



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.184.410-SP (2017/0258462-3)**

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Agravante: M A A DA C C

Advogados: Rafael Serra Oliveira e outro(s) - SP285792

Felipe Longobardi Campana - SP373954

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Penal. Processo Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Crime impossível. Ocorrência. Conduta praticada por obra do agente provocador. Súmula 145/STF. Agravo regimental provido.

1. A agravante foi condenada pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, porquanto, na qualidade de médica, prescreveu 3 caixas de *Bromazepam*, 6 miligramas, sem prévia consulta, mediante o pagamento de R\$ 10,00.

2. O fato foi noticiado por produção jornalística, mediante contato telefônico de paciente fictício, integrante da equipe de reportagem identificado com nome falso, a quem foi posteriormente entregue receituário sem comparecimento ao consultório médico.

3. Configurado crime impossível, na modalidade crime de ensaio, nos termos do art. 17 do CP e Súmula 145/STF, porquanto demonstrada flagrante indução do sujeito ativo do delito por terceiro, que se passou por falso paciente, a fim de solicitar prescrição de medicamento sem prévio exame clínico.

4. Agravo regimental provido para absolver a recorrente, com efeitos extensivos à corré V C B, ante a ocorrência de crime impossível.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agravo, com extensão à corré V C B, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

DJe 27.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão que rejeitou os embargos declaração.

Sustenta a hipótese de crime impossível ante a existência de agente provocador.

Alega a atipicidade, porquanto não houve qualquer ofensa à Portaria 344/98 da Anvisa, na medida em que *não exige que o médico autorizado realize prévia consulta ao paciente para prescrever o medicamento Bromazepam* (fl. 1.427).

Requer a reconsideração da decisão atacada ou a apresentação do feito em mesa para que a Turma dê provimento ao agravo regimental para que *seja reformada para reconhecer a negativa de vigência ao art. 17 do Código Penal e a contrariedade aos arts. 1º, parágrafo único, 33 e 66, da Lei n. 11.343/06, e, consequentemente, absolver a Agravante por atipicidade da conduta, com fundamento no art. 386, inc. III, do CPP* (fl. 1.428).

Contrarrazões opostas pelo Ministério Público estadual, pugnando pelo improvimento do recurso.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Quanto à ocorrência de crime impossível, o voto condutor assim referiu (fls. 1.229/1.230):

Não há tampouco como se cogitar a atipicidade da conduta, por alegado crime impossível - como sustenta a defesa da acusada Maria Adelaide.

O que se depreende dos autos é que, ao serem instadas pelo suposto paciente, as rés, que já escavam previamente associadas para a prática de tráfico de entorpecentes, passaram ao cometimento da infração, esta livremente cometida.

Trazendo à tona procedimento criminoso regularmente adotado pelas agentes e ao qual já estavam habituadas.

A circunstância de a situação narrada não envolver um paciente real, mas repórter que se identificou como se paciente fosse, não descaracteriza a traficância.

Muito pelo contrário, reforça a prova acusatória e torna ainda mais segura a comprovação do dolo, pois não deixa dúvida de que, sequer havendo paciente ou mesmo uma pessoa real, com identidade conhecida ou pelo menos verdadeira, as rés prescreviam drogas controladas a terceiros independentemente de diagnóstico ou avaliação prévia, mediante pagamento do singelo valor de R\$ 10.00, e, exatamente por isso, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Plenamente caracterizadas as infrações penais, pois.

Porque absolutamente nada havia a impossibilitar sua consumação.

Consta do voto condutor, a seguinte fundamentação sobre a autoria (fl. 1.220):

A autoria, por seu turno, é incontestável.

Por primeiro, em razão do teor dos documentos acima mencionados, que evidenciam a elaboração de peça jornalística sobre os fatos, motivada pela existência de informações anteriores, dando conta de que a acusada Maria Adelaide fornecia receitas e atestados médicos, sem prévia consulta, mediante a cobrança de R\$ 10.00.

A partir da reportagem (f. 3/5), é possível concluir - e na verdade, a despeito do esforço da d. defesa, é difícil negar - que a acusada, sem prévio contato pessoal com o destinatário da receita e desconhecendo completamente seu histórico clínico, prescreveu-lhe 3 caixas de Bromazepam, 6 miligramas.

Assim agiu em razão de pedido feito, por telefone, pelo produtor do programa jornalístico - que, naquele contato, identificou-se com nome falso, "Carlos G. S. Lima".

Depreende-se que tal solicitação foi dirigida à acusada Vânia, secretária, que, no diálogo gravado pelo produtor, mostrou-se disposta a colaborar para o atendimento do pedido, sem indicar ao suposto paciente a necessidade de passar por consulta e informando-lhe prontamente o valor de R\$ 10.00 para a elaboração da receita.

Na seqüência, o receituário do medicamento solicitado foi preenchido por Maria Adelaide, na exata quantidade e dosagem indicadas pelo suposto paciente

à secretária, com o nome fornecido pelo produtor, além de devidamente assinado pela emitente [f. 13].

De acordo com os documentos, a receita foi entregue ao produtor sem que este passasse por qualquer consulta médica.

Verifica-se, no caso, que a agravante, na qualidade de médica, prescreveu 3 caixas de Bromazepam, 6 miligramas, sem prévia consulta, mediante o pagamento de R\$ 10,00. O fato foi noticiado por produção jornalística, mediante contato telefônico de paciente fictício, integrante da equipe de reportagem identificado com nome falso, a quem foi posteriormente entregue receituário sem comparecimento ao consultório médico.

O presente caso enquadra-se na hipótese de crime impossível ante a ocorrência de crime de ensaio, nos termos do art. 17 do CP e da Súmula 145/STF, porquanto demonstrada flagrante indução do sujeito ativo do delito por terceiro, que se passou por falso paciente, a fim de solicitar prescrição de medicamento sem prévio exame clínico. Nesse sentido:

Processo Penal. Flagrante provocado, crime de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador. Preliminar de coisa julgada que não se configura. Não enfrentamento da matéria em decorrência da objeção encartada no Verbete n. 7/STJ. Constrangimento ilegal configurado. Art. 317, § 1º, do Código Penal. Ato de indução praticado por terceiro de forma a tornar inviável a consumação do fato típico. Crime impossível. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*.

[...]

4. Indagação do estrangeiro que se revela esvaziada de qualquer dubiedade, tendo em vista tratar-se de costureiro turista visitante do Brasil. Art. 12, *in fine*, da Lei n. 6.815/1990. O advena tem ciência de que, via de regra, sua estada no país terá o prazo de 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por igual período.

5. A interpelação formulada pelo alienígena, após ser instruído por outros Agentes de Polícia, sendo inclusive munido de gravador sob suas vestes, denota patente ato de indução, hábil a configurar a hipótese como sendo de flagrante provocado.

6. *A doutrina intitula o fato decorrente dessa espécie de flagrante como delito putativo por obra do agente provocador ou crime de ensaio, em que o ato de indução praticado por terceiro atrai a aplicação do art. 17 do Código Penal, culminando, por conseguinte, em crime impossível, visto que inviável sua consumação.*

7. *As nuances fáticas que antecederam a prisão em flagrante acarretam a incidência do enunciado n. 145/STF, posto que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".*

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, cassando o acórdão vergastado, absolver a paciente.

(HC 369.178/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 16/02/2017.)

De acordo com as lições de Nelson Hungria, no crime de ensaio, *somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda a sua plenitude; mas sob o aspecto objetivo, não há violação da lei penal, sendo uma inciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, ab initio, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime* (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, I v., II t., p. 107).

Oportunamente, como bem destacado no parecer ministerial (fls. 1.440/1.441):

Com efeito, conforme descrito na denúncia, a Agravante recebeu uma ligação em seu consultório de uma pessoa que solicitou lhe fosse fornecida uma receita do medicamento Bromazepan, de uso controlado. Assim o fez, sem qualquer contato pessoal com o paciente e sem conhecimento prévio do histórico médico. *Ocorre que o paciente era fictício e integrava uma equipe de reportagem que pretendia flagrar a venda de receitas de medicamentos controlados e de atestados médicos, sem prévia consulta médica. A conduta foi classificada como tráfico de drogas, na modalidade de prescrever substância entorpecente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

3. No entanto, a Agravante, como médica, tinha autorização para prescrever o medicamento de uso controlado, tanto que detinha receituário em seu nome e com todas as especificidades exigidas pela Portaria n. 344/98 da ANVISA (f. 882). A irregularidade consistente em emitir a receita sem examinar o paciente não constitui determinação legal ou regulamentar, que complementa o tipo penal, sendo atípica do ponto de vista penal.

4. *Fosse típica a conduta, sua consumação seria impossível diante do flagrante preparado ou provocado, pouco importando que o tipo legal seja de perigo abstrato e de mera conduta, ou notícias de que a médica costumava vender receitas do referido medicamento, fato que não foi objeto de apuração.*

Tratando-se de questão de caráter objetivo, cabível a extensão dos efeitos benéficos do julgado à corré V C B, nos moldes do art. 580 do CPP.

Ademais, considerando o acolhimento da tese de crime impossível, torno prejudicado o pleito relacionado à atipicidade.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo regimental a fim de absolver a recorrente ante a prática de crime impossível, com efeitos extensivos à *corré V C B*.

HABEAS CORPUS N. 330.559-SC (2015/0174133-9)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Jose Leo Espindola da Silva (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Nulidade da sentença. Depoimento testemunhal. Direito ao silêncio. Amplitude. Advertência judicial. Reflexos na voluntariedade do depoimento. Prova ilícita. Prejuízo ao acusado. Anulação da sentença. Ordem concedida em parte.

1. A busca da verdade no processo penal sujeita-se a limitações e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional, cujo objetivo maior é a descoberta da verdade *processual e constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

2. Uma dessas limitações, de feição ética, ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a impossibilidade de obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam

para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor. Daí por que a Constituição assegura ao preso o “direito de permanecer calado” (art. 5º, LXIII), cuja leitura meramente literal poderia levar à conclusão de que somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si.

3. Na verdade, qualquer pessoa, ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe a produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente.

4. A moldura fática delineada no acórdão impugnado explicita que o Magistrado, antes de iniciar o depoimento do adolescente, advertiu-o, após externado seu desejo de permanecer em silêncio, de que poderia “ser novamente apreendido se não falasse a verdade”.

5. A hipótese retrata situação em que o destinatário da advertência foi chamado a depor, como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o paciente quando este foi autuado em flagrante, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

6. Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se à definição sobre a propriedade dessa droga, pois nenhum dos dois ocupantes do automóvel – o paciente e o seu carona, o referido adolescente – assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo.

7. Assim, e mais ainda por tal circunstância, a advertência da autoridade judiciária feita ao depoente viciou o ato de vontade e direcionou o teor das declarações.

8. É ilícita, portanto, a prova produzida e, por ter sido desfavorável ao réu e ter-lhe causado notório e inquestionável prejuízo, há de ser afastada, com a consequente anulação da sentença condenatória, de modo a que seja feito o ato decisório, sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento. Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que a sentença faz alusão a outras evidências e a provas produzidas em juízo, de sorte a não autorizar-se a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente.

9. Ordem concedida em parte, a fim de anular o processo a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do adolescente M. S. da C, colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 10.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Jose Leo Espindola da Silva*, paciente neste *habeas corpus*, alega sofrer coação ilegal diante de acórdão prolatado pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina* na Apelação n. 2014.082977-1.

Nesta Corte, a defesa sustenta a nulidade da sentença condenatória, porquanto baseada em depoimento de adolescente *não advertido sobre o direito ao silêncio*. Subsidiariamente, asseve que deve ser aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, por consequência, estabelecido o regime de cumprimento da pena menos gravoso.

Requer, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação. No mérito, postula a absolvição do réu, “em virtude da ausência de prova *válida* para a condenação” (fl. 20, destaque do autor), ou a anulação do “processo desde a sentença, para que o Juízo de primeiro grau prolate nova decisão, vedada a utilização da prova ilícita e as dela decorrentes” (fl. 20). De modo subsidiário, pugna pela redução da pena e pelo abrandamento do regime.

Indeferida a liminar (fls. 413-415) e prestadas as informações (fls. 430-481), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 486-497).

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Extrai-se dos autos que o réu foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Os autos dão conta da apreensão de *1.040 g de maconha*.

O Tribunal de origem, ao se manifestar sobre as provas dos autos que justificam a manutenção do decreto condenatório, *salientou o depoimento do adolescente M. S. da C.*, nos seguintes termos (fl. 398, grifei):

Nesse passo, o adolescente M. S. da C., sob o crivo do contraditório, disse que no dia dos fatos pegou uma carona com o apelante na loja Kiko Auto Som e que estava presente quando ocorreu a prisão em flagrante. Sustenta que viu a droga sendo apreendida, porém não sabe dizer aonde estava. Perguntado se a droga era realmente sua, tal como alega o apelante, *o adolescente perguntou se poderia ficar em silêncio, porém foi advertido da possibilidade de ser novamente apreendido se não falasse a verdade, pois não estava sendo ouvido na qualidade de réu, mas sim como testemunha*. O adolescente disse que a droga não era sua e que não sabia em que parte do carro estava, e nem mesmo de quem era a droga apreendida (mídia de fl. 170).

O Código de Processo Penal, em seu art. 186, prevê que “o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

Pela leitura do trecho transcrito, observo que, de fato, a Corte estadual confirmou que o Magistrado, *ao ouvir o depoimento do adolescente, não só deixou de lhe informar o direito de permanecer calado como lhe advertiu de sua obrigação de falar a verdade*. Além disso, asseriu que o adolescente, depois de haver manifestado o desejo de ficar em silêncio, *foi advertido da possibilidade de ser novamente apreendido se não falasse a verdade*” (fl. 398, destaquei).

Aparentemente, portanto, o Tribunal *a quo* entendeu que o adolescente “não estava sendo ouvido na qualidade de réu, mas sim como testemunha” (fl. 398), e que, nesses termos, incidiria a regra do art. 203 do Código de Processo Penal, a qual dispõe que “*a testemunha* fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”.

A *vexata quaestio*, todavia, deve atrair outra solução jurídica, como a seguir explicitado.

II. Limites condicionantes à atividade persecutória

A partir do ideário iluminista inaugurou-se uma nova era do Direito Criminal, em que a atividade punitiva do Estado passa a vincular-se a valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, motes da Revolução Francesa, no final do século XVIII. Nesse viés, a liberdade jurídica assume lugar de destaque na pauta das nações centrais e sujeita-se a sacrifício *apenas em casos expressamente previstos*, mediante obediência a regras forjadas pelas progressivas conquistas civilizatórias.

Gradualmente, portanto, a persecução penal passa a alinhar-se aos postulados inerentes a um Estado Democrático de Direito e se configura não mais como mero instrumento de realização do Direito Penal, mas, acima de tudo, um meio civilizado de limitação do poder punitivo do Estado frente ao indivíduo.

No que concerne à atividade cognitiva judicial, tem-se hoje como indiscutível que a busca da verdade no processo penal *submete-se a limites e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional*.

É inevitável, assim, que o conteúdo informativo de um processo criminal pautado pelo modelo garantista seja inferior ao reproduzido em um modelo autoritário. Logo, a atividade jurisdicional criminal tem como objetivo maior a descoberta da verdade *processual e constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva. Em outras palavras, o fim do processo “só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça”, por meio de uma decisão obtida de modo “processualmente admissível e válido” (DIAS, Jorge de Figueirado. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 43 e 49).

Tal é o preço que se paga por um modelo em que não apenas importam os fins da jurisdição penal mas também se confere atenção aos meios para atingi-los.

Uma dessas limitações cognitivas ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a *impossibilidade de se obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação*, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor.

Na observação de Maria Elizabeth QUEIJO,

O princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violações físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (*O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2012, p. 77).

Daí por que a Constituição assegura ao preso o “direito de permanecer calado” (art. 5º, LXIII), cuja *leitura meramente literal*, como a que empreendeu o Tribunal local, *poderia levar à conclusão* de que *somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si*.

Assim, todavia, não há de ser. Na verdade, *qualquer pessoa, ao confrontar-se ante o Estado em atividade persecutória deste, deve ter a proteção* jurídica contra a tentativa de forçar ou induzir a produção da prova favorável ao interesse punitivo estatal.

Na lição de João Claudio COUCEIRO, “as testemunhas podem invocar o direito ao silêncio, quer para não se auto-incriminar, quer para escapar da responsabilidade civil e administrativa. [...] Tal direito é amplo, e não depende da existência de procedimento investigativo para apurar os fatos em que a testemunha estava envolvida ...” (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 220).

Mais especificamente sobre a oitiva de adolescentes, pontua COUCEIRO, que “o adolescente deverá ser lembrado, assim, de seu direito de permanecer em silêncio toda vez que for ouvido por qualquer autoridade (pouco importando seja ela policial, membro do Ministério Público ou judicial), ...” (*idem*, p. 260).

Essa é a compreensão moderna, não encontrada, por óbvio, na regra antiga, já presente no Direito Romano, do *nemo tenetur se detegere*, e que vem sendo aperfeiçoada ao longo dos séculos, sobretudo a partir das ampliações conceituais que lhe vêm dando as Cortes Constitucionais de diversos países centrais.

Na Alemanha, por exemplo, relata Theodomiro DIAS NETO que:

A posição dominante da doutrina é de que o direito ao silêncio encontra o seu fundamento no art. 2º, I, CF/88 c/c arts. 1º, I, e 19 II, da CF/88. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º I), na qualidade de principal direito de liberdade, é ponto de partida de todos os direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado (Seifert, 1991: 45). O art. 19 II determina que nenhum direito fundamental pode ser violado em seu núcleo essencial (*Wesensgehalt*). Este núcleo é intangível, determina um *limite absoluto* (*absolute Eingriffsgrenze*) ao

legislador, ao Judiciário e à administração. A referência ao art. 1 I deriva de seu caráter supremo dentro da Constituição alemã; a *proteção da dignidade da pessoa humana* é o mais alto valor da Constituição e permeia todas as demais normas que a compõem. Tal princípio constitui o *núcleo absoluto (absoluter Kernbereich)* e intangível de todos os direitos fundamentais. Em síntese, o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador” (*O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/179)

Foi, porém, a Suprema Corte dos Estados Unidos que deu maior amplitude ao tema em apreço, desde os anos 30 do Século XX, quando passou a tratar da legalidade do interrogatório policial a partir do *teste de voluntariedade (voluntariness test)*, em razão do qual se entendeu que somente seria válido o interrogatório do preso se estivesse em conformidade com os requerimentos da *cláusula do devido processo (due process clause)* da 14ª Emenda à Constituição, ante a proteção mais específica do *privilegio contra autoincriminação* de que cuida a 5ª Emenda à Constituição.

No Direito brasileiro o tema tem sido fertilmente enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, mormente a partir da Constituição de 1988, que inaugurou uma nova compreensão acerca das liberdades públicas no processo penal.

Lapidares, nessa direção, foram algumas decisões da Suprema Corte nos casos que envolviam a convocação de testemunhas para depor em Comissões Parlamentares de Inquérito, que amiúde se valiam de estratégia, repudiada pelo STF, de chamar pessoas na qualidade de testemunhas, as quais, todavia, *eram, na essência, suspeitas das práticas ilícitas que estavam sendo objeto de investigação*.

