido processo legal.

Destarte, a prova produzida, nos presentes autos, não sustenta a condenação concluída pelo corpo de jurados, devendo ser anulado o decisum primevo e submetido o inculpado a novo julgamento.

Conclusão

Com estas considerações, dou provimento ao recurso da defesa para anular a decisão que condenou o apelante, por ser manifestamente contrária à prova dos autos.

[...]

Des. Pedro Coelho Vergara (Revisor)

Acompanho o voto condutor para também dar provimento ao recurso e anular a decisão que condenou o apelante, submetendo-o a novo julgamento.

Assim como o douto Relator, entendo que *a decisão do Conselho de Sentença se mostrou contrária ao conjunto probatório dos autos, tendo o próprio ofendido H.C.F.G., perante o Tribunal do Júri [mídia de f. 1.671], asseverado não saber quem seriam os autores do crime cometido em seu desfavor, alegando desconhecer as declarações prestadas anteriormente, por lhe terem sido entregues por Guilherme, e assinadas pelo ofendido sem ler, vez que analfabeto.*

Resaltou não reconhecer Carlos Henrique Gonçalves da Silva como um dos autores do delito.

Assim, *dou provimento ao recurso*, nos moldes do voto condutor.

Des. Eduardo Machado

Coloco-me de acordo com o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, aderindo à manifestação do il. Desembargador Pedro Vogal.

II. Nulidade da pronúncia

A decisão tomada pelos jurados, ainda que não seja a mais justa ou a mais harmônica com a jurisprudência dominante, é soberana, conforme disposto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF/1988.

Tal princípio, todavia, é mitigado quando os jurados proferem decisão em manifesta contrariedade às provas colacionadas nos autos, casos em que o veredito deve ser anulado pela instância revisora e o réu, submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

Pela leitura do acórdão recorrido, verifico que o Tribunal estadual entendeu que a condenação dos réus pelo Conselho de Sentença era manifestamente incabível, porquanto *a versão acusatória não tinha respaldo em nenhuma prova judicializada.*

Consoante afirmou a Corte local, há apenas “fraco indício presente unicamente na etapa pré-processual” (fl. 400), além de *depoimentos judiciais prestados por policiais militares que não presenciaram os fatos e limitaram-se a narrar o que teriam ouvido das vítimas e testemunhas, as quais não corroboraram em juízo a versão supostamente apresentada aos agentes públicos.* Com efeito, as vítimas negaram peremptoriamente o envolvimento do paciente no crime. O Tribunal de Justiça explicitou, inclusive, haver “*completa anemia de provas judicialmente constituídas*” (fl. 401, grifei).

À vista do pronunciamento do Juízo de segunda instância, a defesa sustenta que a matéria deve resolver-se no âmbito da admissibilidade da acusação. Não se

trata de asserir que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, mas sim que a decisão nem sequer poderia ser proferida, por apoiar-se em indícios colhidos na fase inquisitorial, não confirmados ou corroborados em juízo.

Saliento, por oportuno, que *elementos informativos não se confundem com provas*. Essas são produzidas com a observância do contraditório em juízo, que serve como condição de sua existência e validade, assegurado o direito de ampla defesa. Aqueles, por sua vez, são produzidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Por esse motivo, elementos de informação não podem, isoladamente, subsidiar um juízo positivo de admissibilidade no caso do Tribunal do Júri, tampouco uma condenação.

Assim, tal como indicou a Corte local, no caso em análise, *não havia prova idônea para fundamentar a decisão dos jurados, porquanto nada foi produzido em juízo, sob o crivo do contraditório, para sustentar a versão acusatória*.

A constatação de evidente vulneração ao devido processo legal, a incidir na inobservância dos direitos e das garantias fundamentais, habilita o reconhecimento judicial da patente ilegalidade, sobretudo quando ela enseja reflexos no próprio título condenatório.

A decisão de pronúncia já foi manifestamente despida de legitimidade, notadamente porque, na espécie, *o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri com base exclusivamente em elementos informativos produzidos no inquérito e não confirmados em juízo*.

Com efeito, uma vez que não são exteriorizadas as razões que levam os jurados a decidir por eventual condenação, a submissão do acusado a julgamento pelos seus pares deve estar condicionada à produção de prova mínima e, diga-se, *judicializada*, na qual tenha sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes.

Em um Estado Democrático de Direito, a ausência de qualidade probatória no contraditório é inválida para sustentação de qualquer convencimento contra o réu, seja para condená-lo, seja para – nos crimes dolosos contra a vida – pronunciá-lo e submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, no qual, enfatize-se, o veredito é alcançado sem explicitação de motivos pelos juízes populares, o que incrementa o risco de condenações sem o necessário lastro em provas colhidas sob o contraditório judicial.

Embora a análise aprofundada das provas seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória,

sem qualquer lastro probatório judicializado, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, mormente quando isolados nos autos e até em oposição parcial ao que se produziu sob o contraditório judicial.

A Sexta Turma do STJ tinha a concepção ora apresentada. Entretanto, no julgamento do *HC n. 150.007/SP*, de minha relatoria, em sessão realizada no dia 21/9/2017, fiquei vencido. A partir de então, nos julgados acerca do tema, passei a fazer ressalva de entendimento. Foi o que ocorreu, inclusive, no julgamento do *AREsp n. 1.271.772/MG*, julgado em 12/3/2019, em que o corréu do ora paciente sustentou a tese de inadmissibilidade da pronúncia com base em elementos de informação.

Naquela oportunidade, assinalei que a pronúncia do acusado havia ocorrido tão somente com base em elementos colhidos exclusivamente na fase pré-processual. Contudo, em respeito ao sistema de precedentes, *ressalvei minha concepção diversa sobre a matéria e acolhi a conclusão que, à época, era predominante nesta Corte Superior.*

Todavia, em julgado prolatado em 23/2/2021, a Sexta Turma, por unanimidade, superou o entendimento até então acolhido e adequou o seu posicionamento para a atual orientação do STF, a fim de concluir ser *incabível que os indícios de autoria, na pronúncia, estejam apoiados tão somente em elementos colhidos durante a fase inquisitorial.* Confira-se:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Nulidade. Pronúncia fundamentada exclusivamente em elementos de informação coletadas na fase extrajudicial. Ofensa ao art. 155 do CPP. Impossibilidade. Nova orientação do STF.

1. A atual posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema admite a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial, sem que isso represente afronta ao art. 155 do Código de Processo Penal.

2. Nova orientação do Supremo Tribunal Federal (*HC n. 180.144*, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 22/10/2020). A primeira fase do procedimento do júri constitui filtro processual com a função de evitar julgamento pelo plenário sem a existência de prova de materialidade e indícios de autoria.

3. *É ilegal a sentença de pronúncia com base exclusiva em provas produzidas no inquérito, sob pena de igualar em densidade a sentença que encera o jus accusationis à decisão de recebimento de denúncia.*

Todo o procedimento delineado entre os arts. 406 e 421 do Código de Processo Penal disciplina a produção probatória destinada a embasar o deslinde da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri.

Trata-se de arranjo legal, que busca evitar a submissão dos acusados ao Conselho de Sentença de forma temerária, não havendo razão de ser em tais exigências legais, fosse admissível a atividade inquisitorial como suficiente.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para despronunciar o paciente e revogar sua prisão preventiva, sem prejuízo de formulação de nova denúncia, nos termos do art. 414, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

(HC n. 589.270/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 22/3/2021, grifei)

Esse é o entendimento atual prevalecente em ambas as Turmas criminais do STJ:

Penal. Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Violação aos arts. 155, 413 e 414, todos do Código de Processo Penal – CPP. Réu impronunciado. Existência de indícios de autoria colhidos na fase inquisitorial. Insuficiência. Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Conclusão diversa. Súmula n. 7 do STJ. Agravo desprovido.

1. De acordo com o entendimento desta Corte, a sentença de *pronúncia não pode ser embasada tão somente em indícios de autoria colhidos na fase inquisitorial, sendo necessária a existência de elementos submetidos ao contraditório*. Súmula n. 83 do STJ.

2. O Tribunal *a quo* demonstrou a inexistência de elementos colhidos na fase judicial suficientes à imputação de homicídio qualificado em face do recorrido. Conclusão diversa para fins de pronúncia esbarra no revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento inviável na instância especial, consoante Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.976.703/MT, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 14/3/2022, destaquei)

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Homicídio. Pronúncia fundada exclusivamente em indícios do inquérito policial e testemunho indireto (*hearsay testimony*). Inadmissibilidade. Recente alteração na jurisprudência deste STJ. Agravo regimental desprovido.

1. *Conforme a orientação mais atual das duas Turmas integrantes da Terceira Seção deste STJ, a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP.*

2. O testemunho indireto ou por “ouvir dizer” (*hearsay testimony*) não é apto a embasar a pronúncia. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 703.960/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 17/12/2021, grifei)

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Pronúncia fundamentada exclusivamente em elemento informativo colhido na fase pré-processual. Não confirmação em juízo. Ordem concedida para restaurar a impronúncia do paciente.

1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigida, nesse momento processual, prova incontroversa da autoria do delito; basta a existência de indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

2. A compreensão de ambas as Turmas criminais do STJ tem se alinhado ao ponto de vista do STF, externado, especialmente, no já citado julgamento do HC n. 180.144/GO, de que *a pronúncia do réu está condicionada a prova mínima, judicializada, na qual tenha sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes*.

3. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório colhido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial.

4. Ordem concedida para restaurar a impronúncia do paciente.

(HC n. 660.666/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 30/11/2021, destaquei)

Habeas corpus. Homicídio qualificado, concurso de agentes e associação criminosa. Pronúncia. Prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Inexistência. Impossibilidade de utilização de elementos de informação colhidos exclusivamente em inquérito policial.

1. O entendimento mais recente da Sexta Turma, firmado com observância da atual orientação do Supremo Tribunal Federal (HC 180.144/GO), é o de que *não se pode admitir a pronúncia do imputado, dada a sua carga decisória, sem nenhum lastro probatório produzido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial.*" (REsp 1.932.774/AM, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz - DJe 30/08/2021).