Eis, ilustrativamente, um desses importantes julgados:

Comissão Parlamentar de Inquérito. Privilégio contra a auto-incriminação. *Direito que assiste a qualquer indiciado ou testemunha*. Impossibilidade de o Poder Público impor medidas restritivas a quem exerce, regularmente, essa prerrogativa. Pedido de *habeas corpus* deferido.

– O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

– O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. **O direito ao silêncio** – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – **impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.**

– Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

(*HC n. 79.812/SP*, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16/2/2001, grifei)

Também digna de registro a análise, em pedido de liminar requerida nos autos do *HC n. 95.037/SP* (DJe 25/6/2008), feita pelo Ministro Celso de Mello, que assim explicitou a matéria (destaquei):

[...] Tenho enfatizado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, a propósito da *prerrogativa constitucional contra a auto-incriminação* (RTJ 176/805-806, Rel. Min. Celso de Mello), e com apoio na jurisprudência prevalecente no âmbito desta Corte, que **assiste, a qualquer pessoa**, regularmente convocada para depor perante Comissão Parlamentar de Inquérito, o *direito de se manter em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano* (*‘Nemo tenetur se detegere’*). É que indiciados ou testemunhas dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a auto-incriminação, consoante tem proclamado a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RTJ 172/929-930, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - RDA 196/197, Rel. Min. Celso de Mello - HC 78.814/PR, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) [...] Cabe acentuar que o privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito (UADI LAMMÊGO BULOS, ‘Comissão Parlamentar de Inquérito’, p. 290/294, item n. 1, 2001, Saraiva; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, ‘Do Inquérito Parlamentar’, p. 47/48 e 58/59, 1964, Fundação Getúlio Vargas; JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA, ‘Comissões Parlamentares de Inquérito’, p. 65 e 73, 1999, Ícone Editora; PINTO FERREIRA, ‘Comentários à Constituição Brasileira’, vol. 3, p. 126-127, 1992, Saraiva, v.g.) – traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

*Convém assinalar, neste ponto, que, “Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação” (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, 1997, RT - grifei). **É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito também em favor de quem presta depoimento na condição de testemunha, advertindo, então, que “Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la” (RTJ 163/626, Rel. Min. Carlos Velloso - grifei). [...]***

III. Violação concreta do direito ao silêncio

Não pode restar nenhuma dúvida, portanto, de que *não apenas o preso, mas qualquer pessoa que seja chamada a depor perante agente estatal, não pode ser compelida, sob qualquer meio, a prestar declarações, máxime quando, como na hipótese sob análise, expressamente manifestou o desejo de permanecer em silêncio*, motivo por que o juiz lhe endereçou a advertência de que, “se não falasse a verdade” poderia “ser novamente apreendido” (fl. 398).

Para contextualizar esse comportamento judicial, registre-se que o destinatário dessa advertência foi chamado a depor, *como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o ora paciente quando este foi autuado em flagrante*, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se à definição sobre a propriedade dessa droga, pois *nenhum dos dois ocupantes do automóvel – o paciente e o seu carona, o referido adolescente – assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo*.

Assim, e mais ainda por tal circunstância, não se revestiu de legalidade a “advertência” feita pela autoridade judiciária ao depoente, de que poderia “*ser novamente apreendido se não falasse a verdade*”, após haver ele expressado a intenção de permanecer em silêncio.

O resultado foi o depoimento do adolescente, certamente influenciado pela “advertência”, em sentido favorável à acusação e, conseqüentemente, prejudicial ao ora paciente, que veio a ser condenado às penas do tipo penal em que foi incursionado pelo Ministério Público.

Não se está a afirmar, vale a observação, que o paciente não deveria ser condenado ou que, sem esse depoimento judicial ora hostilizado, seria ele absolvido das imputações, mas *tão somente que essa prova, por ser formalmente viciada em sua gênese, é manifestamente ilícita*, pois contraria os postulados éticos de um devido processo penal (em sua acepção substantiva) e, particularmente, porque viciada a vontade do declarante.

Enfatize-se que o adolescente, na gama de possibilidades que o caso apresenta, poderia ser de fato o proprietário da droga localizada no interior do veículo em que estava, na ocasião da abordagem policial, ou então poderia ser apenas alguém que acompanhava o condutor, sem nenhuma responsabilidade pela maconha apreendida no automóvel.

Se o adolescente permanecesse em silêncio, como aparentemente era sua intenção inicial – sempre, insista-se, em conformidade com o que ficou assentado no acórdão impugnado –, caberia ao titular da ação penal obter outras provas para amparar a versão acusatória; depondo e assumindo a autoria do crime e a responsabilidade pela droga, provavelmente tal comportamento processual traria dificuldade ao Ministério Público para sustentar a acusação; e, finalmente, depondo e negando qualquer participação no transporte ou na posse da droga – no sentido, aliás, do depoimento que acabou por prestar – a tarefa estatal de comprovar os fatos articulados na denúncia ficou bem facilitada, porque serviu de contraprova à versão sustentada pelo réu, de que a droga não lhe pertencia.

Em decorrência dessas considerações, *reputo ilícita referida prova, por ter sido produzida sob sugestão judicial à testemunha central do processo*, e, porque foi desfavorável ao réu e lhe causou notório e inquestionável prejuízo, há de ser ela afastada, com conseqüente *anulação da sentença condenatória*, de modo a que seja refeito o ato decisório sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento.

Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que *a sentença faz alusão a outras evidências e provas produzidas em juízo*, de sorte a não se autorizar a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem a fim de anular o processo, a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do

adolescente M. S. da C., colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.

Comunique-se, *com urgência*, o inteiro teor deste *decisum* às instâncias ordinárias.

HABEAS CORPUS N. 351.718-PE (2016/0071258-4)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Impetrante: Raquel Braga Vieira e outros
Advogado: Erik Limongi Sial e outro(s) - PE015178
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Paciente: Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira
Paciente: Luiz Eduardo Falco Pires Correa
Paciente: Jose Luis Magalhaes Salazar
Paciente: Julio Cesar Pinto
Advogado: Roberto Podval e outro(s) - SP101458
Paciente: Paulo Altmayer Goncalves

EMENTA

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990) e associação criminosa. Pedido de trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Responsabilidade penal objetiva. Falta de justa causa. Ausência de descrição do elemento fraude. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. A extinção da ação penal na via eleita consiste em medida excepcional, justificando-se somente quando se revelar, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria. Nesse contexto, a jurisprudência desta Casa não aceita, ordinariamente, discussões fundadas na ausência de comprovação do elemento subjetivo do tipo ou na carência de indícios suficientes de autoria do delito, porquanto tais

esclarecimentos demandam, na maior parte das vezes, apreciação detalhada dos elementos de convicção constantes do processo, providência manifestamente inconciliável com o rito célere do remédio constitucional. Precedentes.

2. No caso, a peça acusatória, ao imputar aos pacientes a fraude à Fazenda Nacional, por meio da apresentação de declarações inverídicas de modo a suprimir o pagamento de tributos, baseou-se, apenas, nas funções desempenhadas pelos acusados no âmbito da pessoa jurídica. Assim, o crime descrito no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 foi atribuído aos pacientes somente por ostentarem a qualidade de Presidente e Diretores da companhia. O denunciante não minudenciou a conduta delituosa e o liame dos acusados com o crime narrado na inicial, imputando-lhes o delito exclusivamente em razão dos altos cargos ocupados por eles na empresa. Entretanto, a mera detenção dos postos de Presidente e de Diretores da pessoa jurídica, sem a descrição das competências desempenhadas pelos réus em relação aos fatos criminosos, não evidencia a autoria ou eventual anuência com o crime. Nos termos da orientação desta Corte, não é necessário ao denunciante elucidar a participação de cada acusado do crime societário. Porém, no caso, observa-se a absoluta ausência de descrição do vínculo subjetivo dos acusados com o delito delineado na peça acusatória. Evidente, portanto, o desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. De mais a mais, consoante se observa dos documentos acostados ao processo, embora a Comunicação Fiscal ao Ministério Público aponte a existência de declaração inverídica da contribuinte, não asseverou, nem sequer minimamente, à presença de fraude ou falsificação. As indagações referentes a presença de práticas ardilosas foram todas respondidas negativamente pelos funcionários fiscais. Assim, embora os pacientes possam ter recolhido de forma errônea o imposto devido, não despreveram os auditores fiscais nenhuma fraude ou ardil no procedimento. Além disso, a pessoa jurídica contribuinte mantinha correta escrituração e apresentou todos os documentos solicitados por ocasião da autuação fiscal. Desse modo, não há nos autos dados inequívocos bastantes a demonstrar que a supressão ou a redução do tributo ocorrera mediante fraude ou falsificação. A peça acusatória encontra-se consubstanciada apenas na constituição

definitiva do crédito tributário, concluindo o titular da ação penal pública, a partir daí, que a redução dos valores se deu por meio de uma das condutas listadas no art. 1º da Lei 8.137/1990. Precedentes.

4. Relativamente ao crime de associação criminosa, o Ministério Público não descreveu a associação efetiva, tampouco o vínculo permanente de cada um dos membros com o grupo. A inicial apenas se refere ao delito previsto no art. 288 do Código Penal no momento da capitulação legal, porém sem delineá-lo, ainda que sucintamente. Portanto, evidente o constrangimento ilegal. Precedentes.

5. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001 relativamente aos pacientes *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Correa, Jose Luis Magalhaes Salazar, Julio Cesar Pinto e Paulo Altmayer Goncalves*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Erik Limongi Sial, pelas partes pacientes: Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira; Luiz Eduardo Falco Pires Correa; Jose Luis Magalhaes Salazar; Paulo Altmayer Goncalves

Sustentou oralmente o Adv. Odel Mikael Jean Antun, pela parte paciente: Julio Cesar Pinto

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 30.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco*

Pires Correa, Jose Luis Magalhães Salazar, Julio Cesar Pinto e Paulo Altmayer Gonçalves, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Foram os pacientes, em 4 de dezembro de 2013, denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal, bem assim no art. 288 do Código Penal.

Em 17 de março de 2014, a peça acusatória foi recebida, determinando-se a citação dos réus para responderem à acusação.

Buscando o trancamento da ação penal, impetrou a defesa prévio remédio constitucional no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O pedido liminar foi deferido para suspender o processo até o julgamento definitivo do inconformismo.

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 4 de novembro de 2015, a Terceira Câmara Criminal denegou a ordem, cassando a liminar e determinando o prosseguimento regular da ação penal.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 39/40):

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Sonegação fiscal e associação criminosa. Inépcia da denúncia. Improcedência. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Ausência de dolo e fraude. Matéria que exige aprofundamento probatório, inviável pela via estreita do *habeas corpus*. Trancamento da ação penal por garantia integral do débito tributário no juízo cível. Impossibilidade. Independência das esferas cível e penal. Inaplicabilidade do art. 9º da Lei 10.684/2003. Ordem denegada. Liminar cassada. Decisão unânime.

I - Em consonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*, em virtude da sua impossibilidade de dilação probatória, constitui medida excepcional, que somente é admitida quando as provas pré-constituídas nos autos demonstram, de forma inequívoca, a inexistência de elementos indiciários da autoria e da materialidade do delito, a atipicidade da conduta ou a presença de alguma causa excludente da punibilidade.

II - Hipótese em que a denúncia cumpre todos os requisitos legais exigidos pelo art. 41 do CPP, pois descreve o suposto fato delituoso (ausência, reiterada, de destaque ou recolhimento de imposto sobre prestações tributadas de serviços de comunicação declaradas isentas pelo contribuinte sem amparo legal); indica o crime supostamente executado (sonegação fiscal e associação criminosa, em continuidade delitiva); aponta os supostos autores do delito e suas devidas qualificações (diretores da empresa); e apresenta o rol de testemunhas.

III - Nos casos de infrações penais perpetradas no âmbito da administração de pessoas jurídicas, é possível ao órgão acusatório ofertar denúncia atribuindo o delito aos sócios-gerentes e diretores da firma, pois são essas pessoas que se encontram nas condições de praticá-lo ou impedir sua concretização, controlando assim o iter criminis, segundo a consagrada teoria do domínio do fato, sem prejuízo, evidentemente, de que no decorrer da instrução criminal fique demonstrada a ausência de autoria delitiva.

IV - O fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei n. 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie. Precedentes STJ.

V. *In casu*, o paciente não efetuou o pagamento do crédito tributário, as apenas contratou seguro garantia como tentativa de assegurar o seu futuro adimplemento. Destarte, não operou-se a extinção de sua punibilidade. Precedentes do STF.

VI. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independências das esferas cível e criminal. Precedentes do STJ.

VII. Ordem denegada. Liminar Cassada. Decisão unânime.

No Superior Tribunal de Justiça, sustentam os impetrantes, como primeira tese, a inépcia da denúncia. Ponderam, a propósito, que a jurisprudência desta Casa, na contramão da fundamentação apresentada pelo acórdão estadual, assentou o posicionamento de que a peça acusatória deve sim descrever um liame mínimo suficiente a demonstrar de que modo teria se dado a atuação do sócio ou diretor da pessoa jurídica na execução ou participação no suposto crime tributário, sob pena de se incorrer em evidente responsabilização objetiva.

Esclarecem que, na espécie, entretanto, a autoria foi imputada aos pacientes com lastro exclusivamente na condição de ocuparem as posições de presidente ou diretores da empresa Telemar Norte Leste S/A, sem nenhuma distinção ou demonstração da efetiva interligação entre o desempenho das funções exercitadas por cada um dos acusados e a conduta delitiva narrada na inicial.

Sublinham ser da responsabilidade do órgão acusatório perquirir, antes da formalização da persecução criminal, como teria se dado o procedimento interno da pessoa jurídica no que concerne aos aspectos fiscais, bem assim se o presidente e os diretores da empresa possuíam, de fato, ingerência direta ou ao menos conheciam a forma de proceder do setor fiscal da companhia.

No caso, porém, destacam que a incoativa está lastreada, apenas e unicamente, na Comunicação Fiscal ao Ministério Público – COFIMP, cujo questionário, preenchido pela autoridade fiscal, foi respondido negativamente para todas as indagações concernentes a condutas dolosas.

Reverberam, também, a atipicidade formal da conduta. Destacam, no particular, que a peça acusatória apenas narrou o ilícito fiscal, sem demonstrar documentalmente a existência de fraude ou ardil. Elucidam que, conquanto a Comunicação Fiscal ao Ministério Público indique a existência de declaração inverídica, não externou fosse a referida declaração fraudulenta.

Afirmam, a propósito, que a autuação fiscal que deu azo à Comunicação Fiscal ao Ministério Público – única invocada na denúncia como materialidade do crime – foi lastreada pelo equivocado cadastramento de fornecedores no sistema informatizado como isentos, quando haveriam de ser tributados. Ressalta que tal fato foi confessado pela Telemar Norte Leste durante o limiar do procedimento fiscal, com o conseqüente recolhimento da exação devida, excetuados, apenas, os valores calculados pela Fazenda Nacional pelo método “por dentro” e a multa confiscatória. Diante disso, argumentam que não houve recolhimento a menor de tributos, mas lídima insurgência da contribuinte contra a sistemática do cômputo de ICMS, matéria divergente no âmbito da própria Administração Fazendária Estadual, de modo que assente a inexistência de conduta eivada de ardil ou fraude.

Noutro giro, asserem que apenas foi possível ao Fisco Estadual verificar as atividades da empresa Telemar Norte Leste S/A, chegando à conclusão do suposto recolhimento a menor de tributos, em razão da escrituração contábil formalizada e regularmente apresentada pela pessoa jurídica.

Por fim, relativamente à afirmação do Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade de trancamento da ação penal diante da garantia integral dos valores, por força do postulado da independência entre as instâncias, anunciam que não se busca a extinção da punibilidade pelo simples fato da constituição de seguro-garantia, mas pela manifesta ausência de justa causa, pois o pagamento será alcançado caso os embargos à execução sejam julgados improcedentes.

Diante dessas considerações, pedem, em tema liminar, seja suspenso o curso do processo originário até o julgamento definitivo do presente remédio constitucional. No mérito, buscam a cassação do acórdão estadual, determinando-se o trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 1.486/1.489).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 1.507/1.518), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem.

Recebeu o parecer esta ementa (e-STJ fls. 1.549/1.556):

Habeas corpus. Sonegação fiscal e formação de quadrilha. Atipicidade da conduta. Inexistência. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Trancamento da ação penal. Necessidade de revolvimento e valoração de fatos e provas. Inviabilidade de análise da tese na restrita via do writ. Constrangimento ilegal não configurado. Denegação da ordem. - Segundo a firme jurisprudência dessa Augusta Corte Superior, a falta de justa causa a ensejar o trancamento da ação penal só pode ser reconhecida quando, de plano, sem um juízo de valoração das provas, se evidencie a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de elementos mínimos de autoria e materialidade, hipóteses não verificadas no presente caso. - Parecer pelo não conhecimento do writ e, acaso conhecido, pela denegação da ordem de habeas corpus.

Em 9 de novembro de 2017, deferi o pedido de reconsideração formulado pela defesa para suspender o curso da ação penal até o julgamento definitivo do presente inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Lembremo-nos que a extinção da ação penal na via eleita consiste em medida excepcional, justificando-se somente quando se revelar, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria. Nesse contexto, a jurisprudência desta Casa não aceita, ordinariamente, discussões fundadas na ausência de comprovação do elemento subjetivo do tipo ou na carência de indícios suficientes de autoria do delito, porquanto tais esclarecimentos demandam, na maior parte das vezes, apreciação detalhada dos elementos de convicção constantes do processo, providência manifestamente inconciliável com o rito célere deste remédio constitucional.

Feitas essas considerações, passo à apreciação do pedido inicial.

Foram estes os fatos narrados na peça acusatória (e-STJ fls. 396/399):

Em 05 de dezembro de 2011, por ocasião de fiscalização procedida pelo Fisco Estadual, foi constatado que os denunciados, nos períodos fiscais do exercício de 2006, agindo com pleno domínio dos fatos na administração e gerência da empresa Telemar Norte Leste S/A, CNPJ n. 33.000.118/0014-93 e Inscrição Estadual n. 0019146-93, localizada na Rua do Brum, 485, Sala 101, nesta cidade, os denunciados, reiteradamente, fraudaram a Fazenda Estadual, através de declaração inverídica de modo a suprimir ou reduzir tributos, dando margem ao Auto de Infração n. 2011.000003483170-53 (fls. 06/07).

Dita conduta incidiu sobre a falta de destaque e recolhimento do ICMS em prestações de serviço de telecomunicação legalmente tributadas, importando na supressão do pagamento de ICMS Normal no valor original de R\$ 2.839.880,19 (dois milhões, oitocentos e trinta e nove mil, oitocentos e oitenta reais e dezenove centavos).

Tal conduta, objeto de autuação ao fisco, produziu constituição do crédito tributário, justamente em face da preclusão recursal no âmbito administrativo, importando em lançamento definitivo por força do referido decurso de tempo em razão da inércia do contribuinte na esfera administrativa resultando no ato de lançamento do crédito tributário, bem como sua inscrição na Dívida Ativa em 09 de maio de 2012, como bem demonstram os documentos acostados as fls. 06, 07, 08, 196, 197, 199 e 200.

Consta da peça informativa que os denunciados deixaram de recolher o ICMS Normal, através da emissão de Notas Fiscais de Saída, escrituradas como isentas as saídas de prestações de serviços de telecomunicação legalmente tributadas com alíquota interna de 28% (vinte e oito por cento), reduzindo, sem amparo legal, o imposto devido.

Tal fato resulta da conduta ilícita dos denunciados em lançar as saídas tributadas como isentas no Livro de Registro de Apuração do ICMS, reduzindo, dessa forma, o valor do ICMS Normal a recolher, importando tal procedimento em supressão do referido imposto em prejuízo da Fazenda Estadual.

Esses fatos foram constatados pela análise das prestações realizadas no exercício de 2006, que foram apresentadas à fiscalização, em meio magnético, onde por meio do programa 'IDEA' foi identificadas prestações não tributadas que, por sua vez, após ser analisada sua regularidade, constatou-se que não houve o destaque e nem recolhimento do imposto sobre prestações tributadas de serviços de comunicação, declaradas isentas pelo contribuinte, sem amparo legal.

A prática relatada perdurou, em continuidade delitiva, no período acima discriminado, resultando em supressão de tributo em detrimento dos cofres estaduais.

A prova da materialidade encontra-se nos autos, representada pela cópia do Auto de Infração (fl. 06/07), Demonstrativo de Crédito Tributário (fl. 08), Demonstrativo de Prestações de Serviço de Telecomunicação (fls. 09/11),

Demonstrativo dos Recolhimentos (fl. 12), Quadro resumo do ICMS a recolher (fl. 13) e DVD-R - Arquivos dos Demonstrativos das Prestações de Serviço de Telecomunicação, Arquivos do Convênio n. 115/03.

*O mesmo se dá em relação à autoria, posto que sendo os denunciados **Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Corrêa, José Luís Magalhães Salazar, Júlio César Pinto e Paulo Altmayer Gonçalves**, Presidentes e diretores, conforme Atas do Conselho Administrativo (fls. 201/216), detêm o domínio do fato, o poder de determinar, de decidir e de fazer com que seus empregados e contratados executem o ato, sendo responsáveis pela ocorrência da redução do tributo, de acordo com as Atas da 79ª Reunião Ordinária do Conselho de Administração e da 90ª Reunião Extraordinária do Conselho de Administração realizadas em 29 de abril de 2005 e 28 de junho de 2006, respectivamente.*

Por fim, em que pese a alegação de que o crédito tributário estava sendo discutido e garantido judicialmente (fls. 39 a 192), há que se observar que a independência entre as instâncias autoriza a propositura da ação penal, inclusive porque somente esta interrompe o prazo prescricional (art. 117, inciso I, do Código Penal), da mesma forma que a garantia do juízo cível não se equivale a pagamento do crédito tributário, de forma a ensejar a ausência de justa causa para a sua propositura. Neste sentido:

[...]

Diante de todo o exposto, resta manifesto estarem os denunciados *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Corrêa, José Luís Magalhães Salazar, Júlio César Pinto e Paulo Altmayer Gonçalves* incurso nas penas do artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90 (sonegação fiscal), art. 71 (continuidade delitiva) e art. 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público oferece a presente denúncia, para que, recebida, seja instaurado o processo crime. (Grifei.)

Sustentam os impetrantes, como primeira tese, a ausência de demonstração de nexo causal entre a conduta dos pacientes e o evento supostamente delituoso, resultando em imputação objetiva em razão da simples circunstância jurídica de os acusados ocuparem, à época dos fatos, os cargos de Presidente e Diretores da empresa Telemar Norte Leste S/A. Ponderam, a propósito, inexistir a mínima demonstração de liame psicológico entre os pacientes e os funcionários da empresa responsáveis pelo pagamento dos tributos respectivos.

Sobre o tópico, assim se pronunciou a Corte estadual (e-STJ fls. 48/49):

No tocante a alegação de inépcia da denúncia, após uma análise dos elementos constantes na denúncia, verifica-se que este pedido não há como prosperar, uma vez que a exordial cumpre todos os requisitos do art. 41 do CPP.

Com efeito, a denúncia efetivamente descreve o suposto fato delituoso (ausência, reiterada, de destaque ou recolhimento de imposto sobre prestações tributadas de serviços de comunicação declaradas isentas pelo contribuinte sem amparo legal); indica o crime supostamente executado (sonegação fiscal e associação criminosa, em continuidade delitiva); aponta os supostos autores do delito e suas devidas qualificações (diretores da empresa); e apresenta o rol de testemunhas.

A denúncia, ao apontar os Pacientes como os detentores do domínio do fato, leva em consideração as funções exercidas por estes dentro da empresa, já que são eles que detêm o poder de determinar, de decidir e de fazer com os seus empregados e contratados executem o ato hora tido como delituoso, sendo, portanto, válida a imputação. (Grifei.)

Diante do modelo de responsabilidade penal adotado em nosso ordenamento jurídico, bem assim dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, incumbe ao órgão acusatório delinear, na denúncia, até mesmo no âmbito dos crimes societários, as condutas que, imputadas aos acusados, evidenciam a norma penal incriminadora.

Na mesma linha, os ensinamentos de Hugo de Brito Machado:

Admitir-se a denúncia na qual alguém é acusado pelo simples fato de ser gerente, ou diretor, ou até simplesmente sócio ou acionista de uma sociedade, como se tem visto, é admitir não apenas a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade por fato de outrem, o que indiscutivelmente contraria os princípios do Direito Penal de todo o mundo civilizado. (Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002, p. 136)

Entretanto, em se tratando de crime societário, defronta-se o órgão acusatório, no momento de oferecer a denúncia, com uma pluralidade de acusados envolvidos na prática delituosa, tornando demasiadamente penosa a identificação da origem dos atos volitivos. Nessa situação, a narrativa minudente de cada uma das condutas atribuídas aos vários integrantes da estrutura empresarial é tarefa bastante árdua, muitas vezes impraticável. Diante de tal peculiaridade, a jurisprudência desta Casa vem admitindo possa o titular da ação penal descrever os fatos de forma geral, sem apontar, separadamente, a conduta atribuível a cada um dos acusados, tendo em vista a incapacidade de se mensurar, com precisão, em detalhes, o modo de participação de cada um dos réus na empreitada criminosa. Todavia, “é sempre necessário correlacionar o crime com as atividades dos acusados (ainda que em decorrência de poderes de gerência ou de administração, que serão melhor aprofundados no decorrer da instrução criminal), pois ser diretor ou integrante de pessoa jurídica não constitui, por si

só, fato ilícito. O crime somente é imputável a quem lhe deu causa e *a descrição contida na denúncia deve evidenciar, com grau mínimo de segurança, a intenção do réu em utilizar sua posição para infringir a norma penal*” (HC n. 283.610/ES, relator Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifei). Em conclusão, será válida a peça acusatória quando, a despeito de não delinear as condutas individuais dos acusados, anunciar o liame entre a atuação do denunciado e a prática delituosa, demonstrando a plausibilidade da imputação e garantindo o pleno exercício do direito de defesa.

Essa mesma percepção foi registrada por Guilherme de Souza Nucci, cujo autorizado magistério assim apreciou a questão:

Denúncia genérica: os crimes contra a ordem tributária, cometido em concurso de agentes, pode admitir a denominada denúncia genérica, a peça acusatória, por absoluta impossibilidade, indica apenas os coautores e eventuais partícipes do delito, porém sem precisar, detalhadamente, a conduta de cada um deles. Sabe-se que A, B e C, com o apoio de D e E, promoveram uma fraude na fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em livros exigidos pela legislação fiscal, conseguindo, com isso, a supressão do recolhimento de vários tributos. Entretanto, embora esta clara a colaboração de todos eles, não se consegue saber, exatamente, quem fez o que durante a fase executória. Por isso, têm os Tribunais admitido a apresentação de denúncia genérica. Se assim não ocorresse, haveria impunidade generalizada. O Ministério Público e as autoridades fazendárias não possuem o dom da vidência, de forma que, sem a colaboração dos autores do delito, possam apontar o que cada um dos coautores e partícipes fez para chegar ao resultado criminoso. Sabe-se, no entanto, que todos atuaram para a concretização do delito, o que é suficiente para a imputação (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 603).

No caso em desfile, como se observa dos trechos acima, a peça acusatória, ao imputar aos pacientes a fraude à Fazenda Nacional, por meio da apresentação de declarações inverídicas de modo a suprimir o pagamento de tributos, baseou-se, apenas, nas funções desempenhadas pelos acusados no âmbito da pessoa jurídica. Noutras palavras, o crime descrito no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 foi atribuído aos pacientes somente por ostentarem a qualidade de Presidente e de Diretores da companhia. O denunciante não minudenciou a conduta delituosa e o liame dos acusados com o crime narrado na inicial, imputando-lhes o delito exclusivamente em razão dos altos cargos ocupados por eles na empresa. Com efeito, a mera detenção dos postos de Presidente e de Diretores da pessoa jurídica, sem a descrição das competências desempenhadas pelos réus em relação aos fatos criminosos, não evidencia a autoria ou eventual

anuência com o crime. Não é necessário ao denunciante, repita-se, elucidar a participação de cada acusado do crime societário. Porém, no caso que se encontra sob nossos cuidados, observo a absoluta ausência de descrição do vínculo subjetivo dos acusados com o delito delineado na peça acusatória. É evidente, portanto, o desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo caminhar:

Habeas corpus. Associação criminosa. Trancamento do processo. Atipicidade da conduta não demonstrada. Inépcia formal da denúncia. Reconhecimento. Responsabilização penal objetiva. Vício caracterizado. Habeas corpus concedido para trancar o processo somente em relação aos pacientes.

[...]

4. A seu turno, a postulada da inépcia da denúncia há de ser reconhecida a favor dos pacientes, tendo em vista que da narrativa acusatória não se extrai a necessária indicação da relação de causalidade entre conduta e resultado, estabelecida no art. 13 do Código Penal.

5. *Em tema de idoneidade formal da imputação, há de seguir-se o disposto no art. 41 do CPP e, em relação a crime de autoria coletiva ou societário, esta Corte Superior aceita por válida a exordial que, apesar de não pormenorizar a conduta dos acusados, demonstra nexos entre suas ações ou omissões relevantes e o evento criminoso, a fim de estabelecer a plausibilidade da imputação e possibilitar a ampla defesa.*

6. É sempre necessário correlacionar o crime com as atividades dos acusados integrantes de pessoa jurídica - ainda que em decorrência de poderes de gerência ou de administração, melhor delimitados no decorrer da instrução criminal -, pois o mero exercício do cargo de diretor não constitui, por si só, fato ilícito, sob pena de admitir odiosa responsabilidade penal objetiva.

7. *Na espécie, a denúncia é inepta quanto aos pacientes porque lhes atribui o crime de associação criminosa pela mera detenção de cargos de diretoria em uma seguradora que possui escritórios em várias unidades federativas, sem especificar eventuais atividades de gerência ou de administração que teriam sido exercidas pelos réus em relação ao fato criminoso ou, mesmo, qual omissão denotaria a mencionada anuência com o esquema fraudulento.*

8. *Habeas corpus concedido para trancar o processo em relação aos pacientes, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que nova exordial seja oferecida, com a correção do vício assinalado.*

(HC 283.610/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifei.)

No entanto, vou além.

Assere a defesa, outrossim, a ausência de justa causa para o prosseguimento da demanda, pois a autuação fiscal que deu ensejo à COFIMP, invocada pelo órgão de acusação como prova da materialidade do crime contra a ordem tributária, foi lastreada pelo cadastramento de fornecedores como isentos, quando haveriam de ser tributados, fato confessado à época pela contribuinte – Telemar Norte Leste S/A – perante o Fisco, com o recolhimento da exação devida e dos respectivos encargos, excetuados, apenas, os montantes calculados pela Fazenda por meio do método “por dentro” – *Gross Up* –, destacando, ademais, que a escorreita quantificação do tributo devido deveu-se à regular escrituração fiscal da concessionária, situação bastante a demonstrar a ausência de má-fé.

Sobre o tema, sabemos todos que, diante da natureza material dos crimes contra a ordem tributária descritos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, somente há justa causa para a persecução penal com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário. A propósito, o teor do enunciado Vinculante n. 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Registro, também, acerca do assunto, que, de acordo com a orientação firmada pela jurisprudência desta Casa, diante do mencionado lançamento definitivo do crédito tributário, a propositura de embargos à execução buscando discutir o débito fiscal não impede o prosseguimento da demanda voltada à apuração do crime contra a ordem tributária, ante a independência das instâncias.

Nesse sentido:

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Pedido de suspensão da ação penal. Pendência de ação anulatória de débito fiscal em que se discute o crédito tributário, já definitivamente constituído, relacionado com os fatos em apuração. Integridade do lançamento realizado não afetada. Independência entre as instâncias.

I - “A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes. Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em

contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado” (RHC n. 21.929/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 10/12/2007).

II - Não se pode, na hipótese, tomar o fato de existir ação anulatória de débito fiscal, ainda que como questão prejudicial heterogênea facultativa (art. 93 do Código de Processo Penal) da questão penal, porquanto, até aqui, o lançamento do tributo não foi atingido.

III - A prejudicial heterogênea não obriga a suspensão da ação penal. Vale dizer, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, *ex vi* do art. 93 do CPP.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 57.238/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016, grifei.)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntica orientação:

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Encerramento do procedimento administrativo-fiscal. Mandado de segurança impetrado posteriormente e sem efeito suspensivo. Possibilidade de ajuizamento da ação penal. Reclassificação do delito e exclusão da continuidade delitiva. Não-conhecimento dessas matérias pelo Superior Tribunal de Justiça. Análise reservada à instrução criminal. Precedentes. 1. Denúncia oferecida após a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, com a constituição, de ofício, do crédito tributário, não estando, portanto, a decisão questionada em contradição com a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que a ausência de lançamento definitivo do crédito tributário impede o ajuizamento da ação penal pelo crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90. 2. *A impetração de mandado de segurança, após o lançamento definitivo do crédito tributário, não tem o condão de impedir o início da ação penal, principalmente porque a ordem foi denegada em 1º grau e a apelação interposta, ainda pendente de julgamento, não tem efeito suspensivo.* 3. (...). 5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 95.578, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe 16/04/2009, grifei.)

Contudo, a constituição definitiva do crédito tributário é apenas um dos requisitos para a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária.

A norma penal define como criminosa a conduta de suprimir ou reduzir tributo *mediante o emprego de artifício fraudulento*, seja pelo descumprimento do dever de informação imposto ao contribuinte, ou pela apresentação de dados falsos à autoridade fazendária.

Consoante a melhor doutrina, a mencionada exigência “decorre de interpretação das disposições incriminadoras que se conforma com a proibição

constitucional da prisão por dívida. Considerando que a Constituição da República não permite a prisão por dívida (art. 5º, LXVII) e que a Fazenda Pública dispõe do processo de execução fiscal (Lei n. 6.830/80) como meio para satisfazer o crédito tributário, é possível identificar na criminalização da mera dívida tributária uma inconstitucionalidade”. Nesse palmar, a incriminação prevista na Lei n. 8.137/1990 não se fundamenta na simples inadimplência da obrigação tributária. “Não se trata de incriminar a conduta do devedor por não ter quitado sua dívida, mas de incriminar a ofensa ao bem jurídico que se realiza por meio do uso da fraude. O uso da fraude impede (ou, ao menos, dificulta) o fisco de perceber a ilicitude da conduta do sujeito passivo da obrigação tributária, com repercussão direta na possibilidade de satisfação do crédito tributário, e constitui o fundamento da incriminação. Tal interpretação deixa claro que, sem que o sujeito passivo empregue fraude em sua relação com o fisco não é possível caracterizar o crime contra a ordem tributária” (GALVÃO. Fernando. Direito Penal Tributário. Imputação Objetiva dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 206).

Sobre o tema, os ensinamentos de Hugo de Brito Machado:

O núcleo do tipo, no crime de que se cuida, é suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório. O modo de fazê-lo consiste em uma das condutas meio, descritas nos incisos do art. 1º, da Lei n. 8.137/90. Assim, o aperfeiçoamento do tipo penal depende da ocorrência da supressão, ou da redução do tributo e das condutas desenvolvidas para esse fim.

[...]

A supressão ou redução de tributo obtida por outro meio que não seja uma das condutas descritas nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/90 também não configura o tipo penal em questão.

(Crimes contra a ordem tributária. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 328 e 343).

No mesmo sentido, colaciono este precedente:

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Inquérito policial. Crime tributário. Lançamento definitivo do crédito. Pressuposto. Súmula Vinculante 24/STF. 3. Propositura de ação anulatória. Ausência de óbice à continuidade das investigações. Independência entre as esferas cível e penal. 4. Peculiaridades do caso. Dúvida sobre a incidência do tributo. Ação declaratória de inexistência de

relação jurídico-tributária. Propositura anterior à constituição do crédito tributário. Tributo instituído em 2002. Ação ajuizada em 2003. Exigibilidade do crédito suspensa em liminar. Auto de infração lavrado em 2008. Ação cível parcialmente procedente. Existência de valores depositados em juízo e de carta-fiança. 5. Ausência de mínimas evidências de falso ou fraude. Tipo penal que não se perfaz com a simples supressão do tributo. Inquérito instaurado exclusivamente em virtude de dívida de natureza tributária. Constrangimento ilegal. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para trancar o IP n. 26/2009.

[...]

2. Nos termos da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, somente há justa causa para a persecução penal, pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 - por ser delito material ou de resultado -, com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário, o que efetivamente se verificou no caso dos autos. No entanto, não se pode descurar que a constituição definitiva do crédito tributário, apesar de ser pressuposto para a persecução penal, não enseja, por si só, sua deflagração.

3. Havendo lançamento definitivo, a propositura de ação anulatória de débito fiscal não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, haja vista a independência das esferas cível e penal.

4. Contudo, o ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, em momento anterior à constituição definitiva do crédito tributário e logo em seguida à entrada em vigor da lei que instituiu o tributo, demonstra a presença de dúvida sobre a legislação. Foi, inclusive, deferida a liminar para suspender a exigibilidade do crédito, e, ao final, julgada parcialmente procedente a ação, consignando-se, ainda, a existência de valores depositados em juízo e de carta-fiança.

5. *Portanto, a representação fiscal para fins penais se deu de forma automática, sem se perquirir a mínima existência de indícios de crime ou se cogitar de fraude ou falsificação. O procedimento adotado levou em consideração apenas a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, a existência de uma dívida. No entanto, não se mostra plausível que toda dívida de natureza tributária, por si só, gere automaticamente a instauração de um inquérito policial, sem um crivo prévio acerca da potencial existência de crime. O art. 1º da mencionada lei define ser crime suprimir ou reduzir tributo, mediante as condutas que enumera, as quais se referem ao emprego de fraude. Destarte, o simples fato de dever tributo não é crime, razão pela qual se mostra patente o constrangimento ilegal no prosseguimento do inquérito policial.*

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar o inquérito policial n. 26/2009, instaurado perante a Superintendência de Polícia Especializada - Divisão de crimes contra a Fazenda.