2. O acórdão vergastado está ancorado exclusivamente em elementos de informação colhidos no inquérito policial. Conforme pontuado pela sentença de impronúncia, não houve elementos probatórios, sequer indiciários, comprovando que o acusado Leandro Prates Franco teria dado a ordem do interior do presídio para o cometimento do crime.

3. Concessão do *habeas corpus*. Desconstituição do acórdão.

Restabelecimento da sentença de impronúncia.

(HC n. 689.187/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 6ª T., DJe 28/10/2021, grifei)

Portanto, entendo que a solução mais acertada para o presente caso é *anular o processo desde a decisão de pronúncia* – pois não havia como submeter o recorrente ao Tribunal do Júri com base em uma declaração colhida no inquérito policial e não corroborada em juízo – e, por conseguinte, impronunciar o paciente.

É necessário ponderar a fragilidade da investigação policial apoiada apenas em depoimentos testemunhais, facilmente suscetíveis a mudanças de rumos causadas, eventualmente, por receio de represálias, mormente em casos envolvendo disputa de poder ou atos de vingança entre grupos rivais. As investigações precisam investir em outros meios probatórios que, independentemente dos depoimentos ou confissões, possam dar maior robustez à versão acusatória.

Ressalto, por fim, que o parágrafo único do art. 414 do Código de Processo Penal preceitua que, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia em desfavor do ora impronunciado se houver prova nova.

III. Dispositivo

À vista do exposto, *concedo a ordem* para anular o processo desde a decisão de pronúncia e, pelos argumentos expostos, impronunciar o paciente.

Com o julgamento do mérito deste *habeas corpus*, fica prejudicada a análise do agravo regimental contra a decisão liminar (fls. 712-722).

Comunique-se, *com urgência*, ao Juízo de primeiro grau o teor desta decisão.

HABEAS CORPUS N. 725.136-GO (2022/0049686-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Goiás

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Goiás

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Deolindo Oliveira Lima Neto

Interes.: Ministério Público do Estado de Goiás

EMENTA

Habeas corpus. Dano causado a bem alugado pela administração de empresa privada. Qualificadora do art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal. Não incidência. Bem locado que não integra o patrimônio estatal. Proibição de analogia *in malam partem*. Ordem de *habeas corpus* concedida.

1. O elemento especializante que diferencia o dano simples da forma qualificada prevista no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal é a peculiar característica da vítima proprietária do bem danificado (União, Estado, Distrito Federal, autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos). Trata-se de delito de subjetividade passiva própria. A qualificadora em exame configura-se quando o crime é cometido contra o patrimônio das pessoas jurídicas acima referidas. Logo, não basta que o objeto material do delito seja apenas utilizado pela Administração Pública, mas sim que seja de sua propriedade.

2. O contrato de locação não altera a titularidade do bem, que continua a pertencer ao locador. Logo, o dano cometido contra bem alugado pela Administração Pública atinge o patrimônio do locador e não do próprio ente público locatário.

3. O prejuízo causado à prestação dos serviços públicos indica maior reprovabilidade da conduta e, por desbordar do comum à espécie, poderia ser valorado, eventualmente, como circunstância judicial negativa. No entanto, configuraria indevida *analogia in malam partem* equiparar a avaria causada a bem privado, utilizado na prestação de serviços públicos, ao dano praticado contra patrimônio efetivamente público.

4. Ainda que, para o Direito Civil, patrimônio signifique o complexo de relações jurídicas de uma pessoa e que a avaria ao bem locado interfira, por via oblíqua, na relação jurídica locatícia, tal circunstância, por si só, não qualifica o dano, que somente pode recair sobre um objeto material corpóreo.

5. Em conclusão, o dano causado a bem alugado pela Administração Pública de empresa privada não configura a forma

qualificada do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida para desclassificar a condenação de dano qualificado para a forma simples do delito, e de ofício, decretar a extinção da punibilidade quanto ao referido crime e readequar a substituição da pena de detenção por restritivas de direitos com relação ao delito remanescente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para desclassificar a condenação por dano qualificado, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do referido delito, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2022 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 24.10.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Deolindo Oliveira Lima Neto* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no julgamento da Apelação Criminal n. 0014014-66.2019.8.09.0011.

Consta nos autos que, em primeiro grau, o Paciente foi condenado às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 163, parágrafo único, inciso III, e 331, ambos do Código Penal (fls. 299-307), ficando a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana).

A Defesa apelou ao Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 308-314).

Neste *writ*, a Defensoria Impetrante pleiteia, em síntese, a exclusão da qualificadora inculpada no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal (crime de dano). Assevera que “a *valoração eminentemente jurídica realizada pelo Tribunal a quo [...] não merece prosperar, pois há que se levar em conta que o art. 98, do Código Civil, conceitua os bens públicos como sendo aqueles titularizados pelas pessoas jurídicas de Direito Público, utilizando-se, portanto, do critério subjetivo de propriedade para classificar o bem*” (fl. 8). Alega que o ordenamento jurídico estende, a bens privados, algumas das proteções conferidas exclusivamente a bens públicos quando aqueles estejam afetados à prestação de atividades de interesse coletivo. No entanto, argumenta que a “*extensão das mencionadas proteções [...] não atinge de igual forma a todos os ramos do ordenamento jurídico, como ocorre, a título de exemplo, com o Direito Penal e Processual Penal*” (ibidem). Salienta que “*embora o bem privado esteja sendo aplicado na prestação de serviços públicos, esse não deixa de ser bem privado*” (ibidem). Afirma, ainda, que, a partir da prova pericial produzida, é “*possível e seguro aferir que a viatura não pertence à Administração Pública direta ou indireta, ou seja, é bem privado e não público, razão pela qual o crime de dano supostamente praticado em seu desfavor é de ação penal privada*” (fl. 9).

Por tais razões, entende ser de rigor a “*desclassificação da conduta imputada ao agente para aquela disposta no artigo 163, caput do Código Penal*” (fl. 10) e “[*p*] or conseqüente, não tendo sido proposta a competente queixa-crime dentro do prazo decadencial de seis meses, requer seja declarada extinta a punibilidade do agente, nos termos do artigo 107, inciso IV do Código Penal” (ibidem).

Requer o deferimento do pedido liminar para “*para suspender todos efeitos da decisão do Tribunal de Justiça até julgamento final do writ*” (fl. 11). No mérito, pugna pela concessão da ordem de *habeas corpus*, ainda que de ofício, “*para o fim excluir a qualificadora, do art. 163, parágrafo único, III, do CP, desclassificando a conduta para o dano simples (art. 163, caput, do CP), conseqüentemente, o reconhecimento da decadência, nos termos do art. 107, IV, do CP*” (fl. 12).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 317-318).

As informações foram prestadas (fls. 325-328 e 330-342).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido (fls. 343-350).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A *controvérsia* em exame diz respeito à *correta capitulação jurídico-penal da conduta* praticada por aquele que, dolosamente, *causa dano* a determinado bem, **alugado de terceiros**, pela Administração Pública. Sustenta a Defensoria Impetrante, em síntese, que, *se o ente público é mero locatário* – e não proprietário do objeto material do delito – a ação amoldar-se-ia ao art. 163, *caput*, do Código Penal (dano simples), pois a **qualificadora** prevista no parágrafo único, inciso III, do dispositivo legal supracitado seria reservada apenas aos casos em que a Administração Pública detém o **domínio** do bem danificado.

Após a detida análise dos autos, entendo que assiste razão à Defesa.

Conforme prescreve o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Por isso, em matéria penal, o princípio da legalidade determina que “*a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 25).

Do princípio supracitado, desdobram-se outros, como, por exemplo, “*a) a proibição de analogia em matéria de incriminação; b) a proibição da retroatividade da lei mais gravosa; [e] c) a exigência de determinação e certeza das incriminações (taxatividade)*” (PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 92; sem grifos no original). *Interessa*, especificamente, ao caso em exame, o primeiro e último dos subprincípios acima citados.

A fim de bem delimitar o âmbito do *jus puniendi*, exige-se que *os tipos penais sejam redigidos* de forma clara e taxativa, coibindo-se criminalizações demasiadamente vagas e genéricas. Por consequência, *demandam-se do julgador parcimônia ao interpretar a norma penal incriminadora*, para que não desborde dos limites prescritos pelo próprio tipo. Tais circunstâncias consagram o comando de *determinação* da lei penal: a necessidade de “*lex certa, que se dirige ao legislador, e a exigência de lex stricta, dirigida ao juiz, relacionadas, pois, com os processos de criminalização primária e criminalização secundária. Ou seja, o princípio de legalidade exige precisão daquilo que se incrimina, tanto no âmbito da criação da lei, quanto no âmbito de sua aplicação*” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 34; sem grifos no original).

Outrossim, justamente em razão da necessidade de previsão legal *taxativa* da conduta criminalizada e da vedação, dirigida ao julgador, de extrapolar o âmbito punível delimitado, *abstratamente*, pelo legislador, é que se proíbe a analogia *in malam partem* em Direito Penal.

A analogia consubstancia um método de *integração* do Direito e não de interpretação. É, portanto, uma ferramenta de colmatção de lacunas e não de esclarecimento do sentido e alcance da norma. Assim, por meio da analogia, o julgador, quando deparado com uma situação não prevista *ex ante* no ordenamento jurídico, vale-se de norma próxima, que trata de hipótese fática semelhante, para solucionar o caso jurídico. No entanto, vale lembrar: o fato que reclama o uso da analogia não se encontra no programa ou no âmbito de aplicação da norma, que é, rompido pelo intérprete, para superar a lacuna jurídica e solucionar a controvérsia.

No entanto, na seara penal tal situação não é possível, porque o princípio da legalidade *estricta* somente permite a punição da conduta que esteja, expressamente, positivada em um tipo penal. Se não há previsão legal, a hipótese não é de colmatção da lacuna por meio de analogia, mas sim de absolvição do Réu por atipicidade do fato. *O mesmo raciocínio aplica-se às circunstâncias periféricas do crime, como agravantes e causas de aumento de pena, e também às qualificadoras*. Se determinado fato não se encontra previsto, taxativamente, em nenhuma das causas modificativas de pena acima referidas, não é possível o rompimento de seus limites semânticos para abarcá-lo, apenas em razão da semelhança com a situação nelas previstas. Tal proceder certamente enfraqueceria a força normativa da Constituição, pois implicaria burla ao comando inserto no art. 5º, inciso XXXIX, da Lei Maior.