(HC 189.970/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013, grifei.)

Na espécie, a Comunicação Fiscal ao Ministério Público esclareceu que a contribuinte Telemar Norte Leste S/A deixou de recolher ICMS Normal, relativamente ao período de janeiro a dezembro de 2006, oriundo da aplicação da alíquota sobre serviços de telecomunicações de 28% sobre a base de cálculo total.

Narrou que o primeiro auto de infração foi consubstanciado pela falta de recolhimento de ICMS em prestações de serviço de comunicação legalmente tributadas, apresentadas à fiscalização por meio magnético.

Nesse cenário, a pessoa jurídica contribuinte reconheceu e recolheu parcialmente o tributo mencionado.

Ato contínuo, procedeu-se ao abatimento do montante da base de cálculo, resultando no débito de R\$ 3.269.457,39 (três milhões, duzentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e trinta e nove centavos).

Para o cômputo do tributo a recolher, considerou-se como base de cálculo o valor total e, sobre este montante, aplicou-se o percentual de 38,89%, correspondente à inclusão do valor do imposto devido. Sobre esta base de cálculo devidamente reconstituída, aplicou-se a alíquota de 28%, referente à prestação de serviços de telecomunicações (e-STJ fl. 150).

Encerrada a discussão do âmbito administrativo, as autoridades vinculadas à Secretaria de Fazenda lançaram o débito na situação “aguardando regularização”, comprometendo a regularidade fiscal da concessionária.

Nessa toada, a contribuinte apresentou ação cautelar para o oferecimento antecipatório de caução, esclarecendo discordar da exigência fiscal, cuja legitimidade objetivava discutir no âmbito da execução fiscal a ser ajuizada oportunamente, mediante a oposição de embargos à execução.

Foi concedida a antecipação de tutela pleiteada, após a concordância da Fazenda Pública Estadual (e-STJ fl. 336).

Promovida a execução fiscal, a concessionária opôs embargos à execução. Na oportunidade, elucidou que, do total de R\$ 5.022.818,26 (cinco milhões, vinte e dois mil, oitocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos), constituído pela fiscalização estadual por meio de processo administrativo, a embargante entendeu ser devido o montante de R\$ 952.084,08 (novecentos e cinquenta e dois mil, oitenta e quatro reais e oito centavos), promovendo a quitação do referido valor. Ponderou a nulidade do remanescente exigido,

pois inconstitucional a forma de cálculo adotada pela fiscalização estadual na constituição do crédito tributário combatido (e-STJ fl. 363).

Consoante se observa dos documentos acostados ao processo, embora a Comunicação Fiscal ao Ministério Público aponte a existência de declaração inverídica da contribuinte, não asseverou, nem sequer minimamente, a presença de fraude ou falsificação. Reparem que as indagações referentes à presença de práticas ardilosas foram todas respondidas negativamente pelos funcionários fiscais (e-STJ fls. 381/382). Noutras palavras, embora os pacientes possam ter recolhido de forma errônea o imposto devido, não descreveram os auditores fiscais nenhuma fraude ou ardil no procedimento. De mais a mais, a pessoa jurídica contribuinte mantinha escoreita escrituração fiscal e apresentou todos os documentos solicitados por ocasião da autuação fiscal.

Sendo assim, na minha compreensão, não há nos autos elementos ou dados inequívocos bastantes a demonstrar que a supressão ou redução do tributo ocorrera mediante fraude ou falsificação. Na realidade, a peça acusatória parece-me consubstanciada apenas na constituição definitiva do crédito tributário, concluindo o titular da ação penal pública, a partir daí, que a redução dos valores se deu por meio de uma das condutas listadas no art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

Porém, como vimos linhas acima, a existência de dívida de natureza tributária não implica necessária e automaticamente a configuração de crime.

A relevância típica da conduta depende da constatação de que o agente atuou com consciência e vontade de causar prejuízos ao erário público. Deve o titular da ação penal pública, portanto, demonstrar que o sujeito ativo atuou para evitar, fraudulentamente, o pagamento do tributo que sabia devido.

Repito, o mero inadimplemento da obrigação tributária não configura crime, mas somente um ilícito tributário, parecendo-me importante apartar, na seara do direito penal da culpabilidade, os conceitos de inadimplência e de sonegação.

Na dúvida, o dolo não pode ser presumido, pois isso significaria atribuir responsabilidade penal ao contribuinte apenas inadimplente.

Diante desse cenário, “pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que tampouco existe crime quando o agente encontra-se em erro, equivocando-se na interpretação e aplicação das normas tributárias que instituem e regulam a obrigação de pagar” (BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 730)

Ainda sobre o assunto, extraio dos autos que a interpretação da legislação tributária acerca da matéria não é pacífica sequer no âmbito da Secretaria de Fazenda Estadual, tanto que em 24 de maio de 2014 – após a apresentação de resposta à acusação na ação penal em desfile – o Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco reconheceu a ilegalidade do “procedimento do Fisco de agregar o percentual de 38,89% ao preço do serviço praticado” (e-STJ fl. 1.175).

Nesse caminhar, entendo que mencionada Comunicação ao Ministério Público cuida de mera divergência de interpretação da legislação tributária no tocante ao método de cálculo do tributo a ser recolhido pela companhia.

Com efeito, não configura declaração falsa, nos moldes do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, aquela que, envolvendo de algum modo o significado jurídico tributário de algum fato, atribua a este fato um significado diverso daquele que lhe atribui a autoridade da administração tributária. A falsidade relaciona-se ao fato e não ao significado jurídico dele.

Portanto, não havendo previsão para a punição do crime em desfile na modalidade culposa e não demonstrado o elemento subjetivo necessário para a caracterização do ilícito em tela, já que atuaram os pacientes com base em interpretação equivocada da legislação tributária sobre o tema – objeto de decisões conflitantes do âmbito da própria Secretaria de Fazenda – é inviável a perfeita subsunção da conduta ao delito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

A propósito, a lição de Luiz Regis Prado:

A conduta típica descrita no artigo 1º, *caput*, consiste em suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório. Nos cinco incisos seguinte são destacadas as várias modalidades pelas quais isso pode ocorrer, de forma que somente há crime contra a ordem tributária se o agente realiza qualquer das condutas mencionadas. *Portanto, não é suficiente para a configuração do tipo a supressão ou redução do tributo, mas exige-se também que sejam consequência de um comportamento anterior fraudulento.* (Direito Penal Econômico. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 275.)

O referido autor, ao tratar especificamente da omissão e da declaração falsa descritas no inciso I do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, deixa claro:

Na primeira hipótese, tem-se como figura típica a omissão de informação, entendida como qualquer dado considerado relevante do ponto de vista

tributário, por ser gerador de uma obrigação tributária, seja ela principal ou acessória; na segunda, tem-se a declaração falsa, a infirmação inverídica, que não condiz com a realidade dos fatos. *Em ambos os casos é indispensável que o sujeito ativo viole o dever jurídico de prestar informações verdadeiras às autoridades fazendárias, expresso em norma tributária, que a falsidade seja capaz de enganar ou que a informação omitida seja relevante, de modo a implicar a supressão ou redução do tributo devido, e que tenha por objeto dado relacionado ao fato gerador, seja no tocante ao seu surgimento, seja com relação ao quantum da obrigação tributária. Não configura declaração falsa aquela que, envolvendo de alguma forma o significado jurídico de um fato, atribua a este um significado diverso daquele que lhe atribui a autoridade fazendária.*

Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, colaciono estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus substituto de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Crime contra a ordem tributária. Recolhimento de ICMS em operações interestaduais. Incentivo fiscal concedido pelo Estado de origem. Não reconhecimento do benefício pelo Estado destinatário das mercadorias. Contexto de guerra fiscal entre Estados Federados. Lançamento exato de crédito de ICMS com base em lei estadual presumidamente válida. Posterior declaração de inconstitucionalidade da lei estadual pelo Supremo Tribunal Federal. Ausência do dolo de fraudar no momento dos lançamentos. Atipicidade da conduta. Constrangimento ilegal configurado. Trancamento da ação penal. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

[...]

3. Hipótese em que o paciente foi acusado de sonegar tributo estadual devido ao Estado de São Paulo, na medida em que teria inserido, em suas escriturações, entre abril de 2005 e dezembro de 2006, créditos de ICMS não reconhecidos por esse ente federativo, no valor de R\$ 744.146,79, decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelo Estado do Paraná, com base nos art. 2º, § 2º e art. 4º, ambos da Lei estadual n. 13.212, de 29/6/2001, desse ente estatal.

4. O crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.

5. No contexto da chamada “guerra fiscal”, o creditamento de ICMS realizado pelo contribuinte, com base em benefício fiscal previsto em lei vigente, utilizando-se de lançamentos exatos, afasta o dolo necessário para a configuração do ilícito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, pois, nessa hipótese, não há falar em meio fraudulento para reduzir ou suprimir tributos. Precedentes.

6. A superveniente declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.212/2001, do Estado do Paraná, pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 2.548-1/PR), não retira a boa-fé do paciente por ocasião dos lançamentos realizados entre abril de 2005 e dezembro de 2006, pois são anteriores à publicidade do acórdão proferido na referida ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, não obstante a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produza, em regra, efeitos *ex tunc*, a qual não foi excepcionada no julgamento da referida ADI, importa considerar que a conduta do paciente pautou-se no princípio da presunção de legitimidade (ou da constitucionalidade) da lei e dos atos normativos do Poder Público.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente na ação penal n. 0000671-90.2013.8.26.0576 e determinar o seu trancamento.

(HC 326.959/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016, grifei.)

Habeas corpus. Sonegação fiscal. Fraude. Elemento do tipo. Inexistência. Modalidade culposa. Ausência de previsão legal. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

1. *O legislador ordinário, ao descrever abstratamente o crime de sonegação fiscal, não previu a possibilidade de sua punição pela forma culposa, restringindo-o à regra prevista no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".*

2. Para que o delito em comento se caracterize, não basta que o agente obtenha a redução ou supressão do tributo, mas que tal desiderato tenha sido alcançado mediante a utilização de um artifício fraudulento, seja por meio da omissão de um dever de informação que lhe é imposto, ou pela declaração de informações falsas à autoridade fazendária.

3. *Sem que seja necessário o revolvimento do conjunto probatório, constata-se que, assim como reconhecido pelo próprio Conselho de Contribuintes, a conduta do paciente, embora tenha importado na supressão ou redução de tributo devido, não foi praticada com o dolo necessário para a caracterização do ilícito em tela, já que atuou mediante um conceito equivocado sobre o fato gerador da exação devida, e não se negou em prestar as informações necessárias para a correta quantificação do tributo.*

4. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade penal da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada.

(HC 135.426/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 18/04/2013, grifei.)

Habeas corpus. Erro de interpretação da lei tributária. Ausência de fraude.

1. A errônea exegese da lei tributária quanto ao cálculo correto do ICMS no lançamento de crédito, em face da diferença de alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem, ausente o elemento fraude, não configura a infração tipificada no art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/90.

2. *A segurança jurídica não pode nem deve permitir que simples desconcontros interpretativos, ocorrentes muitas vezes até mesmo nas altas esferas do Judiciário sirvam de pretexto para acionamento da Justiça Criminal, como meio rápido, eficaz e expedito de incrementar as receitas governamentais.*

3. Na operação não houve fraude nem inserção de elementos inexatos em documentos, mas mero aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de transações interestaduais.

4. Ordem concedida.

(RHC 7.798/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 25/05/1999, DJ 14/06/1999, p. 227, grifei.)

Sobremais, os documentos acostados ao processo demonstram que foram opostos embargos à execução com o objetivo de questionar o método de cálculo empregado pela autoridade fiscal. Como vimos dos esclarecimentos acima, foi oferecida e aceita garantia integral sobre os valores devidos. Tal o quadro, comprovado que o tributo era realmente devido, a mencionada garantia, após o trânsito em julgado da decisão, será entregue à Fazenda Pública – art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980. Diante dessas circunstância, notadamente considerando a orientação desta Casa firmada no sentido de que o pagamento integral do tributo é causa extintiva da punibilidade, não encontro motivos para o prosseguimento da persecução criminal, pois, diante da garantia integral dos valores, qualquer solução alcançada no juízo cível acarretará a extinção da presente demanda criminal.

No mesmo sentido:

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Inépcia e falta de justa causa. Denúncia que descreve fatos típicos de forma a permitir o exercício do direito de defesa. Investigação iniciada pelo Ministério Público e falta de inquirição dos acusados. Prescindibilidade para o oferecimento da denúncia. Comprovação de que os pacientes eram os ordenadores dos documentos fiscais da empresa. Exame aprofundado do conjunto fático-probatório. Inadequação da via eleita. Autos de infração contestados em juízo. Garantia integral dos valores devidos. Trancamento da ação penal. Ordem concedida.

1. Não é inepta a denúncia que apresenta o nexo de causalidade entre o crime praticado e a conduta dos pacientes, que, na condição de ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da sociedade anônima, determinaram ou se omitiram de forma a permitir que ocorresse a fraude na fiscalização por meio de inserção de elementos inexatos em livro fiscal.

2. A denúncia aponta com clareza as infrações cometidas e o liame entre elas e as condutas dos pacientes que, na qualidade de diretores de sujeitos passivos de obrigação tributária da empresa, “fraudaram a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos em livro fiscal” e “deixaram de recolher valores a título de tributo (ICMS - Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços e acessórios) totalizando R\$ 72.866.995,14 (setenta e dois milhões, oitocentos e sessenta e seis mil, novecentos e noventa e cinco reais e quatorze centavos)”, de modo a permitir o pleno exercício da defesa.

3. Nos crimes societários, de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm procurado abrandar o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, dada a natureza dessas infrações, quando nem sempre é possível, na fase de formulação da peça acusatória, operar a uma descrição detalhada da atuação de cada um dos denunciados.

4. Verificando o *dominus litis* a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria, deve ele, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, oferecer a denúncia, que prescinde da prévia instauração de inquérito policial.

5. A alegação de não ter sido comprovado que os pacientes ‘eram os ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da empresa’ requer o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do *habeas corpus*.

6. *Diante das peculiaridades do caso concreto em que foram oferecidas garantias integrais sobre os valores devidos, garantias estas aceitas pelo Juízo e pela Fazenda Pública, não se justifica a manutenção do processo criminal, pois em qualquer das soluções a que se chegue no juízo cível ocorrerá a extinção da ação penal.*

7. *Habeas corpus* concedido.

(HC 155.117/ES, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 03/05/2010, grifei.)

Passo, por derradeiro, à alegação de inexistência de elementos bastantes a respaldar a imputação do crime descrito no art. 288 do Código Penal.

Um registro: o tema em análise não foi abordado nas razões do remédio constitucional impetrado nesta Casa. Os impetrantes somente mencionaram o assunto ao descreverem os pedidos formulados perante a Corte Estadual (e-STJ fl. 7). Entrementes, considerando o pedido final redigido pela defesa –

trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001 –, passo à análise da questão no intuito de perquirir a existência de constrangimento ilegal.

Como bem destaca Rogério Sanches da Cunha, o art. 288 do Código Penal pune a associação de três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes. Associar-se significa reunir-se em sociedade para determinado objetivo, havendo uma vinculação sólida, quanto à estrutura, e durável, quanto ao tempo. A finalidade da associação criminosa deve ser a prática de crimes indeterminados. O elemento subjetivo especial do injusto é justamente a finalidade de cometer crimes, sem a qual o delito não se configura. Por fim, o delito se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre ao menos três pessoas e, quanto àqueles que venham posteriormente integrar o grupo, na adesão de cada qual (Manual de Direito Penal: Parte Especial. 7ª Edição. Editora Juspodivm: Salvador, 2015, p. 621).

Consoante se depreende dos precedentes tópicos da inicial, o órgão acusatório imputou aos pacientes a conduta de fraudar a Fazenda Estadual por meio da apresentação de declaração inverídica de modo a suprimir tributos. Narrou a falta de destaque e de recolhimento de ICMS em prestações de serviços de telecomunicação legalmente tributadas, importando a redução do pagamento do imposto mencionado no valor de R\$ 2.839.880,19 (dois milhões, oitocentos e trinta e nove mil, oitocentos e oitenta reais e dezenove centavos). Esclareceu que os lançamentos das saídas tributadas como isentas no Livro de Registro de Apuração foram constatados pela análise das prestações realizadas no exercício de 2006, resultando em supressão de tributo em detrimento aos cofres estaduais.

Observem: o denunciante não minudencia a associação efetiva, tampouco o vínculo permanente de cada um dos membros com o grupo. Lendo e relendo a denúncia verifico que a inicial apenas se refere ao crime previsto no art. 288 do Código Penal no momento da capitulação legal, porém sem descrevê-lo, ainda que sucintamente. A peça acusatória, sabemos todos, há de ser uma exposição narrativa e demonstrativa, apresentando de forma “clara e completa a acusação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia, ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve

defender-se” (Vicente Greco Filho. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, p. 64). Nesse contexto, é evidente a nulidade da incoativa.

A título de amostragem, colaciono estes precedentes:

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus*. Substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal; art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal; art. 163, parágrafo único, inciso II e art. 288, ambos do Código Penal, na forma do art. 69 do referido diploma legal e art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90. Autoria coletiva. Inicial acusatória que não descreve minimamente as condutas imputadas ao réu. Inépcia da denúncia. Concessão de ofício da ordem.

[...]

3. Não descrevendo a denúncia o modo de colaboração do réu para os crimes, sem sequer mencionar seu nome na descrição fática, deixando de demonstrar qual foi o liame entre a sua conduta e as práticas delituosas a ele imputadas, não se tem por atendidos os requisitos do art. 41 do CPP, com prejuízo direto ao exercício da defesa, sendo reconhecida a inépcia da inicial acusatória.

4. *Habeas corpus* não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem para trancar a Ação Penal n. 406.1997.000052-7 em relação ao paciente, diante da inépcia da denúncia. (HC 161.195/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não conhecimento do *writ*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Trancamento da ação penal. Crimes de esbulho possessório (art. 161, II, do Código Penal) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal). Ausência de justa causa. Superveniência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena em abstrato, quanto ao crime de esbulho possessório. Causa extintiva da punibilidade. Crime de quadrilha. Ausência de indicação, na denúncia, de vínculo associativo estável e permanente entre os denunciados. Deficiência da narração dos fatos, na inicial acusatória. Constrangimento ilegal demonstrado. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício.

[...]

VIII. A configuração típica do crime de quadrilha deriva da conjunção dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes, voltada ao cometimento de delitos, e c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa. Diferentemente do concurso de agentes, que exige, apenas, um ocasional e transitório encontro de vontades para a prática de determinado crime, a configuração do delito de quadrilha pressupõe a estabilidade ou permanência do vínculo associativo, com o fim de prática de delitos.

IX. O crime de formação e quadrilha ou bando é delito formal, que se consuma com a reunião ou a associação do grupo, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, e independentemente do cometimento de algum dos crimes acordados pelos membros do bando, tendo em vista que a convergência de vontades já apresenta perigo suficiente para conturbar a paz pública.

X. Na hipótese, entretanto, não restou minimamente evidenciada, na inicial acusatória, a existência do crime de quadrilha, à míngua de elementos que demonstrassem a existência de vínculo associativo estável e permanente entre os denunciados, com o fito de delinquir.

XI. Ordem não conhecida.

XII. Concessão da ordem, de ofício, para declarar extinta a punibilidade dos pacientes, quanto ao delito de esbulho possessório, e reconhecer a inépcia da denúncia, relativamente ao crime de quadrilha, anulando a inicial acusatória da Ação Penal 250-53.2010.8.10.0026, em tramitação na 1ª Vara da Comarca de Balsas/MA, por ausência de justa causa, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, se for o caso, quanto ao delito de quadrilha, atendidos os requisitos do art. 41 do CPP. (HC 186.197/MA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 17/06/2013) (grifei)

Diante dessas considerações, *concedo a ordem* para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001 relativamente aos pacientes *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Correa, Jose Luis Magalhaes Salazar, Julio Cesar Pinto e Paulo Altmayer Goncalves.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 445.325-SP (2018/0084444-8)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Impetrante: Josimary Rocha de Vilhena

Advogados: Josimary Rocha de Vilhena - SP334889

Aline Cristina de Lima Higino e outro(s) - DF048543

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Angelo Invernizzi Lopes

EMENTA

Habeas corpus. Decisão de desembargador. Súmula n. 691 do STF. Superação inicial. Concessão de liminar. Ordem denegada na origem. Interesse de agir. Subsistência. Desvio de verbas públicas. Salário-educação. Quota municipal. Competência. Justiça Estadual. Cassada liminar e denegada a ordem.

1. Nos termos do art. 15 da Lei n. 9.424/1996, que regulamenta o § 5º do art. 212 da Constituição Federal, a receita total do salário-educação, contribuição social destinada ao financiamento de programas, projetos e ações voltados para a educação pública básica, é arrecadada – tão somente arrecadada – pela União, que, após a dedução de 1% destinada ao INSS, retém imediatamente 10% líquido para, por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, financiar projetos programas e ações da educação básica. Os 90% líquidos restantes são desdobrados em duas diferentes quotas (uma federal e outra estadual e municipal) e automaticamente disponibilizados aos seus respectivos destinatários.

2. Nessa quadra, nem todo numerário entregue aos Estados e Municípios, pela União, por meio do FNDE, conduz ao inequívoco interesse direto na sua correta aplicação, de maneira a atrair a competência da Justiça Federal. Em caso de malversação dos recursos, há de se observar, por exemplo, a sua origem e até mesmo, em consectário lógico simples, a qual erário deveram ser restituídos os valores desviados. Inteligência das Súmulas n. 208 e 209 desta Corte Superior.

3. Assim, consoante entendimento consolidado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, “Uma vez verificado que os recursos supostamente desviados do salário-educação integravam a quota municipal, sem qualquer repasse por parte dos órgãos federais, não há que falar em conexão direta entre tais delitos a justificar o deslocamento de todo o processo à Justiça Federal. (AgRg no CC n. 145.372/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ 31/5/2006).

4. Sob essas perspectivas, na situação posta sob exame, embora seja inequívoco que a verba pública foi repassada à Municipalidade pelo FUNDEF/FUNDEB, há elementos probatórios a demonstrar,

especialmente na origem, que tais recursos correspondiam à quota municipal do salário-educação, a firmar a competência da Justiça Estadual para o processamento e o julgamento do suposto desvio do numerário público em questão.

5. Ordem denegada e cassada a liminar, permitindo-se o prosseguimento da ação penal perante o juízo estadual competente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar a ordem, cassada a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). Josimary Rocha de Vilhena, pela parte paciente: Angelo Invernizzi Lopes.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 31.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Angelo Invernizzi Lopes* alega sofrer constrangimento ilegal ao seu direito de locomoção, em decorrência da *decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que indeferiu a medida de urgência postulada no HC n. 2027240-03.2018.8.26.0000.

Busca a impetrante, então, em suma, a *superação da Súmula n. 691 do STF*, a fim de que seja *reconhecida a nulidade de “todos os atos praticados até o momento”* (fl. 25) na Ação Penal n. 0028396-82.2016.8.26.0000 – *Operação Sevandija, núcleo da Terceirização de Mão-de-Obra (CODERP)* – e remetidos os autos à Justiça Federal, sob a assertiva de que *as condutas ilícitas ali imputadas ao paciente teriam ofendido, em tese, bens e/ou interesses da União*, considerada a *malversação de verba advinda do FNDE* (quotas do salário-educação – QSE).

Por cautela, *concedi a liminar, para sobrestar o andamento do feito* na origem, até o julgamento do mérito deste *writ* (fls. 1.142-1.147).

Às fls. 1.160-1.230, com o intuito de reforçar a tese trazida a baila, a impetrante colacionou novos documentos.

Com as informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau (fls. 1.233-1.272), o Ministério Público Federal ofertou *parecer pelo não conhecimento do writ* (fls. 1.275-1.279).

Os corréus Marco Antonio Santos e Layr Luchesi Junior, processados nos três seguimentos da Operação Sevandija e, portanto, interessados no deslinde da controvérsia consoante vindicado pela impetrante, apresentaram a estes autos, respectivamente, os documentos de fls. 1.284-1.324 e 1.332-1.527.

O *Ministério Público estadual*, de outra parte, procurou trazer os esclarecimentos que entendeu pertinentes ao caso. Em síntese, *rechaçou com veemência a tese ventilada pela defesa*, insistindo, pois, na competência da Justiça Estadual. Aduziu que empregadas sim, com desvio, quotas do salário-educação, mas *quotas estaduais e/ou municipais* (fls. 1.650-1.693).

Instado a se manifestar novamente nos autos, haja vista a farta documentação acostada, o Parquet *federal* ratificou o seu posicionamento pela *inadmissibilidade do habeas corpus* e, agora, também pelo *desentranhamento e/ou indeferimento dos pleitos formulados incidentalmente* pelos corréus, bem como, *no mérito*, pela *denegação da ordem* (fls. 1.698-1.714).

Em consulta ao sítio eletrônico da *Corte de origem*, verifica-se que, *mesmo após a concessão da liminar neste writ*, a ordem foi denegada no *habeas corpus* lá impetrado, a *revelar a subsistência do interesse no julgamento do mérito deste mandamus*.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Pelo que se afere dos autos, pende sob o paciente a *acusação de integrar, com certo protagonismo* – uma vez que ocupava o cargo de *Diretor do Departamento Administrativo da Secretaria de Educação* e, posteriormente, o cargo de *Secretário Municipal de Educação* –, *organização criminosa* (art. 2º da Lei n. 12.850/2013) que teria se associado com o escopo de cometer, para proveito de todos eles, diversos *crimes contra a Administração Pública* do Município de Ribeirão Preto,

entre os quais desvio de verba pública, fraudes a licitações, corrupção ativa e passiva, apuradas no âmbito da nominada *Operação Sevandija*.

Paira a querela posta neste *mandamus*, em essência, sobre a *origem do dinheiro público empregado pela Prefeitura de Ribeirão Preto*, a partir de sua Secretaria de Educação, para pagamento dos **contratos n. 25/2011, n. 59/2015 e n. 79/2016**, firmados, por meio de suposta *dispensa indevida de licitação, com a CODERP*, o qual, por sua vez, *teria servido de substrato financeiro para o pagamento dos contratos n. 84/2012, n. 65/2015 e n. 15/2016, pactuados entre a referida empresa de economia mista (cujo principal acionista é a Prefeitura de Ribeirão Preto) e a empresa Atmosphera, a partir, nesta ordem, dos Pregões Presenciais n. 16/2012, n. 11/2015 e n. 04/2016*.

Aduz a impetrante, em síntese, que a verba teria origem nas quotas de salário-educação repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, vinculado ao Ministério da Educação, motivação bastante, por si só, a atrair a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito.

Apesar de a defesa não haver apresentado formalmente exceção de incompetência do juízo, o Magistrado de origem rejeitou essa preliminar, por mais de uma vez, quando ventilada. Consoante noticiado nas informações que prestou ao Tribunal paulista, o reproche que desencadeou a impetração do *habeas corpus* na origem ocorreu nos seguintes termos (fls. 30-32):

Em 30 de outubro de 2017 (fls. 13.107/13.127) e na audiência de instrução, realizada em 08 de novembro de 2017 (fls. 13.933/13.934), a defesa do paciente requereu, em síntese, que este juízo se declarasse incompetente, remetendo os presentes autos ao Juízo competente, ou seja, a Justiça Federal, tendo em vista que as *verbas QSE (Salário Educação)*, mencionadas em depoimento de uma das testemunhas, ouvida no denominado "Núcleo de Honorários", *possuem caráter Federal, estando sujeitas à fiscalização pela Controladoria Geral da União – CGU, por meio do informativo anual SIOPE (Sistema de Orçamentos Públicos da Educação)*, sendo proferida decisão por este juízo em 09 de novembro de 2017 (fls. 13.961/13.962), com os fundamentos a seguir expostos:

Acolho o parecer do Ministério Público e indefiro o pedido. Com efeito, nos termos da manifestação do Ministério Público, *a quota estadual e municipal repassada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação por força do art. 15 da Lei n. 9.424/96 integra o orçamento do ente federado destinatário e, portanto, não é considerada receita da União, propriamente dita, mas sim, receita estadual e municipal*.

Além disso, ontem a corré Maria Lúcia Pandolfo, ao ser interrogada, foi inquirida por este Juízo a respeito das *verbas utilizadas pela Prefeitura Municipal para pagamento à Coderp*, tendo ela esclarecido que **diferentes verbas compunham os pagamentos, ou seja, verbas próprias advindas de tributos municipais, assim como de repasses estaduais e federais**. Desta forma, entendo que não estamos lidando com verbas federais propriamente ditas, em que haveria interesse da União em sua eventual recuperação.

Todas as verbas utilizadas para os pagamentos feitos pela Prefeitura Municipal à Coderp e esta à Atmosphaera eram verbas que **integram a receita municipal**, composta de verbas próprias (tributos municipais) e repasses dos governos estadual e federal, de tal sorte que a competência para julgar o feito é da Justiça comum estadual.

Assim, **indefiro** o pedido de remessa dos autos à Justiça Federal.

A par dessas informações, o *Desembargador relator indeferiu pedido liminar*, similar ao formulado neste *writ*, porque: *a)* “a zelosa defensora não aforou pedido de exceção de incompetência na origem” (fl. 34) e inadequado o uso do *habeas corpus* para impugnar decisão em que o Juízo de primeiro grau, de certa forma, reconheceu sua competência para processar o feito (fl. 34); *b)* inviável “no sumário momento de cognição provisória, [...] admitir [...] a incompetência absoluta do Juízo Estadual” (fl. 33); *c)* já muito adiantado o curso do processo, não se mostrando oportuno “postergar o sentenciamento do feito que já se aproxima” (fl. 33).

Em um juízo perfunctório do caso, e *diante do quadro fático-probatório então apresentado*, pareceu-me haver certa plausibilidade jurídica no alegado pela impetrante e, por conseguinte, possível constrangimento ilegal decorrente da manutenção da ação penal sob a jurisdição estadual.

A fim de apreciar o caso com mais vagar e evitar futura anulação de atos processuais, entendi prudente determinar o sobrestamento do feito na origem, conforme requerido pela impetrante.

II. Fundamentos para a concessão da liminar

Ressalto, de plano, que não descurei do entendimento pacífico de que, “prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*” (*HC n. 320.306/SP*, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, 5ª T., DJe 11/10/2016) –, o *Superior Tribunal de Justiça* na esteira do que decidiu a autoridade inquinada coatora e do que vem decidindo o Supremo Tribunal

Federal, ***também não admite que o remédio constitucional seja utilizado com substitutivo do meio impugnativo próprio, sobretudo quando o intento é dirimir questões de índole processual, em clara intervenção precoce do Juízo recursal.***

Tampouco me olvidei que o *habeas corpus*, respeitada a sua autêntica natureza de ação de impugnação autônoma prevista constitucionalmente, *demanda*, para o seu conhecimento, a sua admissibilidade, *imprescindível apresentação, ao Juízo competente para o seu julgamento, de ofensa ou previsão de ofensa direta – e não simplesmente remota – a direito líquido e certo de liberdade*, o que, nas palavras de Pontes de Miranda, é “aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é de si mesmo concludente e inconcusso” (História e prática do habeas corpus, p. 325).

Assinaiei que, mesmo se identificada a incompetência do Juízo estadual, os atos praticados não são, de plano, declarados nulos. Ao revés: permanecem hígidos até que a autoridade reconhecida competente decida sobre a sua convalidação ou revogação. Nesse sentido, trouxe à colação os seguintes julgados:

[...] As duas Turmas que compõem a Terceira Sessão desta Col. Corte de Justiça, firmaram entendimento no sentido de que a modificação da competência não invalida automaticamente os atos instrutórios já praticados. Assim, é suficiente a remessa dos autos para a autoridade competente, que poderá ratificá-los, notadamente em razão do disposto no art. 102, I, “c”, da CF e no art. 567, do CPP, a saber: “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”. (RHC n. 82.698/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 21/2/2018)

[...] O entendimento - que passou a ser denominado teoria do juízo aparente - surgiu como fundamento para validar medidas cautelares autorizadas por Juízo aparentemente competente que, em momento posterior, fora declarado incompetente. Contudo, a partir do julgamento do HC 83.006/SP (Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 18/6/2006, DJ 29/8/2003), passou-se a entender que mesmo atos decisórios - naquele caso, a denúncia e o seu recebimento - emanados de autoridades incompetentes *rationae materiae*, seriam ratificáveis no juízo competente. Precedentes do STF. (AgRg no HC n. 393.403/TO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 16/2/2018)

Sem embargo, consoante a firme jurisprudência desta Corte Superior, de fato, “*Compete à Justiça Federal processar e julgar crime relacionado ao desvio de verbas provenientes do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Súmula 208/STJ*” (HC n. 335.512/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 25/5/2016).

Ademais, nos termos da hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] havendo entre os delitos, no mínimo, uma conexão teleológica e probatória (art. 76, II e III, do CPP), é recomendável o deslocamento da competência para [...] a Justiça Federal, em atenção ao enunciado n. 122 da Súmula desta Corte, segundo a qual “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, ‘a’ do Código de Processo Penal” (CC n. 149.026/CE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 2/3/2017)

Assim, diante de todo esse quadro, malgrado não seja o habeas corpus a via escoeireta para suscitar conflito de competência, tampouco para discutir a origem dos recursos financeiros em questão e a sua incorporação ou não ao patrimônio municipal, a proximidade da prolação de sentença, por Juízo que poderia vir a ser declarado incompetente para o julgamento de alguma ou algumas das condutas imputadas ao paciente, levou-me a determinar, ad cautelam, a suspensão da ação penal na origem.

A partir de um minucioso cotejo entre os argumentos embaixadores da pretensão e tudo o mais que dos autos passou a constar, reví a compreensão inicial, *de sorte a propor que a ordem seja denegada e, por conseguinte, cassada a liminar.*

III. Caso concreto

Como já relatado, aduz a impetrante que as condutas imputadas ao paciente envolveriam a malversação de recursos da União, integrantes do FNDE, a atrair a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da lide penal, consoante a pacífica jurisprudência desta Corte Superior.

No ponto, insiste a impetrante que “as provas carreadas nos autos originários em que se aponta o constrangimento ilegal, frisa-se, após o oferecimento da denúncia e a apresentação da resposta à acusação, deixam claro que os contratos foram pagos com recursos da União, cuja fiscalização é submetida aos órgãos federais” (fl. 4).

Alega que “a defesa do Paciente [...] requereu, por meio de certidão pública, via Sistema Eletrônico do Serviço ao Cidadão, solicitação n. 378 – informação sobre a existência ou não de verbas federais constantes nos contratos objetos da Ação Penal” (fl. 5). E ressalta haver respondido “A municipalidade, de forma detalhada, [...]”

que a favorecida CODERP Cia de Desenvolvimento Econômico de Ribeirão Preto no período de 2010 a 2016 utilizou os recursos federais da verba QSE – quota salário educação – para pagamento dos contratos – objeto da ação penal em discussão – no valor de R\$ 27.070.390,11” (fl. 5).

Exalta a jurisprudência deste Superior Tribunal e também precedentes da Excelsa Corte, que confirmam a competência da Justiça Federal para processar e julgar persecuções penais que envolvam o mau uso, a dilapidação de verba federal proveniente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, vinculado ao Ministério da Educação.

De fato, a compressão resumida no *verbete sumular n. 208 desta Corte Superior* é a de que “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.

No ponto, *parte a impetrante*, todavia, *de premissa equivocada*, uma vez que *nem todo numerário entregue aos Estados e Municípios, pela União, por meio do FNDE conduz ao inequívoco interesse direto na sua correta aplicação, de maneira a atrair a competência da Justiça Federal*. Em caso de malversação dos recursos há de se observar, por exemplo, a sua origem constitucional e até mesmo, em consectário lógico simples, a qual erário devem ser restituídos os valores desviados.

Com efeito, o *salário-educação* é uma *contribuição social destinada* ao financiamento de programas, projetos e ações voltados para a educação pública básica, prevista no § 5º do art. 212 da *Constituição Federal*, que assim dispõe:

Art. 212. [...]

§ 5º. A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

Nos termos do *art. 15 da Lei n. 9.424/1996*, que regulamenta esse mandamento constitucional, a receita *total* dessa contribuição social é *arrecadada* – tão somente arrecadada – pela União, que, após a dedução de 1% destinada ao INSS, retém imediatamente 10% líquido para, por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, financiar projetos programas e ações da educação básica. Os 90% líquidos restantes são desdobrados em *duas diferentes quotas (uma federal e outra estadual e municipal)* e *automaticamente disponibilizados* aos seus respectivos destinatários, na seguinte proporção:

Art. 15.

[...]

I – *Quota Federal*, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II – *Quota Estadual e Municipal*, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental.

Assim, tanto os referidos 10% do total líquido da contribuição social em questão quanto a quota federal correspondente a 1/3 dos 90% líquidos restantes integram receita da União. Constitui, pois, inequivocamente, verba federal, sujeita a **fiscalização** dos órgãos públicos federais competentes, **inclusive quando “doadas” aos demais entes da Federação para aplicação em projetos específicos.**

A quota estadual e municipal do salário-educação, por sua vez, nos termos do que dispõe o § 6º do art. 212 da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 2º da Lei n. 9.766/1998, será distribuída proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação. E, consoante o Decreto-Lei n. 1.805/1980, que dispõe sobre as transferências aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios das parcelas ou quotas-partes dos recursos tributários arrecadados pela União, esses recursos “ser-lhes-ão automaticamente entregues pelo Banco do Brasil S.A., observados os percentuais de distribuição ou índices de rateio definidos pelos órgãos federais competentes (art. 1º).