Fixadas essas premissas, mister referir que, no caso em tela, foi imputada a seguinte conduta ao ora Paciente (fl. 15):

[...] no dia 01 de fevereiro de 2019, após o momento que foi detido, no interior da viatura da polícia militar, o denunciando *Deolindo Oliveira Lima Neto*, consciente e voluntariamente, *deteriorou patrimônio do estado, causando dano ao revestimento plástico do porta-malas do interior da viatura modelo Fiat/Palio, Placa PQN-7.488*, conforme Laudo de Exame de Perícia Criminal de Vistoria Veicular n. 5799/2019 (às fls. 49/56).

Ao cabo da instrução, o Réu foi condenado, por tal fato, como incurso no art. art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal (fl. 305), porque teria danificado patrimônio público. No entanto, *é incontroverso nos autos que*

*o objeto material do delito em exame é um veículo **alugado**, pela Administração Pública, de empresa privada. Frise-se: não se controverte sobre a propriedade do bem danificado pelo Paciente, pois, além de constar, em perícia, que o domínio do carro pertence a uma pessoa jurídica de direito privado, tal premissa foi delineada pela Corte de origem no julgamento da apelação.*

Surge, dessa forma, a seguinte controvérsia: *para fins de tipificação do crime de dano*, poderia ser considerado patrimônio do Estado o bem que este aluga de empresa privada e o emprega em atividades de interesse público? A resposta, diante do princípio da legalidade estrita e de seus corolários (comando de determinação e proibição de analogia *in malam partem*) é negativa.

O delito de dano qualificado pelo qual o Paciente foi condenado possui a seguinte redação:

Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

[...]

III - *contra o **patrimônio** da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos;*

[...]

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Como se vê, *o elemento especializante* que diferencia o tipo básico da forma qualificada do crime é a peculiar característica da Vítima *proprietária do bem danificado* (União, Estado, Distrito Federal, autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos). Trata-se de delito de subjetividade passiva própria. A qualificadora em exame, ademais, configura-se quando o crime é cometido contra o **patrimônio** das pessoas jurídicas acima referidas. Vale dizer: não basta que o bem avariado seja apenas *utilizado* por elas, mas sim que seja de sua propriedade.

Ponderou o Tribunal local, todavia, que o fato de o bem estar sendo empregado em atividade típica de Estado (segurança pública) e de a

Administração Pública ter de suportar o prejuízo causado justificaria a incidência da qualificadora prevista no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, confira-se (fl. 312; sem grifos no original):

De igual forma, inviável o pleito de desclassificação do delito de dano qualificado para sua forma simples, porquanto *o fato do veículo ser alugado de uma empresa privada e, portanto, não pertencer ao Estado de Goiás, não afasta a qualificadora, pois, como muito bem aduzido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça:*

a viatura militar, a despeito de ser alugada, estava em uso pela Polícia Militar do Estado de Goiás, circunstância essa que é suficiente para atrair a qualificadora prevista pelo inciso III do parágrafo único do artigo 163 do Código Penal.

Isso porque, como o veículo estava sob a tutela do Estado de Goiás, ao referido Ente Estatal competia garantir a manutenção do veículo, de modo que os danos causados pelo apelante foram suportados pelo erário público, causando-lhe, desta forma, em indesejado dispêndio de dinheiro público, além de causar embaraços à atividade policial, na medida em que o veículo ficou inoperante enquanto eram realizados os reparos dos danos causados pelo apelante.

Logo, a conduta do apelante causou dano à Administração Pública, de modo que não há que se falar em desclassificação de sua conduta para o crime de dano simples.

No entanto, com a devia *venia*, compreendo que tais fundamentos não são hábeis a justificar a incidência da qualificadora em comento. Conforme já destacado, *a simples circunstância de o veículo estar “em uso pela Polícia Militar” não altera, por si só, a titularidade do bem*, que continua pertencendo ao locador. Não se olvide que o atentado contra o **patrimônio** do Estado, no caso, é elementar típica da circunstância qualificadora imputada ao Paciente. Ocorre que, *pelo contrato locação, o bem locado não passa a integrar o patrimônio do locatário*. A avença locatícia pressupõe uma obrigação de *restituir*, a cargo do locatário, que deve devolver o bem ao final do contrato. Por tais razões, a doutrina penalista brasileira é praticamente unânime no sentido de se afastar a qualificadora em exame nos casos em que a Administração Pública seja mera locatária do bem avariado.

A título ilustrativo, confirmam-se:

É agravado ainda o crime de dano “contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município, ou de autarquia, fundação pública, empresa

pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos” (inciso III, com a redação dada pela Lei n. 13.531, de 7-12-2017). Há violação de interesse público e protegem-se bens de natureza relevante. Abrange o dispositivo não só os bens dominicais (art. 99, inciso III, do CC), como também os de uso especial (inciso II) e os de uso comum do povo (inciso I). *Estão excluídos os bens particulares alugados pelo poder público* ou utilizados na manutenção de um serviço público (não sendo concessionário o particular). (MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial. v. 2. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 296; sem grifos no original.)

A exigência é de que o bem pertença ao patrimônio de uma das vítimas elencadas. *Evidentemente, aqueles bens por elas utilizados, mas que não estão afetados a elas juridicamente, não compõem o seu patrimônio, razão pela qual eventual dano a um imóvel alugado pela União não pode gerar o crime de dano qualificado, apenas o dano simples, tendo por vítima o proprietário do imóvel.* (BUSATO. Paulo César. **Direito penal: parte especial 2** / Paulo César Busato. – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 533; sem grifos no original.)

As coisas locadas ou usadas pelos órgãos públicos, que não são de sua propriedade, não qualificam o dano, exatamente porque não integram o patrimônio público, nos limites estritos da tipicidade penal. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial**. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 119; sem grifos no original.)

Caso se considerasse a concepção civilista clássica de que o patrimônio envolve um *complexo de relações jurídicas* de determinada pessoa, englobadas o ativo e passivo, seria até possível concluir que o dano contra bem alugado pela Administração Pública atingiria o “patrimônio” desta, pois causaria interferência na relação jurídica locatícia firmada pelo ente público com terceiros. No entanto, não se pode descurar que o crime de dano pressupõe um objeto material *corpóreo*, na medida em que o *caput* do art. 163 do Código Penal criminaliza as condutas de destruir, inutilizar ou deteriorar *coisa* alheia, que não pode ser um bem imaterial. Nesse sentido, leciona Luiz Regis Prado que “[o] *objeto material do delito vem a ser a coisa móvel ou imóvel, desde que seja corpórea; caso contrário, não há como realizar as ações descritas no tipo legal*” PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial. v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 391; sem grifos no original). Assim, *a relação jurídica locatícia não pode ser objeto do delito de dano.*

Por outro lado, é evidente que o prejuízo causado à prestação dos serviços públicos – como, no caso em tela, em que a viatura policial ficou inoperante até que se fizesse o reparo dos danos – indica maior reprovabilidade da conduta e, por desbordar do comum à espécie, poderia ser valorado, eventualmente, como

circunstância judicial negativa. Todavia, frise-se, configurar-se-ia indevida *analogia in malan partem* equiparar a avaria causada a bem privado, utilizado na prestação de serviços públicos, ao dano causado ao patrimônio efetivamente público.

Aliás, quando o legislador objetivou tutelar, com maior rigor, o patrimônio privado afetado à atividade de interesse coletivo, o fez expressamente, mas, ainda assim, selecionou apenas os bens privados *pertencentes a determinadas pessoas* como, por exemplo, aqueles de titularidade de empresas públicas, sociedade de economia mista e concessionários de serviços públicos.

Embora não se trate da mesma hipótese, mas valendo-se do mesmo fundamento (proibição da *analogia in malan partem*), no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.716.871/SP, esta Corte afastou a qualificadora ora em análise em caso que envolvia dano praticado contra o patrimônio de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, cujo bem estava afetado à prestação de atividade de interesse público. Consignou, naquela oportunidade o Relator, Ministro *Felix Fischer*, que “*forçar a inclusão, no rol legal, de um novo conceito jurídico, [...] o bem privado afetado para o uso público, importa ampliar o âmbito de incidência do tipo penal. Esse alargamento é medida inadmissível no Direito Penal porquanto ultrapassa os limites da interpretação analógica ou extensiva, consistindo em verdadeira analogia in malan partem, rechaçada pelo princípio da legalidade*”. Colaciono, por portuno, a ementa do referido julgado:

Penal. Agravo regimental em recurso especial. Dano qualificado. Art. 163, parágrafo único, inciso III, do CP. Bem de propriedade de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP. Analogia in malan partem. Ação penal privada. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. Extinção da punibilidade. Art. 107, VI, do CP. Restabelecimento da r. sentença.

Não é possível qualificar o dano cometido a bem privado - de propriedade da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, OSCIP - ainda que por afetação deste a uma atividade pública, sob pena de ocorrência de analogia in malan partem.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.716.871/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 23/3/2018; sem grifos no original.)

Assim, mostra-se insofismável que *o dano causado a bem alugado pela Administração Pública de empresa privada não configura a forma qualificada do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal*, razão pela qual é de rigor a concessão da ordem de *habeas corpus* para desclassificar o delito

pelo qual o Paciente foi condenado para a figura típica inculpada no art. 163, *caput*, do Código Penal.

Por consequência, deve ser declarada de ofício extinta a punibilidade, todavia, não pela decadência do direito de oferecimento de queixa, como requer a Impetrante, mas sim pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. É que, conforme preceitua o art. 103 do Código Penal, “[s]alvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, **contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime** [...]”. O termo inicial, portanto, corre do dia em que a vítima tomou ciência de quem seria o autor do crime. No caso dos autos, não há informações a respeito de eventual comunicação à empresa proprietária do veículo danificado ou de que, por outro modo, aquela tenha tomado ciência dos fatos. Assim, ao menos nessa via estreita de *habeas corpus*, não se revela possível decretar a decadência do direito de queixa.