Estabelece, ainda, o *Decreto-Lei n. 1.805/1980* que:

Art. 2º *Os órgãos federais responsáveis pela fixação das alíquotas ou percentagens dos fundos ou transferências, a que se refere o artigo anterior, comunicarão ao Banco do Brasil S.A, até o último dia útil do mês ou do trimestre seguinte ao do recolhimento, conforme o caso, os percentuais de distribuição ou índices de **rateio atribuídos** aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios.*

§ 1º *Recebida a comunicação de que trata este artigo, o Banco do Brasil S.A. creditará, imediatamente, **nas contas especiais nele mantidas** pelas entidades credoras, as quantias devidas com base nos respectivos percentuais de distribuição ou índices de rateio.*

[...]

Art. 3º *Na aplicação dos recursos provenientes das parcelas ou quotas-partes de que trata este Decreto-Lei, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios respeitarão exclusivamente as vinculações a funções de Governo previstas na legislação específica, observadas as peculiaridades locais e as normas, diretrizes e prioridades estabelecidas pela Presidência da República.*

[...]

Art. 4º *A fiscalização da entrega, às entidades credoras, dos recursos de que trata este Decreto-Lei será feita pelo Tribunal de Contas da União [...].*

[...]

Art. 6º *A fiscalização da aplicação dos recursos de que trata este Decreto-Lei será exercida pelo órgão legislativo competente com o auxílio:*

I - dos Tribunais de Contas dos Estados, ou dos Conselhos de Contas dos Municípios, quando houver, ou, ainda, dos Tribunais de Contas Municipais, consoante o disposto nos artigos 13, item IV, e parágrafos, da Constituição

Nessa quadra, o Superior Tribunal de Justiça também tem entendimento consolidado em *Súmula*, a de *n. 209*, segundo a qual “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

Veja-se, ilustrativamente, a ementa do *CC n. 13.574/RS* que, julgado pela 3ª Seção deste Superior Tribunal, em 26/9/1995, sob a relatoria do Ministro *Cid Flaquer Scartezzini*, entre outros, deu origem à edição do enunciado em questão, há 23 anos:

Compete ao Tribunal de Justiça do Estado apreciar e julgar originariamente, os crimes de malversação de verba pública praticado por ex-prefeito municipal no exercício da função.

Como bem lembrado naquela oportunidade:

“O entendimento já pacificado desta eg. Corte é no sentido de que, havendo a verba federal sido repassada ao município, a ele compete geri-la e fiscalizá-la, bem como responsabilizar os que deram a ela destino diverso do que o devido, o que implica na competência da Justiça Comum estadual para apuração dos possíveis crimes” (DJ 23/10/1995).

Trago, ainda, à colação *ulgado mais recente*, também da Terceira Seção desta Corte Superior, a demonstrar a persistência do entendimento:

[...] Uma vez *verificado que os recursos supostamente desviados do salário-educação integravam a quota municipal, sem qualquer repasse por parte dos órgãos federais, não há que falar em conexão direta entre tais delitos a justificar o deslocamento de todo o processo à Justiça Federal. (AgRg no CC n. 145.372/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, DJ 31/5/2016)*

Desse mesmo valioso precedente, extraio o seguinte trecho, de relevo para o deslinde da controvérsia posta neste *mandamus*: “o desvio de verbas provenientes do salário-educação, as quais, apesar de serem arrecadadas pela Receita Federal do Brasil, por força do art. 15 da Lei n. 9.424/96 *integra o orçamento do ente federado destinatário* e, portanto, *não é considerada receita da União* (art. 2º, inciso IV, alínea a, da LC 101/00), mas receita estadual e municipal”.

No ponto, ressalto apenas que tal numerário, de fato, não é aglutinado a todo o orçamento municipal, pois não é de livre aplicação; sua destinação é o investimento em ações voltadas à educação básica. De toda forma, em caso de não utilização do numerário naquele ano, os recursos permanecem depositados na conta especial, isto é, continuam à disposição da municipalidade para aplicação no ano seguinte; não voltam para a União.

O TCU, inclusive, tem entendimento consolidado de que *a competência de fiscalização da União recai tão somente sobre a quota federal de 1/3 do salário educação; sobre os 2/3 da quota estadual e municipal, à União cabe fiscalização tão somente da entrega desse montante à respectiva esfera beneficiada*. Com o aporte desses recursos nos cofres públicos pertinentes, cabe *aos Tribunais de Contas dos Estados, aos Conselhos de Contas dos Municípios, quando existentes, e/ou aos Tribunais de Contas Municipais, auxiliar o órgão legislativo competente no supervisionamento da devida aplicação desses recursos*.

Nesse sentido, à guisa de exemplo (grifei):

Tomada de contas especial. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Prefeitura Municipal de Canoas/RS. Aquisição de uniformes escolares. Irregularidades. Recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. FNDE. Processo arquivado sem julgamento do mérito. Unanimidade.

1. A matéria encaminhada não se insere na competência do Tribunal de Contas da União, uma vez que os valores utilizados para o custeio do objeto em questão correspondem ou a recursos oriundos do tesouro do próprio município (Fonte 0001) ou à *quota municipal de 2/3 do salário educação que, transferida automaticamente pelo FNDE, **passa a integrar o patrimônio municipal*** (Fonte 1006);

2. Consoante os termos da Decisão 51/2002-TCU-Plenário e do Decreto-Lei 1.805/80, **os recursos provenientes da Fonte 1006 são estaduais ou municipais, a depender da esfera beneficiária, cuja fiscalização compete ao respectivo tribunal de contas;**

3. Ainda em conformidade com a Decisão 51/2002-TCU-Plenário, a competência de fiscalização da União recai sobre a quota federal de 1/3 do salário educação e, sobre os 2/3 da quota estadual e municipal, *realiza-se tão somente a fiscalização de entrega desse recursos aos respectivos credores, estados e municípios, mas não quanto à destinação final desses recursos no âmbito da esfera beneficiária da transferência automática*, consoante disposto no art. 4º do Decreto-Lei 1.805/80. (Acórdão n. 3.173/2014, Plenário/TCU, Rel. Ministro Bruno Dantas, sessão de 19/11/2014).

Nesse diapasão, há de se ressaltar: embora a malversação de verbas complementares, oriundas do FUNDEF/FUNDEB, acarrete a competência da Justiça Federal, *havendo, na origem, elementos a demonstrar que os recursos supostamente desviados do salário-educação correspondiam à quota municipal, é da competência da Justiça Estadual o processamento e julgamento do suposto desvio dessas verbas.*

Diante desse quadro, *na situação posta sob exame, não identifiquei ilegalidade no processamento e julgamento da causa pela Justiça Estadual, se os recursos supostamente desviados não foram transferidos voluntariamente pelo FNDE à Municipalidade a partir da quota federal do salário-educação – ou de outra fonte de recursos federais –, mas transferidos por constituírem um direito, constitucionalmente previsto, a uma quota-parte da contribuição social estabelecida no § 5º do art. 212 da Constituição Federal.*

E, consoante as informações prestadas a esta Corte Superior, esclareceu o Juízo de primeiro grau – com a propriedade que lhe compete na imersão vertical sobre fatos e provas, incabível nesta ação constitucional de cognição sumária –, que (fls. 1.238-1.239, acompanhada dos documentos de fls. 1.263-1.271, destaquei):

[...] as testemunhas Carmem Lúcia Gouveia Zeoti e Rosemeire Buosi, (funcionárias da Secretaria Municipal da Fazenda, ouvidas em Juízo no dia 27/07/2017), ao serem inquiridas a respeito de quais verbas eram utilizadas nos pagamentos realizados à CODERP, afirmaram expressamente que as notas fiscais emitidas pela CODERP eram pagas com recursos próprios (ou seja, do Município) e recursos estaduais (fls. 8.811/8.819), conforme depoimentos abaixo transcritos:

Testemunha de acusação Carmem Lúcia Gouveia Zeoti:

[...]Tinha recurso do ensino, com recurso próprio, da receita de impostos, e também tinha do Estado, com o QESE. Então pagava uma parte com recurso próprio da Prefeitura, da educação, e o recurso do Estado, QESE.

Testemunha de acusação Rosemeire Buosi:

[...] Como já vinha liquidado dentro do recurso, muitas vezes, normalmente, da Prefeitura o volume era pequeno, que era recurso próprio, só podia sair do recurso próprio, os tributos municipais. Mas, dentro desse montante, tinha notas da educação, que saía do recurso próprio da educação, que seria os 25% que a Prefeitura, por lei, tem que depositar na conta da educação. Tem o recurso do QESE e, normalmente, do Federal não saía. Geralmente pagava sempre com esses recursos, municipais e estaduais.

Na data de 11 de maio de 2018, o *Ministério Público juntou aos autos cópia do requerimento que formulou junto à Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos pedindo informações a respeito das verbas do Salário Educação que foram utilizadas para pagamento dos contratos 25/11, 59/15, 79/16, firmados entre a Secretaria da Educação e a CODERP, tendo o Secretário Municipal da Fazenda (Manoel de Jesus Gonçalves) e a Diretora do Departamento de Despesa e Orçamento da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto (Ednéa Eliana dos Santos), informado que **nos três contratos acima referidos foram utilizadas apenas Recursos Municipais e Quota Estadual do Salário Educação-QESE da Lei n. 10013/1998, não havendo uso ou mesmo recebimento da Quota Federal do Salário Educação, (que corresponde a 1/3 dos recursos gerados em todas as Unidades Federadas, o qual é mantido no FNDE, que o aplica no financiamento de programas e projetos voltados para a educação básica), não havendo, nos três contratos acima referidos, prestação de contas per ante o Tribunal de Contas da União, sendo que as contas foram prestadas exclusivamente ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.***

Note-se Sr. Ministro, que **não havia convênio específico ou projeto desenvolvido pelo Município com verbas Federais e que estivessem sujeitos à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União-TCU.**

S.M.J. os repasses obrigatórios (artigo 212 da Constituição Federal) do Salário-Educação, recolhido ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE feitos aos Estados e Municípios (Quota Estadual e Municipal) ficam sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado ou do município, onde houver e aos órgãos do Ministério Público estadual.

Segundo a Súmula 208 do STJ, somente será da competência da Justiça Federal, quando houver desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão Federal, o que, S.M.J., não é a hipótese dos autos.

[...]

Concluo, portanto, pela suficiência de elementos de convicção a atestar a competência da Justiça Estadual para processar e julgar *a ação penal a que se refere este writ*.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, *casso a liminar concedida e denego a ordem*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 95.595-PR (2018/0050896-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Alex Sandro Magalhaes dos Santos

Advogado: Fernando Jorgeto da Silva - PR076369

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. *Operação fronteira/resposta integrada*. Roubos com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, latrocínio, sequestro ou cárcere privado. Crimes iniciados por brasileiro(s) no exterior (Paraguai) e continuados em solo pátrio com prática de novos crimes graves. Alegação de incompetência da Justiça Federal nacional e de negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Parecer acolhido.

1. Caso em que o Juízo Federal julgou improcedente a exceção de incompetência arguida pela defesa do ora recorrente, acusado de praticar os crimes tipificados nos arts. 157, § 3º, e 7º, II, *b* (roubo circunstanciado e latrocínio) e 148 (sequestro ou cárcere privado), do Código Penal, ao fundamento de que os fatos praticados no Brasil, enquanto desdobramentos do latrocínio inicialmente perpetrado no Paraguai, justificariam a fixação da competência na Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR, com jurisdição sobre os locais onde se deram os aludidos confrontos e a prática das outras infrações (art. 70 do

CPP). Também motivou seu *decisum* na existência de conexão entre os crimes supostamente praticados pelo recorrente e pelos corréus (art. 76, I, II, e III, do CPP), devendo ainda ser avaliada a questão da continência, pois todos os acusados nos autos da ação penal são acusados pela mesma infração (art. 77, I, do CPP).

2. Diante do complexo contexto dos fatos que deram ensejo à ação penal, não há falar em negativa de prestação jurisdicional por não ter o Tribunal *a quo* conhecido do *writ* ajuizado para questionar aquele *decisum*. De fato, a ilegalidade apta a justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal. E, na espécie, para se concluir pela incompetência da Justiça Federal de Foz do Iguaçu seria imprescindível o revolvimento de fatos e de provas.

3. No caso, não há constrangimento ilegal evidente, pois há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dispondo que *aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7º, inciso II, alínea b, e § 2º, alínea a, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional e que o crime cometido, no estrangeiro, contra brasileiro ou por brasileiro, é da competência da Justiça Brasileira e, nesta, da Justiça Federal, a teor da norma inserta no inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal, por força dos princípios da personalidade e da defesa, que, ao lado do princípio da justiça universal, informam a extraterritorialidade da lei penal brasileira (Código Penal, artigo 7º, inciso II, alínea b, e parágrafo 3º) e são, em ultima ratio, expressões da necessidade do Estado de proteger e tutelar, de modo especial, certos bens e interesses.*

4. Recurso em *habeas corpus* 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Fernando Jorgeto da Silva pelo recorrente, Alex Sandro Magalhaes dos Santos.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 2.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Alex Sandro Magalhaes dos Santos* contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo Regimental no HC n. 5061277-84.2017.4.04.0000, cuja ementa é a seguinte (fl. 46):

Agravo regimental. Decisão que negou seguimento a *habeas corpus*. Ausência. Constrangimento ilegal.

Não é possível, em sede de *habeas corpus*, ação constitucional que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, de rito célere e cognição sumária, afirmar constrangimento ilegal em razão de decisão que rejeitou exceção de incompetência, máxime quando a análise da questão demandar incursão na seara fático-probatória, vedada na via estreita do *writ*.

Alega o recorrente que ocorreu negativa de prestação jurisdicional e aponta a incompetência do Juízo Federal *a quo* para processar e julgar a Ação Penal n. 5004772-19.2017.7.4.04.7002.

Argumenta, em síntese, que, *da análise do material angariado e colacionado aos autos, a Defesa percebe, e por oportuno requer, que seja analisada a devida competência territorial para o exercício da jurisdição com relação aos fatos apontados pela acusação em sua denúncia – ou aditamento* (fl. 101).

Assevera que, *muito embora seja o Juízo Federal de Foz do Iguaçu/PR aquele em que seguem tramitando os autos, o que se percebe, no entanto, é que, conforme a narrativa ministerial, os fatos do crime mais grave, qual seja, o latrocínio, ocorreram em Ciudad del Este, no vizinho estado nacional paraguaio. Assim, [...] torna-se competente o estado paraguaio para a apuração, investigação, tramitação e eventual execução de pena dos imputados* (fl. 105).

Defende que *não basta que seja consolidada uma operação envolvendo os dois estados nacionais para que se atraia a competência em matéria penal para o Brasil. A investigação, ou operação, não é critério modificativo de competência* (fl. 106).

Para o recorrente, caso não se admita a proposta regra da incompetência territorial ora suscitada, os autos devem ser *remetidos à capital do estado sul mato-grossense para a persecução penal* (fl. 108), ante a aplicação do art. 88 do Código de Processo Penal.

Sustenta que tal regra também se amolda perfeitamente à hipótese, *visto que o delito fora cometido fora do território brasileiro, pois em Ciudad del Este-Paraguai, configurando outro critério mais idôneo para a determinação de competência do que aquele firmado pela autoridade coatora de 1ª instância* (fl. 108). Tendo o imputado residido em Ponta Porã/MS, ele deve ser processado e julgado em Campo Grande/MS. Caso entendam que o imputado residira por último no estado do Paraná, devem, portanto, ser *os autos remetidos ao juízo da capital deste estado membro da federação, mas em hipótese algum ser processado na comarca de Foz do Iguaçu, ante a ausência de previsão legal para a determinação desta competência à cidade fronteira* (fl. 109).

Requer o imediato sobrestamento do feito principal e, ao final, busca o provimento do recurso *reconhecendo a incompetência do juízo de Foz do Iguaçu/PR, ante o critério da territorialidade, da natureza da infração e do último local em que residira o Recorrente, por serem os únicos critérios idôneos para a fixação de competência ao caso dos autos* (fl. 110).

Sem contrarrazões (fl. 182), o recurso foi admitido na origem (fls. 185/186).

Indeferi o pedido liminar (fls. 200/201).

Opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso, conforme este resumo (fl. 205):

Penal. Processo Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Roubos qualificados, latrocínio, sequestro ou cárcere privado. Crimes iniciados por brasileiro(s) no exterior (Paraguai) e continuado em solo pátrio com prática de novos crimes graves. Competência da Justiça Federal nacional. Artigo 7º, inciso II, alínea b, e § 2º, do CP. Natureza do crime. Existência de interesse nacional (artigo 109, da CF/88). Necessidade de trâmite da ação penal perante a Justiça Federal, in casu a 4ª Vara da Subseção Judiciária Federal em Foz do Iguaçu/PR, local de consumação de vários crimes conexos. Artigo 70, do CPP. Jurisprudência assente. Parecer pelo desprovimento do recurso.

Na origem, os autos da ação penal estão conclusos para sentença desde 18/7/2018.

Os presentes autos foram a mim distribuídos por prevenção. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes feitos que estão vinculados à denominada *Operação Fronteira/Resposta Integrada*: HC n. 430.263, RHCs n. 96.597, 95.614, 95.613 e 88.721, este já julgado pela Sexta Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): De início, verifiquei que prestação jurisdicional houve, mas contrária à pretensão do ora recorrente.

A defesa do recorrente opôs a Exceção de Incompetência Criminal n. 5007939-44.2017.4.04.7002, que foi julgada improcedente pelo Magistrado *a quo* no dia 9/10/2017.

Diante dessa decisão, optou por impetrar *habeas corpus*, ao qual o Desembargador Federal Leandro Paulsen negou seguimento, entendendo que (fls. 25/26):

[...]

o magistrado de origem julgou improcedente a exceção de incompetência, ao fundamento de que os fatos praticados no Brasil, enquanto desdobramentos do latrocínio inicialmente perpetrado no Paraguai, justificariam a fixação da competência na Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR, com jurisdição sobre os locais onde se deram os aludidos confrontos e a prática das outras infrações (art. 70 do CPP).

Ressaltou o Juízo *a quo*, também, a conexão entre os crimes supostamente praticados pelo paciente e pelos corréus (art. 76, I, II, e III, do CPP), devendo ainda ser avaliada a questão da continência, pois todos os acusados nos autos da ação penal supracitada são acusados pela mesma infração (art. 77, I, do CPP).

A ilegalidade apta a justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal e inviável no âmbito estreito do *writ*, o que não ocorre na hipótese em tela.

[...]

Nesse contexto, inadmissível o conhecimento da ação mandamental.

[...]

A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou essa conclusão ao negar provimento ao agravo regimental.

Embora não tenham sido juntados a estes autos nem a denúncia nem o respectivo aditamento, levando em consideração as palavras do Magistrado de piso, é possível descrever assim os fatos que derem ensejo à ação penal em questão e à acusação do recorrente pela prática dos crimes tipificados nos arts. 157, § 3º, e 7º, II, *b* (roubo circunstanciado e latrocínio) e 148 (sequestro ou cárcere privado), do Código Penal (fls. 152/153):

[...]

A referida Ação Penal versa sobre os fatos relacionados ao noticiado assalto à transportadora de valores "Prosegur", ocorrido na madrugada do dia 24/04/2017, em Ciudad Del Este/Paraguai, quando criminosos fortemente armados invadiram a sede daquela transportadora e roubaram elevada quantia em dinheiro (mais de US\$ 11 milhões de dólares).

Na ação em comento, além de armas de grosso calibre (fuzis de longo alcance, pistolas etc.), foram utilizados explosivos para ter acesso ao dinheiro e barricadas com carros incendiados para conter a polícia. Quando da fuga do local em direção a Hernandarias/Paraguai, os assaltantes espalharam nas ruas dispositivos conhecidos como "miguelitos" - utilizados para furar pneus de veículos/viaturas -, incendiaram vários automóveis, trocaram tiros com a polícia e acabaram por ferir de morte um policial paraguaio.

Atto contínuo, parte dos envolvidos no assalto se deslocou, via Lago de Itaipu, utilizando embarcações, até as cidades de São Miguel do Iguazu/PR e Itaipulândia/PR (que margeiam o Lago de Itaipu). Durante as buscas realizadas na região, houve diversos confrontos e trocas de tiros entre policiais (Policiais Federais, Policiais Rodoviários Federais, Policiais Militares e Policiais Cíveis) e bandidos, tomada de cidadãos da região como reféns e, também, roubo de veículos. Alguns dos supostos envolvidos foram presos, tendo havido, ainda, a apreensão de diversas armas de grosso calibre, grande soma em dinheiro, celulares, explosivos, munições etc. os envolvidos, quando de suas fugas, havia se embrenhado em matagais e plantações agrícolas da região, ali permanecendo por alguns dias, justamente para se furtarem da ação policial.

Segundo relata a denúncia, o excipiente Alex Sandro foi preso (no IPL n. 5003330-18.2017.4.04.7002) por suposto envolvimento no assalto praticado no Paraguai, bem como por ter, em tese, mantido em cárcere privado uma família residente na zona rural do município de Itaipulândia/PR.

As circunstâncias da prisão em flagrante e os depoimentos dos condutores, das testemunhas e da vítima, bem como o interrogatório do flagrado em sede policial, além de diversos laudos de exame pericial, permitiram que o Ministério

Público Federal concluiu pelo envolvimento dele nos fatos descritos acima, motivo pelo qual ofereceu denúncia em seu desfavor na Ação Penal n. 5004772-19.2017.4.04.7002.

Conforme consta nos supramencionados autos, Alex Sandro foi preso em Cascavel/PR, quando policiais militares que estavam prestando apoio à captura de suspeitos do roubo à Prosegur abordaram um ônibus, na Avenida Tancredo Neves, naquela cidade. Na ocasião, as suspeitas em relação ao excipiente foram motivadas porque ele tinha vários arranhões nas pernas, pés, mãos e braços, além de hematomas no braço.

Ainda segundo consta dos autos, posteriormente, foram recebidas informações de que, no município de Itaipulândia/PR, uma família havia sido mantida como refém por um indivíduo com as características físicas do denunciado (ora excipiente). Em razão disso, uma equipe de policiais militares se deslocou até Itaipulândia/PR e mostrou para uma das vítimas uma foto dele, o qual foi imediatamente reconhecido como sendo a pessoa responsável pela manutenção deles em cativeiro e também por ter obrigado um dos integrantes da família a levá-lo até a rodoviária da cidade de Medianeira/PR.

Por fim, a denúncia narra que, na residência da família mantida em cárcere privado, foram deixados pelo réu (ora excipiente) um fuzil AK-47, carregadores, munições e uma jaqueta camuflada.

Como se vê, os fatos que deram supedâneo ao oferecimento da denúncia perante este Juízo são complexos e envolvem análise mais aprofundada quanto à competência para processá-los e julgá-los.

[...]

Mesmo diante de tão complexo contexto, o Juízo Federal *a quo* chegou à conclusão – respaldado pela manifestação do *Parquet* – de *que estão preenchidos, no caso concreto, todos os requisitos previstos no art. 7º, II, “b”, c/c § 2º, do Código Penal, restando autorizada, portanto, a aplicação da lei brasileira ao crime cometido no estrangeiro* (fl. 156).

Para S. Exa., é descabido *cogitar do encaminhamento dos autos ao Paraguai, vez que plenamente possível o processamento do feito pela jurisdição nacional. Tanto mais porque o crime de latrocínio pelo qual Alex Sandro foi denunciado – conforme suas próprias palavras – ocorreu em linhas gerais no exterior, mas, seus desdobramentos se deram principalmente no Brasil, nesta região (afeta à competência da Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR). Com efeito, segundo relatado na peça acusatória da ação penal em comento, durante a fuga, após o assalto em Ciudad Del Este/Paraguai, enquanto o excipiente e os demais envolvidos adentravam em território nacional, houve confrontos com autoridades brasileiras (policiais militares,*

federais, rodoviários federais) e, inclusive, no caso do excipiente, o sequestro/cárcere privado da família em Itaipulândia/PR, entre outras ocorrências (fl. 156).

O Magistrado de piso levou em conta também o fato de que o caso do ora recorrente *não poderia ser separado dos demais denunciados, visto que há nítida conexão entre os crimes (art. 76, I, II, e III, do CPP). Há, ainda, continência a ser avaliada, visto que todos os acusados nos autos da ação penal supracitada são acusados pela mesma infração (art. 77, I, do CPP) (fl. 157). E resume (fl. 157):*

[...] tem-se que os fatos praticados no Brasil, enquanto desdobramentos do latrocínio inicialmente perpetrado no Paraguai, justificariam a fixação da competência na Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR, com jurisdição sobre os locais onde se deram os aludidos confrontos e a prática das outras infrações (art. 70 do CPP). Nesse sentido, aliás, destaque-se que, além do excipiente, outros réus na Ação Penal n. 5004772-19.2017.4.04.7002 são acusados de crimes praticados integralmente em território brasileiro (roubo de veículos, uso de documentos falsos e sequestro ou cárcere privado), tudo na linha de continuidade da fuga iniciada no Paraguai.

[...]

Não discordo da conclusão da Corte Regional de que o *writ* não é o meio próprio para se debater a competência na hipótese sob exame. Realmente, as circunstâncias fáticas são muito peculiares e para se chegar a alguma conclusão diferente da exposta pelo Juízo Federal *a quo* seria imprescindível esquadrinhar fatos e provas.

De qualquer maneira, vale registrar o substancioso parecer do Subprocurador-Geral da República, que trata da temática de forma bem percuciente. Com esta manifestação estou de pleno acordo (fls. 207/209):

[...]

A defesa requer a declaração de incompetência da Justiça brasileira e remessa dos autos ao país vizinho para prosseguimento da ação penal instaurada (embora a denúncia e seu aditamento não tenham sequer sido juntados) por crimes cometidos por cidadão brasileiro com base no artigo 69, inciso I, do CPP que determina competência jurisdicional para crimes no Brasil ao juízo do lugar da infração.

Ora, *ictu oculi* verifica-se que a norma invocada aplica-se a crimes cometidos em território pátrio, e na presuntiva descrição fática que deva constar na *opinio delicti* há de se asseverar constarem crimes graves praticados em solo brasileiro, descabendo trazer regra de extraterritorialidade de delitos cometidos por nacionais, já que determina a lei sujeição de brasileiros à jurisdição nacional

ainda que os crimes sejam perpetrados no exterior, *ut* artigo 7º, inciso II, alínea *b*, da CP, cujo parágrafo segundo alinhava requisitos a que se opere transferência de competência para o Brasil de crimes cometidos em outro país, o que afasta a tese defensiva, aliás já dirimida/rejeitada na exceção de incompetência supra mencionada.

In casu os crimes iniciaram no Paraguai, na fronteira, prosseguindo fuga e novos crimes graves em solo brasileiro até para manter impune a “cinematográfica ação” criminosa, com troca de tiros com autoridades policiais tanto lá quanto cá e roubos, sequestro e cárcere privado de civis locais; a regra geral pátria é apurar-se o crime no local em que ocorreu, similar ao artigo 168, 1º, do Código Penal paraguaio ao dispor sobre roubo com resultado morte; permitindo-se extradição nos termos do artigo 2º, inciso, do Decreto n. 4.975/94 (acordo de extradição entre Estados Parte do Mercosul).

Não há notícia nos autos de que tenha havido condenação, absolvição, perdão ou extinção da punibilidade delitiva em prol do ora recorrente, quer pela Justiça paraguaia, quer brasileira, não havendo justa causa a que se coarctar ação penal regular e devidamente instaurada no juízo nacional competente, não cabendo vislumbrar ou defender hipóteses inexistentes de *bis in idem*, litispendência, prevenção ou incompetência da Justiça Federal brasileira, por patente inexistir violação aos artigos de lei invocados.

Cumpridos os requisitos do artigo 7º, inciso II, alínea *b*, e seu § 2º, do CP, não existe óbice a que prossiga a apuração de fatos criminosos e de responsabilidade(s) penais na jurisdição federal pátria, por aplicar-se *in casu* a lei brasileira a crimes cometidos no estrangeiro cujos efeitos (além de outros graves crimes ocorridos em solo nacional) terem alcançado o Brasil, revelando-se despciendas as renitentes teses defensivas. Veja-se, exemplificativamente, este precedente:

*Conflito negativo de competência. Homicídios qualificados. Crimes perpetrados por brasileiro, juntamente com estrangeiros, na Cidade de Rivera - República Oriental do Uruguai. Região fronteira. Vítimas. Policiais civis brasileiros. Residentes em Santana do Livramento/RS. Extraterritorialidade. Agente brasileiro, que ingressou no País. Último domicílio. Cidade de Ribeirão Preto/SP. O iter criminoso ocorreu no estrangeiro. 1. Os crimes em análise teriam sido cometidos por brasileiro, juntamente com uruguaios, na cidade de Rivera - República Oriental do Uruguai, que faz fronteira com o Brasil. 2. Aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7º, inciso II, alínea *b*, e § 2º, alínea *a*, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional. 3. Nos termos do art. 88 do Código de Processo Penal, sendo a cidade de Ribeirão Preto/SP o último domicílio do indiciado, é patente a competência do Juízo da Capital do Estado de São Paulo. 4. Afasta-se a competência da Justiça Federal, tendo em vista a inexistência de qualquer hipótese prevista no art.*

109 da Carta da República, principalmente, porque todo o *iter criminis* dos homicídios ocorreu no estrangeiro. 5. Conflito conhecido para declarar a competência de uma das Varas do Júri da Comarca de São Paulo/SP.

(STJ, 3ª Sc, CC 104.342/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 26/08/2009, gizado).

Eventual entendimento contrário, ademais, implicaria obrigatória extradição de nacional, o que se configura inconstitucional por frontalmente chocar-se contra preceito fundamental inserto no artigo 5º, inciso LI, da CF/88, que veda a extradição de qualquer cidadão brasileiro, excetuando o naturalizado.

Por outro viés, alega a defesa – caso se mantenha a competência da Justiça brasileira – dever-se atender à regra do domicílio do acusado, nos termos do artigo 88, do CPP, sendo competente o juízo estadual da comarca de Ponta Porã/MS, onde presuntivamente residi(r)a o ora recorrente, haja vista falta de interesse da União nos termos do artigo 109, inciso I, da CF/88; ora, a regra interna aplica-se como segundo critério de definição de competência jurisdicional, olvidando-se a defesa de que não há como afastar o primeiro inciso quanto à regra geral que afirma ser competente o juiz do foro do local do crime, e mesmo *in casu* não se trata de mera competência territorial mas material, haja vista a natureza dos crimes cometidos, segundo leciona Carlos Frederico Coelho Nogueira:

O art. 88 do CPP soluciona o problema da competência nos casos em que é aplicável a lei penal brasileira a crimes perpetrados no Exterior (...). Essas regras devem ser conjugadas com as que estabelecem a competência material das diversas justiças em que se divide o Poder Judiciário brasileiro. Assim sendo, se o crime for de competência da Justiça Federal (art. 109 da CF), competente será qualquer das varas criminais federais situadas na seção ou subseção judiciária à qual pertencer a capital do Estado em que por último tiver residido o acusado. Se nunca tiver residido no Brasil, competente será qualquer das varas criminais federais existentes em Brasília. A distribuição (art. 75 do CPP) determinará a competência em havendo mais de uma vara criminal federal na mesma seção ou subseção judiciária. Tratando-se de delito de competência da Justiça comum local, o foro será o de qualquer das varas criminais estaduais da capital do Estado em que residiu o acusado ou qualquer das varas criminais locais da Justiça do Distrito Federal.

Patente o interesse do Estado Brasileiro (União) haja vista a transnacionalidade ínsita à “cinematográfica ação” criminosa, sendo inegável a obrigação perante outros Estados de processar brasileiros que cometam delitos no exterior e busquem eximir-se de responsabilidade adentrando solo pátrio, pois é a República Federativa do Brasil que tem personalidade de Direito Internacional Público; nos moldes do artigo 109, IV da CF/88, ademais, “cabe ao Estado Nacional responder perante a comunidade internacional pelos ilícitos nas quais incorre”.

Novamente lapidar se mostra este aresto da Corte Superior:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Competência. Homicídio cuja execução se iniciou no Brasil e o resultado se ultimou no exterior. Princípio da extraterritorialidade. Competência da Justiça Federal. 1. O crime cometido, no estrangeiro, contra brasileiro ou por brasileiro, é da competência da Justiça Brasileira e, nesta, da Justiça Federal, a teor da norma inserta no inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal, por força dos princípios da personalidade e da defesa, que, ao lado do princípio da justiça universal, informam a extraterritorialidade da lei penal brasileira (Código Penal, artigo 7º, inciso II, alínea b, e parágrafo 3º) e são, em ultima ratio, expressões da necessidade do Estado de proteger e tutelar, de modo especial, certos bens e interesses. O atendimento dessa necessidade é, precisamente, o que produz o interesse da União, em detrimento do qual o crime cometido, no estrangeiro, contra ou por brasileiro é também praticado. 2. Por igual, compete à Justiça Federal julgar os crimes “previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.” (Constituição Federal, artigo 109, inciso V). 3. Julgados já os executores do homicídio, a competência para o julgamento do mandante, quando questionada isoladamente, resta insulada no tema da continência. 4. Ordem denegada. (STJ, 6ª T, HC 18.307/MT, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 10/03/2003, p. 313, gizado).

[...]

Pelo exposto, restando descabido alegar competência alienígena e por restar patente o interesse da União, mister ratificar-se a competência do juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária Federal de Foz do Iguaçu/PR por ser o lugar em que se desdobrara o latrocínio iniciado no Paraguai e terem acontecido outros crimes graves afetos a sua jurisdição nos moldes do artigo 70 do CPP.

[...]

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso em *habeas corpus*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 99.735-SC (2018/0153349-8)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: A C DA C

Recorrente: D C DA C

Advogados: Henrique Labes da Fontoura - SC012033
César Castellucci Lima e outro(s) - SC022369
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Autorização judicial de espelhamento, via *WhatsApp Web*, das conversas realizadas pelo investigado com terceiros. Analogia com o instituto da interceptação telefônica. Impossibilidade. Presença de disparidades relevantes. Ilegalidade da medida. Reconhecimento da nulidade da decisão judicial e dos atos e provas dependentes. Presença de outras ilegalidades. Limitação ao direito de privacidade determinada sem indícios razoáveis de autoria e materialidade. Determinação anterior de arquivamento do inquérito policial. Fixação direta de prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.

1. Hipótese em que, após coleta de dados do aplicativo *WhatsApp*, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão judicialmente autorizada de celular e subsequente espelhamento das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

2. O espelhamento das mensagens do *WhatsApp* ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado *WhatsApp Web*. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (*Quick Response*), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar.

3. Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta *WhatsApp Web* foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se

por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da *internet*, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada.

4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

5. Cumpre assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por *e-mail*, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo *WhatsApp*, com o propósito de periciar seu conteúdo.

6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1º, da Lei n. 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

7. Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma *online*, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura.

8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica.

9. Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*).

10. Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura – embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto –, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.

11. Hipótese concreta dos autos que revela, ainda, outras três ilegalidades: (a) sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida foi autorizada quatro meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos; (b) ausência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal a respaldar a limitação do direito de privacidade; e (c) ilegalidade na fixação direta do prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período.

12. Recurso provido, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via Código QR, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam

ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 12.12.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, sem pedido liminar, interposto por A. C. DA C. e D. C. DA C. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no HC n. 4011613-76.2018.8.24.0000.

Consta dos autos que, após coleta de dados do aplicativo *WhatsApp*, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão do celular de A. C. DA C. e subsequente espelhamento, via QR Code, das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram, em 22/02/2018, decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

O *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal de origem foi denegado, em acórdão assim ementado (fl. 147):

Habeas corpus Crimes contra a saúde e a administração públicas. Tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Associação para tal finalidade e corrupção ativa (Lei 11.343/2006. Arts. 33, caput, e 35, caput combinado com art. 40, III, e Código Penal. Art. 333, parágrafo único). Decretação da prisão preventiva. Alegada nulidade da decisão que determinou interceptação de mensagens transmitidas e recebidas por

aparelho celular de um dos pacientes. Improcedência. Possibilidade de captação de comunicações telefônicas de qualquer natureza. Requisitos presentes. Razoáveis indícios da autoria de injustos sancionados com pena de reclusão e impossibilidade de obtenção de provas por outros meios. Estipulação de prazo para a diligência superior àquele previsto na Lei 9.296/1996 que, em princípio, não macula o monitoramento, face à possibilidade de sucessivas prorrogações. Representação da autoridade policial e decisão que a defere devidamente fundamentadas. Pedido de dilação temporal da providência não assinado digitalmente pelo Delegado de Polícia. Irrelevância. Utilização de endereço de correio eletrônico funcional. Inexistência de dúvida sobre a identidade do remetente. Ordem denegada.