No entanto, considerando-se que a *pena máxima do delito de dano simples é de seis meses* – que, portanto, prescreve em 3 anos, conforme preceitua o art. 109, inciso VI, do Código Penal – e, ainda, que o crime em exame ocorreu em 1º/02/2019, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva com base na pena em abstrato. Vale ressaltar que, sendo o Ministério Público parte ilegítima para o oferecimento de denúncia, especificamente com relação ao crime de dano, o recebimento da denúncia, a sentença e o acórdão de origem não foram idôneos, portanto, para interromper a prescrição, que fluiu normalmente. Assim, independentemente de informações a respeito da prévia ciência da vítima sobre o dano causado ao veículo de sua propriedade, é possível a extinção da punibilidade, em razão da prescrição, que, ademais, por se pautar na pena máxima prevista, independe de trânsito em julgado deste feito para o Ministério Público.

Por fim, destaco que a condenação pelo crime capitulado no art. 331 fica preservada, tendo em vista que nem sequer foi objeto de insurgência defensiva neste feito. No entanto, considerada a circunstância de que com a extinção da punibilidade do delito de dano remanesce somente a pena do delito de desacato (fixada, na origem, em 8 meses de detenção), readequo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na forma do art. 44, § 1º, do Código Penal (*[n]a condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos*). Assim, a pena de detenção remanescente,

porque inferior a um ano, fica substituída somente por *uma* restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, *concedo a ordem* de *habeas corpus* para desclassificar a condenação por dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal), proferida contra o Paciente nos autos n. 0014014-66.2019.8.09.0011, para a figura típica de dano simples (art. 163, *caput*, do Código Penal) e, por consequência, declarar, *de ofício*, extinta a punibilidade do referido delito, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal. Fica mantida a condenação pelo crime capitulado no art. 331 do Código Penal, observando-se a necessária substituição da pena de detenção por apenas uma restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 746.337-RS (2022/0166764-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Hairton Sidney da Silva (Preso)

Interes.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Habeas corpus. Condições do *sursis*. Prestação de serviços à comunidade substituída, pelo Tribunal local, por limitação de final de semana, no julgamento de recurso de apelação interposto exclusivamente pelo sentenciado. Situação, na hipótese, mais gravosa. Parte dispositiva do édito de primeiro grau que, todavia, passou em julgado para a acusação, sem que o Ministério Público requeresse, na forma e tempo adequados, sua reforma. Preclusão do direito de buscar quaisquer agravamentos de pena. Correção de ofício. Impossibilidade. Princípio da *ne reformatio in pejus*. Precedentes. Liminar ratificada. Ordem de *habeas corpus* concedida.

1. Hipótese na qual o Juiz de primeiro grau na sentença fixou, como condições do *sursis*, 1) a prestação de 120 horas de serviços à comunidade; e 2) o comparecimento pessoal e obrigatório do Paciente em Juízo, bimestralmente, para informar e justificar suas atividades. Todavia, o Tribunal *a quo*, em julgamento do recurso de apelação interposto exclusivamente pelo Paciente, concluiu ser ilegal o estabelecimento de prestação de serviços à comunidade e alterou essa condição para limitação de final de semana.

2. Embora a limitação de final de semana possa ser, em regra, entendida como mais favorável ao Condenado do que a prestação de serviços à comunidade, essa conclusão não é absoluta, de modo a permitir que o Tribunal de origem pudesse modificar imposições da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade sem provocação das partes. Em determinadas hipóteses, a limitação de final de semana pode se mostrar menos benéfica.

3. Nas informações prestadas para instruir o presente julgamento, o Vice-Presidente da Corte local não infirmou a alegação defensiva de que a pena de limitação de final de semana é cumprida juntamente com presos do regime semiaberto, de forma indistinta, e em estabelecimentos nos quais há obstáculos físicos contra a fuga, a despeito ter sido expressamente oficiado para prestar esses detalhamentos.

4. Art. 93 da Lei de Execuções Penais: “[a] *Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana*”.

5. Art. 94, também da LEP: “[o] *prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga*”.

6. O cumprimento da pena de limitação de final de semana juntamente com presos do regime semiaberto, de forma indistinta, ofende o art. 93, e a instalação de obstáculos físicos contra a fuga, em casas de albergado, viola o art. 94, ambos da LEP.

7. Após o prazo do art. 382 do Código de Processo Penal, ou de outro recurso, não poderia a Corte de origem reformar a sentença para agravar condição do *sursis*. É assente na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não ser possível a correção de eventuais erros materiais para recrudescer a situação do Réu sem que haja a

interposição de recurso tempestivo e cabível pela acusação. Com a prolação do dispositivo da sentença e o transcurso do prazo para a oposição de embargos declaratórios ou de outros recursos para o Ministério Público, competiria ao Tribunal local agravar o julgamento somente se tivesse sido provocado, nesse ponto, pela parte interessada. Precedentes.

8. Ordem de *habeas corpus* concedida, para ratificar a decisão liminar em que foram restabelecidos os efeitos da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 29.9.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Hairton Sidney da Silva*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação defensiva n. 5006023-20.2017.8.21.0033.

Colhe-se nos autos que, na sentença, o Paciente foi condenado como incurso no crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 04 meses de detenção, em regime aberto. Foi aplicado o *sursis*, sob as seguintes condições (fl. 16):

Estando presentes os requisitos dos artigos 77 e 78, § 2º do Código Penal, suspendo a execução da pena privativa de liberdade por DOIS anos mediante o cumprimento das seguintes condições: 1) 120 horas de prestação de serviços à comunidade, a serem cumpridas na forma do artigo 46 do Código Penal; e 2) comparecimento pessoal e obrigatório em Juízo, bimestralmente, para informar e justificar suas atividades.

No ato ora impugnado, o Tribunal *a quo*, em julgamento de recurso de apelação interposto exclusivamente pela Defesa, alterou uma das imposições da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, nos seguintes termos (fl. 34; sem grifos no original):

Por fim, quanto à pena, foi fixada em quatro (4) meses de detenção, tendo sido suspensa, nos termos do artigo 77 do Código Penal, sob condição de “120 horas de prestação de serviços à comunidade e comparecimento pessoal e obrigatório em juízo bimestralmente, para informar e justificar suas atividades.” No ponto, o recurso merece parcial provimento.

Tendo em vista que *a pena restritiva de direitos que estabelece que a prestação de serviços à comunidade está reservada a condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, em razão do que estabelece o artigo 46 do Código Penal, altero a mencionada condição para a limitação de final de semana, a qual deverá ser cumprida pelo mesmo prazo da pena restritiva de liberdade.*

Daí o presente *writ*, em que a Defesa invoca o princípio da vedação à *reformatio in pejus*, aos argumentos, em suma, de que por ser cumprida em casa de albergado “*a limitação do final de semana é mais prejudicial ao réu que a prestação de serviços à comunidade, ante a situação carcerária do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que em tais estabelecimentos muitas vezes são colocadas barreiras para evitar fugas*” (fls. 4-5), e que é “*evidente o prejuízo maior na limitação de final de semana enquanto nesta o apenado cumpre sua condição com presos do regime aberto e semiaberto*” (fl. 5).

Ao final requer, liminarmente e no mérito, o restabelecimento dos efeitos da sentença de primeiro grau.

Às fls. 40-44, deferi o pedido liminar para restabelecer os efeitos da sentença proferida no Processo-crime n. 033/2.17.0000745-6 (CNJ n. 0002265-21.2017.8.21.0033).

Foram prestadas informações.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 79-82, pela denegação.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A pretensão defensiva tem fundamento.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau fixou, como condições do *sursis*, 1) a prestação de 120 horas “*de serviços à comunidade, a serem cumpridas na forma do artigo 46 do Código Penal; e 2) o comparecimento pessoal e obrigatório em Juízo, bimestralmente, para informar e justificar suas atividades*” (fl. 16).

Todavia, o Tribunal *a quo*, **no julgamento do recurso de apelação interposto exclusivamente pelo Paciente**, concluiu ser ilegal o estabelecimento de prestação de serviços à comunidade e alterou essa condição para *limitação de final de semana*.

Ocorre que a Defesa alegou, nesta impetração, que tal situação é mais gravosa ao Paciente, em razão do cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais, alguns com obstáculos físicos contra fugas, e juntamente com reeducandos do regime aberto e semiaberto.

Com efeito, embora genericamente a limitação de final de semana possa ser, em regra, entendida como mais favorável ao Condenado que a prestação de serviços à comunidade, *essa conclusão não é absoluta*, de modo a permitir que o Tribunal de origem pudesse modificar as condições do *sursis* sem provocação das partes. Em determinadas hipóteses, a limitação de final de semana pode se mostrar menos benéfica (*mutatis mutandis*, STJ, HC n. 181.270/MG, Rel. *Ministra Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 13/3/2012, DJe 23/3/2012; *v.g.*).

É o que se verifica na hipótese, notadamente porque o cumprimento da pena de limitação de final de semana juntamente com presos do regime semiaberto, de forma indistinta, ofende o art. 93, e a instalação de obstáculos físicos contra a fuga, em casas de albergado, viola o art. 94, ambos da Lei de Execução Penal.

A propósito, referidos dispositivos estão assim redigidos, *in litteris*:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Dessa forma, após o prazo do art. 382 do Código de Processo Penal, ou de outro recurso, não poderia a Corte de origem reformar a sentença para agravar imposição da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade.

Destaco precedentes desta Corte, *mutatis mutandis*:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Informante colaborador no tráfico de drogas. Parte dispositiva do acórdão do julgamento da apelação que passou em julgado sem que o Ministério Público pleiteasse, na forma e tempo adequados, fosse sanada a contradição entre a fundamentação e o dispositivo do acórdão. Correção de ofício. Impossibilidade de afastar a disposição, mais benéfica. Substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos que deve prevalecer. Princípio da *ne reformatio in pejus*. Decisão monocrática concessiva de ordem de *habeas corpus* mantida. Agravo desprovido.

1. Hipótese na qual o acórdão do julgamento da apelação, na parte dispositiva do acórdão do julgamento da apelação, consignou que ocorreu a substituição da sanção reclusiva - diversamente da fundamentação do ato, que passou em julgado sem que o Ministério Público pleiteasse, na forma e tempo adequados, fosse sanada essa contradição. Assim, após o prazo do art. 382 do Código de Processo Penal, ou de outro recurso, não poderia a Corte de origem corrigir o erro material, de ofício.

2. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não ser possível a correção de erros materiais para agravar a situação do Réu sem que haja a interposição de recurso tempestivo e cabível pela acusação. Com a prolação do dispositivo do acórdão e o transcurso do prazo para a oposição de embargos declaratórios ou de outros recursos, caberia ao Tribunal competente reformar ou modificar julgamentos somente se fosse provocado pela parte interessada.

3. [...].

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 527.147/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 17/02/2021; grifos diversos do original.)

Habeas corpus. Crimes militares. Peculato e corrupção passiva. Sentença condenatória com trânsito em julgado. "Erro material" em relação à suspensão condicional da pena reconhecido pelo Tribunal de origem, em execução da pena. Impossibilidade. *Reformatio in pejus*. Indevida revisão criminal *pro societate*. Ordem concedida.

1. Tratando-se, com se trata, de Direito Penal adjetivo não se pode falar em correção *ex officio* de "erro material", máxime contra o réu. Tal instituto é próprio do Direito Processual Civil (art. 463, I, do CPC).

3. Na esfera penal prevalece o princípio do non reformatio in pejus que impede o agravamento da situação do réu sem uma manifestação formal e tempestiva da acusação nesse sentido. Inteligência da Súmula 160/STF.

4. "Trata-se da cabal confirmação do entendimento de que, neste, como noutros temas, o processo penal não é estruturado por princípios comuns ao

processo civil, senão por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico que se presta a decidir e, sobretudo, por força do valor supremo do *jus libertatis*, do qual o processo é concebido e disciplinado como instrumento de tutela". (STF, HC 83.545/SP, Rel. Ministro Cesar Peluso, Primeira Turma, DJ 3.6.2006).

5. *Nesse viés, seja por nulidade absoluta, seja por "erro material", não se pode agravar (quantitativamente ou qualitativamente) a situação do réu sem recurso próprio do acusador, sob pena de configurar indevida revisão criminal pro societate. Precedentes do STJ.*

6. Ordem concedida para, reconhecendo o trânsito em julgado da condenação, manter a suspensão condicional da pena, como concedido na sentença. (HC n. 180.872/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 9/8/2011, DJe 29/8/2011; sem grifos no original.)

Habeas corpus. Art. 304 do Código Penal. Condenação. Substituição por medidas restritivas de direitos. Suspensão condicional da pena para o caso de descumprimento. Apelação exclusiva da defesa. Determinação de conversão em pena privativa de liberdade. Reformatio in pejus. Ordem concedida.

1. Hipótese em que o o Juiz de primeiro grau, ao condenar o paciente e substituir a pena privativa de liberdade a ele imposta por duas medidas restritivas de direitos, garantiu que, em caso de descumprimento das condições estabelecidas, lhe fosse concedida a suspensão da execução da reprimenda, pelo prazo de 2 (dois) anos.

2. Corte estadual que, no julgamento de recurso exclusivo da Defesa, determinou, para o caso de descumprimento das penas alternativas, sua conversão em privativa de liberdade.

3. Se o Ministério Público não se insurgiu contra a sentença condenatória, não poderia o Tribunal de origem, em sede de recurso exclusivo da Defesa, agravar a situação do paciente, afastando a suspensão condicional da pena para a hipótese de descumprimento das medidas restritivas de direitos. *A decisão da Corte de origem, embora, em princípio, correta, é mais gravosa ao paciente, ficando configurada a inadmissível reformatio in pejus.*

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, no ponto, restabelecer a sentença de primeiro grau no tocante à consequência estabelecida para o caso de descumprimento das medidas restritivas de direitos. (HC n. 76.956/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 4/3/2010, DJe 22/3/2010.)

Ademais, a despeito de o Tribunal local ter concluído que “a prestação de serviços à comunidade está reservada a condenações superiores a seis meses de privação

de liberdade, em razão do que estabelece o artigo 46 do Código Penal” (fl. 34), é assente na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não ser possível a correção de eventuais erros materiais para recrudescer a situação do Réu sem que haja a interposição de recurso tempestivo e cabível pela acusação. Com a prolação do dispositivo da sentença e o transcurso do prazo para a oposição de embargos declaratórios ou de outros recursos para o Ministério Público, competiria ao Tribunal local agravar o julgamento somente se tivesse sido provocado, nesse ponto, pela parte interessada.

Sobre o tema, cito os seguintes julgados, *mutatis mutandis*:

Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Erro na soma das penas constantes das guias de execução. Erro material. Correção de ofício pelo juízo após o trânsito em julgado da decisão. *Reformatio in pejus*. Ocorrência. Agravo regimental não provido.

1. Em se tratando de Direito Processual Penal não se pode falar em correção de ofício de “erro material”, em favor do réu, haja vista a prevalência do princípio do *non reformatio in pejus* que impede o agravamento da situação do réu quando não há manifestação formal e tempestiva da acusação nesse sentido. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 1.575.643/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/10/2020, DJe 16/10/2020.)

Agravo regimental em *habeas corpus*. Organização criminosa. Sentença condenatória. Concedido o direito de recorrer em liberdade. *Correção ex officio*. *Impossibilidade. Não configuração de mero erro material*. Ordem concedida de ofício. Agravo desprovido.

1. Não há se falar em correção *ex officio* de erro material quando ocorre o trânsito em julgado para a acusação de decisão que garantiu ao réu o direito fundamental de locomoção previsto no artigo 5º, XV, da Constituição Federal. Nesse caso, a retificação da matéria pelo juízo sentenciante significa verdadeiro *reformatio in pejus*, rejeitado pelo ordenamento jurídico.

2. *O presente caso não se confunde com a mera correção de erro material previsto no artigo 494 do Código de Processo Civil. A uma, porque houve uma inversão do juízo anteriormente realizado acerca dos requisitos autorizadores da segregação cautelar do réu. A duas, porque cabia ao Ministério Público questionar a matéria, mas se manteve inerte, inclusive deixando transcorrer o prazo recursal. E, por último, porque, com a sentença, estava exaurida a jurisdição da magistrada e caberia tão somente ao Tribunal revisor realizar eventual reforma ou mudança acerca do que foi decidido.*

3. [...]. (STJ, AgRg no HC 371.183/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019, sem grifos no original.)

Habeas corpus. Roubo circunstanciado e corrupção de menores. Erro material na sentença. Reforma para pior no julgamento de recurso exclusivo da defesa. Ocorrência. Constrangimento ilegal.

1. A proibição de reforma para pior, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, possui o objetivo de obstar que, em inconformismo exclusivo da defesa, o acusado tenha agravada a sua situação. [...].

2. Na espécie, o Tribunal de Justiça, **ao corrigir erro material** no cálculo da pena operado na origem, **exasperou a sanção definitiva** aplicada ao réu, **situação de manifesto constrangimento ilegal**. Precedentes.

3. [...] (STJ, HC 448.276/DF, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018, sem grifos no original.)

Ante o exposto, *concedo* a ordem de *habeas corpus*, para ratificar a liminar em que restabeleci os efeitos da sentença proferida no Processo-crime n. 033/2.17.0000745-6 (CNJ n. 0002265-21.2017.8.21.0033).

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 160.850-ES (2022/0047195-7)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Marcia Borlini Marim Sanches (Preso)

Advogado: Hugo Miguel Nunes - ES027813

Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo

EMENTA

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Nulidade. Infiltração de agentes (Lei n. 12.850/2013). Autorização de realização da medida por inspetor penitenciário, a fim de investigar a inserção de droga em estabelecimento prisional. Atividade que não é dada a ser realizada sequer por policial penal (art. 144, § 5º-A da Constituição Federal). Mácula dos elementos de informação coletados por meio da medida eivada de ilegalidade, os quais justificaram, inclusive, a prisão cautelar da recorrente. Desentranhamento e revogação da segregação que se impõem. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.

1. *A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites* (Art. 10 da Lei n. 12.850/2013).

2. Caso em que a medida de infiltração de agente, autorizada judicialmente para a investigação da inserção de droga em estabelecimento prisional, foi realizada por pessoa que não faz parte dos quadros da polícia investigativa, sendo apenas inspetor penitenciário.

3. Ainda que se tratasse de agente de polícia penal – e no caso não é, pois consta dos autos que o agente cumpria a função de inspetor penitenciário que sequer teria vínculo celetista com o Estado –, não haveria como reconhecer a licitude da investigação realizada, uma vez que a polícia penal não detém atribuição de polícia investigativa. Doutrina.

4. Recentemente, a Sexta Turma firmou a convicção de que os guardas municipais são servidores públicos dotados do importante poder-dever de proteger o patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações, não cabendo a eles a tarefa de atuar, de forma ampla, como polícia investigativa. Tal raciocínio pode ser, *mutatis mutandis*, aplicado ao presente caso, quando evidenciado que a Constituição Federal é expressa em dispor que *às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais* (art. 144, § 5º-A).

5. Recurso em *habeas corpus* provido para, reconhecendo a nulidade dos elementos de informação que levaram à investigação realizada contra a recorrente, revogar sua segregação cautelar e determinar a anulação de todos os elementos de informação coletados por meio da infiltração de agente, autorizada judicialmente, bem como dos contaminados pela ilegalidade, a serem identificados pelo Juízo de primeiro grau, que deverá, também, verificar se, com a extração dos elementos, subsistem elementos para justificar a manutenção da ação penal e da segregação dos corréus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, 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), 27 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 30.9.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Marcia Borlini Marim Sanches* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, assim ementado (fls. 856/857):

Ementa: *Habeas corpus* - Alegação de constrangimento ilegal. 1. Trancamento da ação penal. Nulidade infiltração de agente penitenciário. Reiteração. Não conhecimento. Ausência dos requisitos do art. 312, do CPP. Não conhecido. Reiteração. 2. Presença de condições pessoais favoráveis. Não obsta a manutenção da prisão preventiva quando presentes seus requisitos. 3. Ausência de estrutura física compatível com o estatuto da categoria. 4. Ordem parcialmente conhecida e na parte conhecida, concedida.

1. Apesar da presente ordem de *habeas corpus* aparentar conter pedidos diversos, na verdade, é repetição de outra impetração, com o mesmo objetivo, qual seja, revogar a prisão preventiva da Paciente a partir de uma suposta nulidade na infiltração dos agentes penitenciários em designação temporária, bem como da suposta ausência de comprovação dos requisitos elencados nos artigos 312 e 315, ambos do Código de Processo Penal, para a decretação da custódia preventiva da Paciente. Ademais, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só se admite quando evidenciada, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a inexistência de indícios suficientes de autoria. Com efeito, após acurada análise dos fundamentos da impetração e de toda a prova documental carreada aos autos, pode constatar que inexistente o alegado prejuízo ao conceito moral e profissional experimentado pela Paciente, na medida em que, por tudo

que foi dito, inexistente a comprovação da atipicidade da conduta, de incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, razão pela qual entendo que não há falar em constrangimento ilegal que resulte no trancamento da ação.

2. Quanto à presença das condições pessoais favoráveis dos Pacientes, a referida alegação, por si só, não obsta a decretação ou manutenção da prisão quando presentes seus requisitos legais. Precedentes.

3. A Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), aponta prerrogativas do advogado, dentre elas, a de não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em Sala de Estado-Maior e, em sua falta, em prisão domiciliar. Todavia, o STF tem orientação firme no sentido de que a ausência de sala do Estado Maior, no respectivo Estado da Federação, não autoriza, por si só, seja convertida a prisão temporária em prisão domiciliar, desde que exista cela especial na unidade penitenciária em que o paciente esteja recolhido, com instalação condigna e em ala separada dos demais detentos. Na hipótese dos autos, ao que tudo indica, verifica-se que a paciente se encontra recolhida em local que atende os requisitos legais de dignidade e de comodidade, assim como se encontra separada das demais detentas, conforme se depreende das informações prestadas pelo Magistrado de primeiro grau. Entretanto, em que pese as informações proferidas pelo juízo de conhecimento da ação penal de origem acerca das instalações, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 653.742/ES, na data de 26 de junho do corrente ano, concedeu a ordem para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar da corré J. D. S. B., tendo como base as fotos constantes no Relatório de Visita Técnica assinado pelo Presidente Estadual da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB, que “reprovando as instalações, concluiu ser flagrante o constrangimento ilegal a que está submetida a paciente, pois se encontra encarcerada em ambiente insalubre, desprovido de higiene, bem como de segurança”. Desta forma a fim de evitar um tratamento desigual para as corrés J. D. S. B e M. B. M. S. (ora paciente), ambas advogadas inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil, concedo parcialmente a ordem para determinar que o juízo de conhecimento substitua a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, aplicando-lhe, concomitantemente, as medidas cautelares de monitoramento eletrônico e de proibição de que ela mantenha contato com os outros corréus, sem prejuízo de fixação de outras cautelares pelo Magistrado de piso, desde que devidamente fundamentadas.

4. Ordem parcialmente conhecida e, na parte conhecida, parcialmente concedida.

Narram os autos que, em razão de investigação realizada com o objetivo de desvendar um esquema de inserção de drogas no interior do Centro de Detenção Provisória de Guarapari/ES por meio de familiares, advogados e

servidores públicos, denominada “Operação Vademecum” (Autos n. 0003336-52.2020.8.08.0021), a recorrente terminou por ser presa preventivamente e denunciada como incurso nos crimes de tráfico de drogas e associação para o mesmo fim, corrupção ativa, participação em organização criminosa e fraude processual tentada (fls. 488/495), perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Guarapari/ES, que recebeu a inicial acusatória e determinou a citação dos acusados para responderem à acusação (fls. 36/38).

Aos argumentos de nulidade da prisão, em razão do agente infiltrado, inexistência dos requisitos da prisão preventiva e ausência de sala de estado maior, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte de origem, que concedeu parcialmente a ordem apenas para substituir a prisão preventiva da recorrente por domiciliar (*Habeas Corpus* n. 0001169-91.2021.8.08.0000).

Aqui, a defesa alega constrangimento ilegal na decretação da prisão e instauração de ação penal contra a recorrente, eivada de nulidade absoluta, tendo em vista que os elementos de informação foram coletados mediante a infiltração de agente que sequer seria servidor público ou policial, mas inspetor penitenciário em designação temporária contratado pelo regime celetista.

Sustenta que *o agente infiltrado, ou undercover agent*, é aquele **Policia**, **Civil ou Federal**, que fazendo uso de uma autorização judicial, prévia e sigilosa, adentra em uma organização criminosa simulando ser parte desta, para que fazendo uso de sua identidade falsa de criminoso possa colher provas exclusivas para a persecução penal, compreendendo um dos aspectos supracitados (fl. 890).

Sustenta, ainda, que se mostra mais adequada a substituição da segregação cautelar por medidas alternativas, diante das condições pessoais favoráveis e do fato de o delito ter sido cometido no exercício da profissão, bastando a suspensão desta para que seja obstada eventual reiteração delitiva.

Postula, então, seja dado provimento ao recurso para revogar a prisão cautelar imposta e anular a ação penal e todas as provas decorrentes da infiltração do inspetor penitenciário em designação temporária ou determinar o desentranhamento de todas as provas decorrentes da infiltração nula do processo.

Apresentadas contrarrazões (fls. 921/925).

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 934/935).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): O presente pedido comporta provimento.

A controvérsia colocada no presente recurso ordinário consiste em definir se o mecanismo de investigação, legalizado pela Lei n. 12.850/2013, consistente na infiltração de agentes, adotado, no caso, para apurar a prática de inserção de drogas em estabelecimento penal, poderia ser realizado por pessoa que não faça parte dos quadros da polícia investigativa, como um inspetor penitenciário, contratado por meio de regime celetista, ou seja, que sequer é servidor público efetivo.

De início, já adianto que não. E passo a elencar os motivos.

Da atenta análise da decisão que autorizou a infiltração do agente, observa-se que o Magistrado singular faz várias referências ao fato de o agente se tratar de um “inspetor judiciário”, sem se atentar para o fato de que ele não é nem preparado para a realização da medida nem agente de polícia (fls. 213/214).

A própria autoridade policial reconhece que se trataria *de um homem de parca instrução, contratado sem concurso público em regime celetista para o exercício de uma função deveras sensível. Nessa condição, ele sequer é dotado do direito de portar armas de fogo. Não se pode, pois, atribuir a ele os mesmos deveres atribuídos a um policial* (fl. 122).

É importante reconhecer que a Lei n. 12.850/2013, embora tenha corrigido inúmeras falhas da antiga Lei n. 9.034/1995, que dispunha de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, dedicou pouco aprofundamento ao mecanismo da infiltração de agentes, tendo apenas afirmado que (grifo nosso):

Art. 10. A infiltração de *agentes de polícia* em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

No entanto, da simples leitura da transcrição acima, observa-se que a lei é clara ao referir-se ao fato de que a providência deve ser realizada por *agentes de polícia*, função não exercida pelo agente inserido na infiltração.

Mostra-se relevante, então, a compreensão de que, ainda que se tratasse de agente de polícia penal – e insisto em deixar claro que não é, pois consta dos autos que o agente cumpria a função de inspetor penitenciário que sequer teria vínculo celetista com o Estado –, não haveria como reconhecer a licitude da investigação realizada, uma vez que a polícia penal não detém atribuição de polícia investigativa.

Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima (grifo nosso):

[...] é importante advertir que às polícias penais federal, estaduais e distrital, recentemente introduzidas no inciso VI do art. 144 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 144/2019, também não se atribui nenhuma função investigativa, ainda que se trate de eventual crime cometido em estabelecimentos penais. Isso, porque, consoante disposto no art. 144, § 5º-A, da CF, incluído pela EC 104/2019, “às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais”. Destarte, a atribuição para investigar eventual delito cometido nesses estabelecimentos continua recaindo sobre a Polícia Federal ou sobre a Polícia Civil, a depender da natureza federal ou estadual do presídio em questão, respectivamente.

[...] (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, vol. único, 2021, p. 156).

Acho importante rememorar o recente entendimento firmado no âmbito deste Superior Tribunal, cujos fundamentos decorrem de raciocínio que poderia muito bem ser aplicado ao caso dos autos, a respeito das atribuições das guardas municipais.

Confira-se a ementa do precedente firmado pela Sexta Turma deste Superior Tribunal.

Recurso especial. Tráfico de drogas. Atuação das guardas municipais. Busca pessoal. Ausência de relação clara, direta e imediata com a tutela dos bens,

serviços e instalações municipais. Impossibilidade. Prova ilícita. Violação dos arts. 157 e 244 do CPP. Recurso provido.

1. *A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras “polícias municipais”, mas tão somente de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações. A exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte – apesar das investidas em contrário – por não incluir no texto constitucional nenhuma forma de polícia municipal.*

2. Tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil – em contrapartida à possibilidade de exercerem a força pública e o monopólio estatal da violência – estão sujeitas a rígido controle correcional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF) e do Poder Judiciário (respectivamente da Justiça Militar e da Justiça Estadual). Já as guardas municipais – apesar da sua relevância – não estão sujeitas a nenhum controle correcional externo do Ministério Público nem do Poder Judiciário. É de ser ver com espanto, em um Estado Democrático de Direito, uma força pública imune a tais formas de fiscalização, a corroborar, mais uma vez, a decisão conscientemente tomada pelo Poder Constituinte originário quando restringiu as balizas de atuação das guardas municipais à vigilância do patrimônio municipal.

3. Não é preciso ser dotado de grande criatividade para imaginar – em um país com suas conhecidas mazelas estruturais e culturais – o potencial caótico de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo. Ora, se mesmo no modelo de policiamento sujeito a controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por eventuais abusos na atividade policial, é fácil identificar o exponencial aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros.

4. A exemplificar o patente desvirtuamento das guardas municipais na atualidade, cabe registrar que muitas delas estão alterando suas denominações para “Polícia Municipal”. Ademais, inúmeros municípios pelo país afora – alguns até mesmo de porte bastante diminuto – estão equipando as suas guardas com fuzis, equipamentos de uso bélico, de alto poder letal e de uso exclusivo das Forças Armadas.

5. A adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a fundada suspeita de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal, porque não é a qualquer cidadão que é dada a possibilidade de avaliar a presença dele; isto é, não é a todo indivíduo que cabe definir se, naquela oportunidade, a suspeita era fundada ou não e, por consequência, proceder a uma abordagem seguida de revista. Em

outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito.

6. Ao dispor no art. 301 do CPP que “qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes.

7. Da mesma forma que os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns. Trata-se de agentes públicos com atribuição sui generis de segurança, pois, embora não elencados no rol de incisos do art. 144, caput, da Constituição, estão inseridos § 8º de tal dispositivo; dentro, portanto, do Título V, Capítulo III, da Constituição, que trata da segurança pública em sentido lato. Assim, se por um lado não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro lado também não estão plenamente reduzidos à mera condição de “qualquer do povo”; são servidores públicos dotados do importante poder-dever de proteger o patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

8. É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, de modo a garantir que não tenham sua estrutura física danificada ou subtraída por vândalos ou furtadores e, assim, permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. Nessa esteira, podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias, tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas.

9. Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais. Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações absolutamente excepcionais – e por isso interpretadas restritivamente – nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais. Vale dizer, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida

(fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária.

10. Na hipótese dos autos, os guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o recorrente sentado na calçada, o qual, ao avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Por desconfiar de tal conduta, decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no referido recipiente certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante delito.

11. Ainda que eventualmente se considerasse provável que a sacola ocultada pelo réu contivesse objetos ilícitos, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita e efetuar a busca pessoal no acusado. Caberia aos agentes municipais, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que realizassem a abordagem e revista do suspeito, o que, por não haver sido feito, macula a validade da diligência por violação do art. 244 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP, também contrariado na hipótese.

12. Recurso especial provido.

(REsp 1.977.119/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/08/2022 - grifo nosso)

Mudando-se o que precisa ser mudado, esclareça-se que, apesar de a polícia penal encontrar-se no rol dos órgãos incumbidos de garantir a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF), não cabe a esta realizar atribuição própria de polícia investigativa, uma vez que, segundo a Constituição da República, *às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais* (art. 144, § 5º-A).

Assim, não vejo como “fechar os olhos” para a gritante mácula e autorizar a permanência dos elementos de informação coletados de forma ilegal, por meio da infiltração efetivada por pessoa que não é agente investigativo, mas, pelo contrário, policial penal não preparado para assumir a responsabilidade e que sequer consta dos quadros de servidores do Estado.

Da atenta análise dos autos, percebo que várias medidas foram autorizadas para investigar os fatos, como busca e apreensão, interceptação telefônica, etc, a denotar que nem todos os elementos de informação coletados pela medida

considerada nula estão contaminados, podendo alguns deles ter sido coletados por meio de fonte independente, daí a impossibilidade de trancamento da investigação e ação penal.

No entanto, observo que, no que tange à segregação cautelar da recorrente, o Magistrado singular utilizou os elementos nulos para justificar a imposição da medida extrema. Confram-se (fls. 528/531):

[...]

Na espécie, dos elementos até então coligidos, demonstram fortes indícios de autoria e materialidade, a embasar “a priori” a imputação na denúncia.

A prova de existência do crime está evidenciada pelas declarações colhidas e anexadas ao procedimento inquisitório.

Narra a peça vestibular que a ré Joyce no início de ano de 2019 manteve um relacionamento amoroso esporádico com Cristiano Ribeiro, inspetor do CDPG, e no dia 30/06/2020 lhe propôs, via WhatsApp, a inserção de drogas na Unidade Prisional em troca de quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Aduz ainda que, abarcado por autorização judicial, Cristiano teria restabelecido contato com Joyce por meio do WhatsApp, sem induzi-la à prática de qualquer crime. Entretanto, por não haver conseguido de outra forma driblar as novas regras voltadas a impedir o ingresso das drogas, o denunciado Rogério teria autorizado a acusada Márcia a negociar diretamente com o inspetor penitenciário visando a inserção de drogas.

Após as tratativas entre Márcia e Cristiano, novamente Joyce teria entrado em cena, dessa vez transportando as drogas e as inserindo no CDPG, a fim de que pudessem ser entregues ao acusado Gerivan Ferreira Queiroz, o qual faria entrega ao denunciado Rogério para a fomentação do tráfico de drogas intramuros, cuja ação teria sido realizada no dia 10/08/2020.

Ademais, a acusada Joyce teria efetuado o pagamento ao Cristiano pelo serviço prestado no estacionamento do supermercado Extrabom.

De acordo com a peça incoativa, a droga inserida no CDPG por Cristiano e a quantia em dinheiro por ele recebida seriam de propriedade de Abel Graciano, substituto de Rogério na organização criminosa, tendo com a prisão de Abel, João Victor Alvarenga Borges assumido a liderança. (fls. 674) Jeferson Felype Ribeiro Molino teria acompanhado Joyce ao Terminal de Vila Velha quando do recebimento das drogas de propriedade de Abel para a inserção na Unidade Prisional dias antes da prática do crime narrado nestes autos, bem como a acompanhado ao CDPG para que as drogas fossem entregues intramuros ao Rogério, por meio de Gerivan.

No que se refere ao acusado Thiago, depreende-se que em um dos diálogos com a acusada Márcia, ele teria pedido um adiantamento de R\$ 5.000,00. Ora, de

acordo com a peça incoativa, Thiago teria participado da organização criminosa capitaneada por Rogério inserindo drogas na unidade prisional enquanto este esteve custodiado no CDPV II.

A materialidade está comprovada por meio do depoimento prestado pelo inspetor penitenciário Cristiano (fs. 52/63, 165/172; 238/293 e 318/321); mensagens materializadas por meio do WhatsApp legalmente produzidas; fotografias obtidas por meio de câmeras de videomonitoramento (fs. 682/693); auto de apreensão e auto de constatação de substância entorpecente (fs. 117/18), cujas provas, a meu ver, comprovam indícios quanto à participação da acusada com o crime apurado nos autos do Inquérito Policial.

Com relação à relação ao *periculum in mora* corresponde esse aos fundamentos da prisão preventiva e também estão previstos no art. 312 do CPP, os quais são:

- Garantia da ordem pública; ou
- Conveniência da Instrução Criminal; ou
- Assegurar a aplicação da Lei Penal; ou
- Garantia da Ordem Econômica (Lei n. 884/94)

E, estando presente um deles, é suficiente para com os pressupostos e condição admissibilidade autorizar o decreto de prisão preventiva.

No caso em análise, a segregação cautelar se faz convincente como medida de garantia da ordem pública, bem como para a conveniência da instrução criminal.

O relatório conclusivo do Inquérito Policial trouxe a lume que “quando legitimamente contrariada pela ação estatal legítima *Márcia Borlini Marim Sanches* recorria (e ainda recorre) à Ordem dos Advogados do Brasil.

Quando contrariada, em seu submundo, o do crime, *Márcia Borlini Marim Sanches* recorre à Organização criminosa que compõe”, cuja acusada já chegou a dizer que “uma pessoa foi assassinada por ‘falar bosta’ com ela se engrandecendo” da posição que tem junto à organização criminosa (fs. 672), bem como chegou a se referir ao *Rogério* e seus comparsas como “meus bandidos” (fs. 765).

Outrossim, quando do cumprimento do mandado de prisão, orientou seu ex marido, por meio de seu advogado, que retirasse um revólver do apartamento que havia residido em Jardim Camburi (fs. 769), objetivando a frustração quanto à produção de provas.

Cumpre esclarecer que a *Vade Mecum III*, foram violados a partir da constatação que advogados tiveram indevidamente/ilegalmente acesso ao conteúdo sigiloso constantes nas referidas medidas cautelares, tudo isso visando a paralisação das investigações em curso.

[...]

Dessa forma, verifica-se que soltos, os acusados poderão tentar destruir provas e executar testemunhas ou rivais. Diante do exposto, além de presente um dos

requisitos esculpidos no artigo 313 do CPP, a prisão preventiva se faz necessário para assegurar a garantia da ordem pública e para a conveniência da instrução criminal.

[...]

Em face do exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus* para, reconhecendo a nulidade dos elementos de informação que levaram à investigação realizada contra a recorrente, revogar sua segregação cautelar e determinar a anulação de todos os elementos de informação coletados por meio da infiltração de agente, autorizada na decisão de fls. 213/214, bem como dos contaminados pela ilegalidade, a serem identificados pelo Juízo de primeiro grau, que deverá, também, verificar se, com a extração dos elementos, subsistem elementos para justificar a manutenção da ação penal e da segregação dos corréus.

RECURSO ESPECIAL N. 1.794.907-RS (2019/0036680-7)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Alexsandro da Silva da Silva

Advogados: Rafael Raphaelli - Defensor Público - RS032676

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Furto. Violação dos arts. 563, 564, IV, 565 e 571, VIII, todos do CPP. Pleito de decote da nulidade absoluta reconhecida pela Corte de origem. Audiência de instrução para inquirição de testemunhas. Ausência do réu preso. Defensor dativo sem contato prévio com o acusado, portanto, sem conhecimento dos fatos. Prejuízo demonstrado. Manutenção dos termos do acórdão que se impõe.

1. O Tribunal de origem dispôs que *é direito do réu acompanhar a coleta de provas na ação penal movida contra si. [...]* A ausência do acusado

em razão da desídia estatal, aqui consubstanciada na não-condução do preso requisitado à audiência de instrução pela SUSEPE, não é motivo idôneo para relativizar a garantia do acusado e configura nulidade insanável. [...] No caso em análise, em que pese manifestação contrária do defensor dativo, entendeu a magistrada na realização da oitiva dos milicianos sem a presença do réu, o que a meu ver, acarreta prejuízo concreto por violação aos princípios da autodefesa e da ampla defesa, dada a impossibilidade de contato e entrevista prévia com o acusado antes da solenidade. [...] Não há dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais. [...] Logo, tratando-se de nulidade absoluta insanável, que pode ser reconhecida e declarada a qualquer tempo, e estando inequivocamente demonstrado o prejuízo ao réu, é de ser declarada nula a audiência datada de 07.02.2017.

2. Diante da responsabilidade exclusiva do Estado, a ausência do recorrido na audiência de inquirição de testemunhas, ante a impossibilidade de transporte de presos, não lhe pode ser imputada. Com efeito, não se pode permitir que o Estado seja ineficiente em cumprir com suas obrigações mínimas, como disponibilizar o recorrido para a audiência previamente marcada.

3. É evidente o prejuízo do réu que, por falha no estado, tem cerceado o seu direito de comparecer ao depoimento das testemunhas arroladas pelo órgão acusador, ocasião onde foi representado por um advogado dativo com quem nunca tivera contato. Exigir que a defesa indique desde já os detalhes de um prejuízo é exigir a chamada “prova diabólica”, tendo em vista que não há como a parte provar como o processo seguiria, caso estivesse presente na audiência.

4. A informação de que *a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais*, revela que ele não possuía conhecimento dos fatos, não podendo fazer nada numa audiência desta natureza, denotando, mais uma vez, o efetivo prejuízo sofrido pelo recorrido.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, 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), 13 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 21.9.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 70077127488 (fls. 278/295).

Apelação criminal. Furto. Sentença condenatória nos termos da denúncia. Insurgência defensiva. Preliminar. Nulidade absoluta insanável.

A todo acusado em processo penal é garantida a autodefesa, a qual se desdobra nos direitos de audiência, de presença e na capacidade postulatória autônoma. O direito de presença assegura ao réu acompanhar os atos de instrução processual, junto da defesa técnica, a fim de formular adequadamente sua defesa pessoal e munir seu patrono de elementos para explorar inconsistências e incorreções da prova produzida em juízo. Ainda, sendo direito do réu acompanhar a instrução da ação penal movida contra si, sua ausência na audiência de instrução só é justificada por opção pessoal ou nas restritas hipóteses legais, como quando sua presença gerar constrangimento à vítima e não for possível realizar a audiência por videoconferência. De outro lado, a ausência do acusado em razão da desídia estatal, aqui consubstanciada na não -condução do preso requisitado à audiência de instrução pela SUSEPE, não é motivo idôneo para relativizar a garantia do acusado e configura, nulidade insanável. No caso em análise, o defensor dativo não anuiu com a solenidade, porém o juízo entendeu pela realização da audiência, havendo prejuízo concreto por violação ao princípio da autodefesa e da ampla defesa, dada a impossibilidade de contato e entrevista prévia com o acusado antes da solenidade, bem como a não -realização de reconhecimento pessoal do réu, prova necessária a corroborar a imputação contida na denúncia. Não há

dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e a Defensora Pública inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidas a vítima e a testemunha de acusação. É de se lembrar, no ponto, inclusive, que a defesa nem mesmo poderia dispensar a presença do réu quando da solenidade, na medida em que não dispunha de poderes para tal. Logo, tratando-se de nulidade absoluta insanável, que pode ser reconhecida e declarada a qualquer tempo, e estando inequivocamente demonstrado o prejuízo ao réu, é de ser declarado nulo o processo desde a solenidade em que ouvidas duas testemunhas, realizada em 07.02.2017, bem como todos os atos de instrução subseqüentes e a sentença.

Preliminar de nulidade do feito acolhida, restando prejudicado a análise do recurso, por maioria.

No presente recurso especial, é indicada a violação dos arts. 563, 564, IV, 565 e 571, VIII, todos do Código de Processo Penal, sob os argumentos de que, *ao revés do entendido da colenda Câmara Criminal, a ausência do acusado na audiência de instrução se trata de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. [...] Na hipótese, a maioria do órgão fracionário, embora tenha reconhecido a existência de nulidade da instrução probatória, por ter sido realizada audiência de instrução sem a presença do réu, deixou de considerar a inexistência de prova do prejuízo decorrente da suposta ilegalidade, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aspecto essencial ao afastamento da invalidade declarada* (fl. 305).

Assevera o recorrente que *a nulidade aventada pelo Tribunal Estadual diz quanto à omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, o que seria causa de nulidade absoluta. [...] Ocorre que, ao contrário do entendido pelo colegiado, a hipótese se enquadra como nulidade de natureza relativa, consoante já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual caberia a mínima demonstração de prejuízo ao recorrido, essencial à declaração de nulidade processual, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Penal* (fl. 309).

Argumenta que *a ausência do defensor público na Comarca quando da realização da audiência e consequente nomeação de advogado ad hoc para a assistência dos interesses do réu na solenidade, é questão que diz tão somente quanto à própria defesa do réu, não podendo ele tirar proveito dessa circunstância (Art. 565 do CPP. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância SÓ à parte contrária interesse). [...] Ademais, nenhuma mácula há no uso dos depoimentos obtidos em audiência sem a presença do réu, já que a sua defesa, na audiência tida por nula, estava presente, e porque, ao revés do que entendeu o Colegiado, nem mesmo a sentença*

condenatória, por si só, representa prejuízo concreto ao réu. [...] Ora, no processo penal, prevalece o vetusto princípio pas de nullité sans grief, o qual preconiza que, para a decretação de invalidade do ato, é necessária a efetiva presença de prejuízo, o que não se verificou no caso em apreço, pois sequer demonstrado, de forma concreta (fl. 310).

Ressalta que a não observância de formalidades previstas em lei somente terá relevância na medida em que possa impedir a realização do processo justo, seja promovendo o desequilíbrio na participação e efetiva contribuição das partes, seja afetando o adequado exercício da função estatal jurisdicional, situação inócurrenente in casu (fl. 312).

Ao final da peça recursal, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul propugna seja admitido o presente recurso especial e, ao final, integralmente provido nessa Superior Instância, ao efeito de reformar o decisum proferido, afastando a nulidade decretada (fl. 313).

Oferecidas contrarrazões (fls. 339/345), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 350/359).

Recurso especial. Furto. Audiência de instrução. Ausência do réu. Nulidade relativa. Recurso admitido.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento da insurgência (fls. 372/377).

Recurso especial. Furto. Nulidade. Ausência do réu em audiência para oitiva de testemunhas. Nulidade relativa. Efetivo prejuízo não demonstrado. Provimento do recurso.

- O reconhecimento de eventual nulidade no curso do processo penal prescinde da demonstração clara do prejuízo efetivo decorrente, em atenção ao brocardo *pas des nullité sans grief*.

- Não é possível identificar em que medida a ausência do acusado em audiência para oitiva das testemunhas poderia ter gerado desfecho distinto do encontrado nos autos.

- Parecer pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Para elucidação do quanto requerido, extraem-se do voto condutor do combatido aresto os seguintes trechos (fls. 291/293 – grifo nosso):

[...]

A defesa alegou, preliminarmente, a nulidade da audiência em que ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação, tendo em vista que o réu preso não foi conduzido para a solenidade.

Tenho que no caso concreto lhe assiste razão.

Conforme se depreende do presente feito, o acusado estava preso preventivamente, por outro processo, desde 17.02.2016.

Citado, requereu a nomeação da Defensoria Pública para atuar na sua defesa (folha 108).

Após o oferecimento de resposta à acusação e não sendo caso de absolvição sumária, o juízo processante designou audiência de instrução e julgamento para 07.02.2017, sendo o recorrente requisitado à SUSEPE (folha 112), a qual informou acerca da impossibilidade de transporte dos presos (folha 117), oportunidade em que ouvidos os policiais militares.

Na referida solenidade, o réu foi assistido por defensor dativo.

Marcada nova solenidade para 21.03.2017, na qual ouvida a vítima e interrogado o réu (folha 135).

Após, sobreveio sentença condenatória.

Pois bem, deve ser lembrado que a todo acusado em processo penal é garantida a autodefesa, a qual se desdobra nos direitos de audiência, de presença e na capacidade postulatória autônoma.

O direito de presença assegura ao réu acompanhar os atos de instrução processual, junto da defesa técnica, a fim de formular adequadamente sua defesa pessoal e munir seu patrono de elementos para explorar inconsistências e incorreções da prova produzida em juízo.

[...]

Ainda, é direito do réu acompanhar a coleta de provas na ação penal movida contra si.

A ausência do acusado em razão da desídia estatal, aqui consubstanciada na não-condução do preso requisitado à audiência de instrução pela SUSEPE, não é motivo idôneo para relativizar a garantia do acusado e configura nulidade insanável.

No caso em análise, em que pese manifestação contrária do defensor dativo, entendeu a magistrada na realização da oitiva dos milicianos sem a presença do réu, o que a meu ver, acarreta prejuízo concreto por violação aos princípios da autodefesa e da ampla defesa, dada a impossibilidade de contato e entrevista prévia com o acusado antes da solenidade.

Não há dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais.

Logo, tratando-se de nulidade absoluta insanável, que pode ser reconhecida e declarada a qualquer tempo, e estando inequivocamente demonstrado o prejuízo ao réu, é de ser declarada nula a audiência datada de 07.02.2017.

[...]

Diante do exposto, voto em acolher a preliminar defensiva para declarar a nulidade da solenidade ocorrida em 07.02.2017, observando-se ao réu o direito de estar presente e participar da instrução processual, prejudicado o exame do mérito.

[...]

Da leitura do trecho acima transcrito, tem-se que a Corte de origem colacionou fundamentos válidos para justificar a presença de nulidade absoluta.

De início, tendo a defesa suscitado a ilegalidade em audiência, conforme ata de fls. 140, não há que se falar em preclusão (AgRg no REsp n. 1.973.052/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 29/6/2022).

No caso concreto, diante da responsabilidade exclusiva do Estado, a ausência do recorrido na audiência de inquirição de testemunhas, ante a impossibilidade de transporte de presos, não lhe pode ser imputada.

Com efeito, não se pode permitir que o Estado seja ineficiente em cumprir com suas obrigações mínimas, como disponibilizar o recorrido para a audiência previamente marcada.

É evidente o prejuízo do réu que, por falha no estado, tem cerceado o seu direito de comparecer ao depoimento das testemunhas arroladas pelo órgão acusador, ocasião onde foi representado por um advogado dativo com quem nunca tivera contato. Exigir que a defesa indique desde já os detalhes de um prejuízo é exigir a chamada “prova diabólica”, tendo em vista que não há como a parte provar como o processo seguiria caso estivesse presente na audiência.

De mais a mais, a informação de que *a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais, revela que ele não possuía conhecimento dos fatos*, não podendo fazer nada numa audiência desta natureza, denotando, mais uma vez, o efetivo prejuízo sofrido pelo recorrido.

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