No presente recurso, a Defesa reitera integralmente as teses suscitadas no *writ* originário, a saber:

(I) ofensa aos princípios da reserva legal, estrita legalidade, segurança jurídica e moralidade, em razão da *ausência de previsão legal* do espelhamento de mensagens em outro aparelho quando o código QR é originado pelo mecanismo alvo e submetido a leitura, mediante acesso físico do aparelho alvo (fl. 175);

(II) inviabilidade de *analogia* com a interceptação telefônica, por se tratar de acesso remoto a todo o aplicativo do *WhatsApp*, ou seja, conversas passadas, presentes e futuras, “podendo, inclusive, serem editadas, alteradas, enviadas, excluídas, enfim” (fl. 177);

(III) falta de advertência “do direito constitucional de ficar calado e não produzir prova contra si mesmo e muito menos do direito de não permitir que os policiais acessem seu aparelho celular para espelhamento (para a própria operacionalização já há violação da privacidade e intimidade)” (fl. 179);

(IV) ausência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, tendo em vista que *já havia sido deferido, pelo Jutzo, o pedido ministerial de arquivamento do inquérito policial*;

(V) insuficiência de *denúncia anônima* com o objetivo de implementar, sem qualquer diligência prévia, a medida de espelhamento do *WhatsApp*;

(VI) vedação de investigação por prospecção, haja vista “a medida de penetração da privacidade e vida privada da pessoa, como *ultima ratio*, somente [ser] possível para fins de investigação criminal; não para prospecção, arapongagem ou bisbilhotagem para saber se a pessoa está ou não cometendo crime” (fl. 185), mormente quando há *prévio arquivamento* do inquérito policial;

(VII) ausência de demonstração no sentido de que a prova não poderia ter sido obtida por outro meio;

(VIII) ofensa ao art. 244 do Código de Processo Penal, por ter a Autoridade Policial abordado o Recorrente A. C. DA C. sem que este estivesse “praticando qualquer ilícito e sem indício concreto e contemporâneo da prática de crime” (fl. 187);

(IX) *ausência de autorização*, por parte da decisão do Juízo de primeira instância, de interceptação de comunicações telefônicas, de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, por ter sido utilizada a expressa “quebra dos dados do celular” e por não terem sido indicados meios de operacionalização e execução das medidas;

(X) *falta de fundamentação* na decisão constritiva, por não terem sido demonstrados indícios de autoria ou participação em infração penal, tampouco de materialidade do delito;

(XI) ausência de pedido de *prorrogação do prazo*, pois formulado via correio eletrônico, sem assinatura digital e sem qualquer arquivo anexo;

(XII) ausência de fundamentação na decisão que determinou a prorrogação da medida, tendo em vista que a Lei da Interceptação Telefônica, por analogia, exige, para a prorrogação, relatório circunstanciado dos elementos colhidos, devidamente instruído, suficientes a justificar a dilação;

(XIII) *excesso de prazo* da medida, por ter a medida sido fixada diretamente pelo período de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por mais 60 (sessenta);

(XIV) contaminação das demais provas, por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

(XV) ofensa ao Pacto de San José da Costa Rica e ao caso *Escher e outros v. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a revelar necessidade de controle de convencionalidade.

Requer o provimento de recurso, para que seja declarada a nulidade do meio de obtenção de prova consistente no espelhamento de mensagens via *WhatsApp Web*, da decisão judicial que autorizou a medida, do correio eletrônico utilizado para solicitar a prorrogação da medida, e do prazo do prazo de 60 (sessenta) dias fixado para a execução da medida.

Requer, ainda, seja declarado “contaminado o ato seguinte, bem como indiciamento, prisão preventiva e busca e apreensão dos recorrentes, contaminando-se todos os elementos informativos colhidos, desentranhando-os dos autos, trancando-se o inquérito policial ou a ação penal, por falta de justa causa” (fl. 203).

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso, e, nessa extensão, pelo seu desprovimento, em parecer assim ementado (fls. 236-237):

Ementa: Recurso em *habeas corpus*. Quebra de sigilo de dados telefônicos. *WhatsApp*. Acesso remoto. Origem em denúncia anônima. Vedação de investigação baseada em prospecção. Desrespeito ao art. 244 do CPP. Determinação de interceptação telefônica de ofício. Matérias que não foram objeto de debate no Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Não conhecimento. Medida prevista no ordenamento jurídico. Decisão fundamentada. Prazo (60 dias) e prorrogação deferidos à margem da legislação. Inexistência de limite legal quanto à duração do monitoramento. Constrangimento ilegal não caracterizado.

1. A ausência de exame pelo Tribunal *a quo* das teses de que a quebra de sigilo de dados telefônicos se deu com base em denúncia anônima, com objetivo de investigação prospectiva, em desrespeito ao art. 244 do CPP, e de que foi determinada indevidamente interceptação telefônica de ofício, em tese, inviabiliza a apreciação dos pleitos pelo Superior Tribunal de Justiça, por implicar supressão de instância.

2. Não deve ser declarada nulidade da prova produzida com amparo legal, mediante quebra de sigilo de dados telefônicos, por ausência de fundamentação da decisão, se está motivada no pedido da autoridade policial, que aponta, de forma detalhada e com base em elementos concretos, a necessidade da medida para o desbaratamento de organização criminosa voltada à prática de diversos crimes graves.

3. A repetição dos motivos da quebra na decisão de prorrogação não constitui, por si só, inidoneidade na fundamentação. Precedentes do STJ e do STF.

4. Diferentemente da interceptação telefônica, não há previsão legal limitando o prazo, bem como a prorrogação, para a quebra de sigilo de dados telefônicos, sendo lícito o lapso de 60 (sessenta) dias, prorrogado pelo mesmo período.

5. Ainda que se apliquem todas as regras da Lei n. 9.296/96 à quebra de sigilo de dados telefônicos, eventual nulidade, em razão do prazo superior ao estabelecido na legislação, não atingiria os primeiros 15 (quinze) dias permitidos por lei, razão pela qual é inviável analisar, no âmbito deste *writ*, a permanência dos motivos que fundamentaram a deflagração da persecução penal dos recorrentes.

6. O controle de convencionalidade é aplicável ao ordenamento jurídico interno desde que o precedente guarde similitude com o caso examinado e assim seja demonstrado.

7. Parecer pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme relatado, o presente recurso dirige-se à desconstituição da decisão judicial que autorizou a Autoridade Policial a apreender o celular do Recorrente A. C. DA C. com o propósito de efetuar o espelhamento das mensagens enviadas e recebidas dentro do aplicativo *WhatsApp*.

A decisão do Juízo de primeiro grau de jurisdição tem o seguinte teor (fl. 72):

Trata-se de representação formulada pela autoridade policial, visando a quebra do sigilo dos dados telefônicos do aparelho celular alvo, de propriedade do investigado Antônio Carlos da Costa (Caio) e seus interlocutores.

Instado, o Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.

É o relatório. Decido.

In casu, está-se diante de investigação criminal justamente para angariar elementos probatórios acerca da prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, apurados no Inquérito Policial n. 112.2017.00107.

Dito isso, em um juízo de prelibação, a quebra do sigilo de dados telefônicos é necessária à elucidação dos fatos.

Ante o exposto, *defiro* a quebra do sigilo dos dados do celular alvo do investigado Antônio Carlos da Costa (Caio) e seus interlocutores em especial do aplicativo *WhatsApp* da forma como solicitada pela autoridade policial.

Autorizo ainda, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, o monitoramento e captura de arquivos (mensagens e conseqüente gravação de telas de conversas e áudio, para utilização como meto de prova da prática de delitos de tráfico de drogas e outros.

Aproveito o ensejo para transcrever, igualmente, a decisão que prorrogou a medida (fl. 76):

Considerando o ofício de fl. 18, considerando ainda o parecer ministerial de fls. 22/23, *defiro* a prorrogação da interceptação telefônica e telemática e quebra de sigilo de dados telefônicos, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, nos termos da decisão de fl. 16.

Por tratar-se de medida vinculada a recente evolução tecnológica, entendo que a solução jurídica deste caso demanda a compreensão prévia das características do mencionado espelhamento, de como deve ser operacionalizado

na prática, das possibilidades que abre ao investigador criminal e das dificuldades jurídicas e probatórias que enseja.

No caso dos autos, o Poder Judiciário deferiu pedido da Autoridade Policial no sentido de apreender o celular de A. C. DA C. Diante da autorização judicial, o Recorrente foi abordado em 17/11/2017 pelo Delegado de Polícia e por policiais, os quais operacionalizaram a medida (fl. 175, nota de rodapé).

O espelhamento das mensagens do *WhatsApp* ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado *WhatsApp Web* (<https://web.whatsapp.com/>). Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (*Quick Response*), o qual *só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço*. Daí a necessidade, enfatizada pela Autoridade Policial, de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico de A. C. DA C.

A leitura do Código QR pode ser realizada com a opção “Mantenha-me conectado”, hipótese em que o emparelhamento entre o celular e o computador ocorrerá por tempo indeterminado, até que o usuário, via celular ou via *WhatsApp Web*, decida encerrar o mencionado emparelhamento.

Na hipótese dos autos, após a apreensão do celular, a Autoridade Policial procedeu em sigilo – isto é, sem comunicar ao Recorrente – ao emparelhamento das plataformas, tendo, logo após, devolvido a ele a posse do aparelho.

Isso permitiu aos investigadores não apenas o acesso a *todas* as conversas – conteúdo das mensagens e dados anexados – que *já estavam registradas* no *WhatsApp* do Recorrente (*ex tunc*), *independentemente da antiguidade ou do destinatário*, como também o *acompanhamento, dali para frente* (*ex nunc*), de todas as conversas que fossem iniciadas pelo Recorrente ou por algum de seus contatos.

Mas não é só.

Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta *WhatsApp Web* foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de *todos os atos de comunicação* a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, *simultaneamente*, no navegador da *internet*, ocasião em que as conversas são *automaticamente atualizadas* na plataforma que não esteja sendo utilizada.

Ainda mais relevante para a discussão presente nestes autos é o seguinte detalhe: **tanto no aplicativo, quanto no navegador**, é possível, com **total liberdade**, o **envio** de **novas** mensagens e a **exclusão** de mensagens antigas (registradas *antes* do emparelhamento) ou recentes (registradas *após*), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato.

Não bastasse, eventual **exclusão** de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) **não deixa absolutamente nenhum vestígio**, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser **recuperada** para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, **não armazena** em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

Sobre esse último aspecto, mostra-se relevante a explicação de Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Maranhão e Marcelo Finger, em texto intitulado “WhatsApp mostra a necessidade de regulação da criptografia”, publicado em 16/08/2016 na revista *online* Consultor Jurídico:

A possibilidade de criptografar mensagens existe há milhares de anos. A tecnologia moderna permite que cada usuário do *WhatsApp* tenha uma chave pública, comunicada a todos que desejem lhe endereçar mensagens. Todos podem codificar e enviar mensagens de acordo com esse recurso, com a privacidade garantida.

Só quem possui a chave de decodificação (armazenada no celular de cada usuário) pode ler as mensagens. O provedor do aplicativo cria a possibilidade de codificação e decodificação, mas não possui nem tem como acessar as chaves.

Portanto, a questão crucial não é se o *WhatsApp* (ou outro aplicativo do gênero) teria a obrigação de revelar o teor das mensagens, pois isso é impossível, mas se as empresas de tecnologia estão autorizadas a comercializar produtos que proporcionem ao usuário ambientes de informação absolutamente inacessíveis.

Cumpra assinalar, portanto, que *o caso dos autos difere* da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por *e-mail*, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo *WhatsApp*, com o propósito de periciar seu conteúdo.

Exemplificativamente:

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Alegada ilicitude da prova. Prisão em

flagrante. Elementos probantes colhidos no curso da diligência. Perícia no celular. Autorização judicial. Manipulação das conversas do *WhatsApp* pelos policiais. Inocorrência. Instrução deficiente. Ausência de comprovação da nulidade alegada. Recurso não provido.

[...].

3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 9/10/2015).

4. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a suas diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audíveis, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

5. *Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, a cujo acesso é exigida prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa WhatsApp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal, o que não ocorreu na espécie.*

6. No caso em exame, *é lícita a apreensão do celular, pois efetuada no bojo de prisão em flagrante, bem como o acesso aos dados neles contidos, dada a existência de autorização judicial para perícia do seu conteúdo, de modo que não há falar em ilicitude das provas que suportam o decreto condenatório.* [...] (RHC 90.276/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018 – sem destaque no original.)

A meu ver, a análise feita acima, acerca de como funciona o espelhamento do *WhatsApp*, demonstra ser *impossível*, tal como pretendido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1º, da Lei n. 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

O argumento analógico, conforme ensina a teoria, é uma “representação de uma forma de raciocínio analógico que cita similaridades aceitas entre dois sistemas a fim de dar suporte à conclusão de que alguma outra similaridade existe” (Tradução livre do verbete “Analogy and Analogical Reasoning”, disponível na Enciclopédia de Filosofia de Stanford).

Sendo assim, para que ao caso de espelhamento via *QR Code* fosse aplicável, por analogia, a legislação atinente às interceptações telefônicas, com o propósito de dar suporte à conclusão de que as duas medidas são admitidas pelo direito,

seria impescindível a demonstração, por parte do intérprete, de similaridades entre os dois sistemas de obtenção de provas, sobretudo no que diz respeito à operacionalização e ao acesso às comunicações pertinentes.

Tais similaridades, todavia, *não existem*.

Em primeiro lugar, ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como *mero observador* de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como *participante* tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma *online*, de interagir diretamente com conversas que estão sendo travadas, de enviar novas mensagens a qualquer contato presente no celular, e de excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, qualquer mensagem passada, presente ou futura.

Nesse ponto específico, insta registrar que, por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de *presunção relativa*, que pode ser ilidida por contra-prova apresentada pelo particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente *nenhum vestígio* nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, *não ficarem armazenadas em nenhum servidor*, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida *presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores*, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de *prova diabólica* (o que não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportuniza a realização de perícia).

Cito, por oportuno, o seguinte precedente:

[...] 3. Dada a presunção de legitimidade da degravação das escutas telefônicas realizada por órgão público, cabe à defesa requerer, uma vez comprovada dúvidas quanto à veracidade dos áudios, a realização da perícia respectiva com a finalidade de afastar a prova contra os acusados. [...] (HC 218.742/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014.)

Em segundo lugar, ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas *depois* da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via QR Code viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada *antes* da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às conversas *ex nunc*) e em quebra de sigilo de *e-mail* (quanto às conversas *ex tunc*). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido.

Por fim, ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via QR Code depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura – embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto –, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.

Esses fundamentos são suficientes, por si sós, para o provimento do recurso, a fim de declarar a nulidade da decisão que autorizou a medida.

Devo registrar, todavia, que existem outras três flagrantes ilegalidades que corroboram a solução pretendida no recurso.

Como bem salientou a Defesa, sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida de espelhamento via QR Code foi autorizada seis meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos, em razão da inexistência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva relativamente a A. C. DA C.

Confira-se a decisão de arquivamento, proferida em 10/07/2017 (fl. 43, sem destaque no original):

I - Será adotado o procedimento descrito na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Notifiquem-se os réus para apresentarem defesa, no prazo de 10 (dez) dias, deprecando-se se necessário.

II - Quanto ao investigado Antônio Carlos da Costa, razão assiste ao Ministério Público, porquanto da leitura do caderno processual não exsurgem elementos bastantes para a deflagração da ação penal.

Assim, acolho integralmente o parecer ministerial, e determino o arquivamento do presente caderno investigativo, ressalvada a hipótese contida no artigo 18 do Código de Processo Penal.

O entendimento das instâncias ordinárias está em desacordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, de que, “Após o arquivamento do inquérito policial, por ordem da autoridade judiciária e a requerimento do Ministério Público, a retomada da persecução estatal, seja pelo desarquivamento do inquérito policial, seja pelo oferecimento de denúncia, **fica condicionada à existência de outras provas**” (RHC 41.933/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 11/06/2015, DJe 19/06/2015 – sem destaque no original).

Considerando que o inquérito policial já estava arquivado e que o espelhamento foi a primeira medida decretada com o objetivo de reabrir a investigação, há violação, igualmente – caso se entenda, como o fez o Tribunal de origem, pela viabilidade de analogia com a interceptação telefônica –, da exigência, prevista no art. 2º, inciso I, da Lei n. 9.296/1996, de existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal” a respaldar a limitação do direito de privacidade.

Não bastasse, conforme argumentou a Defesa, foi fixado diretamente o prazo de 60 (sessenta) dias para a execução da medida, bem como a prorrogação por igual período, “em manifesta contrariedade e negativa de vigência ao artigo 5º da Lei n. 9.296/1996, que fixa o prazo de 15 (quinze) dias” (fl. 195).

Esclareço, por fim, que as prisões preventivas dos Recorrentes foram decretadas com base na medida interventiva que agora se declara inválida, inclusive com inserção de captura de tela (*printscreen*) de conversa monitorada mediante o emparelhamento (fl. 104), razão pela qual devem ser revogadas, tal como pleiteado pela Defesa.

Diante da complexidade da investigação, que se dirige a diversas outras pessoas e abrange outros inquéritos, caberá ao Juízo de primeiro grau de jurisdição identificar as demais provas e atos que dependem diretamente ou que são consequência do ato ora declarado nulo (art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via QR Code, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam

ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.719.933-MG (2018/0009825-6)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Arthur Borges da Costa

Advogado: Elias Ferreira Nunes Pires e outro(s) - MG124393N

Recorrido: Hugo Alves Marques

Advogados: Adriano Parreira de Carvalho - MG084920

Danilo Severino Oliveira Faria e outro(s) - MG097239

Emiliano Edson Silva - MG084032N

Recorrido: Robson de Azevedo

Advogado: Robson Jose de Oliveira - MG046914

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídios qualificados tentados. Tribunal do Júri. Nulidade reconhecida de ofício pelo Tribunal de Justiça. Mídia digital. Volume do áudio. Sessão de julgamento. Art. 231 do CPP. Transcrição da mídia produzida espontaneamente pela acusação juntada aos autos. Possibilidade. Documento que não possui caráter protelatório ou tumultuário. Celeridade e efetividade ao processamento do feito. Precedentes. Ausência de demonstração de efetivo prejuízo pelas partes. *Pas de nullité sans grief*. Cerceamento de defesa não caracterizado.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do Código de Processo Penal, firmou em diversas oportunidades a orientação de que o pedido de juntada de documentos

é permitido em qualquer fase processual, cabendo ao magistrado indeferir a providência caso tenha caráter irrelevante, protelatório ou tumultuário, nos termos do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

2. Na hipótese, o documento apresentado pelo Ministério Público não possui natureza protelatória ou tumultuária; longe disso, os autos evidenciam situação peculiar, qual seja, a demonstração de que, apesar da baixa qualidade da gravação da sessão de julgamento, por conta do baixo volume do áudio, a mídia apresenta compreensão das declarações, tanto que o seu conteúdo foi objeto de degravação por empresa especializada, contratada às expensas do próprio representante do Ministério Público.

3. Busca-se, no processo penal, a verdade real, cabendo ao Juiz ir ao encontro de todos os elementos que possam retratar a realidade dos fatos, com adoção de meios ou providências que garantam a celeridade de sua tramitação e a razoável duração do processo, compreendendo-se as facilidades tecnológicas atualmente disponíveis, ainda que promovidas por uma das partes interessadas.

4. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa. Precedentes.

5. Extrai-se dos autos que os réus e seus defensores não cogitaram a existência de vícios na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, nem na ata de julgamento ou mesmo em seus recursos de apelação, sendo o caso de aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

6. Recurso especial provido para afastar a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, cabendo ao Tribunal *a quo* determinar a juntada aos autos da documentação apresentada pelo Ministério Público, abrindo-se vistas às partes, para fins do contraditório e da ampla defesa, prosseguindo na análise das manifestações e do recurso de apelação, como entender de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Exmo. Sr. Dr. SPGR Nicolao Dino de Castro e Costa Neto pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 1º.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público de Minas Gerais*, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local proferido na Apelação Criminal n. 1.0702 13.014130-3/001, assim ementado (fl. 700):

Apelação criminal. Tribunal do Júri. Homicídios qualificados tentados. Preliminar. Nulidade do julgamento. Mídia eletrônica inaudível. Ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Prejuízo evidente para os acusados. Nulidade absoluta declarada. Preliminar suscitada de ofício para declarar a nulidade do julgamento.

- A sessão do Tribunal do Júri Popular ao qual foram submetidos os recorrentes deve ser anulada, de ofício, por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois o DVD contendo a mídia de gravação magnética das provas produzidas durante a sessão de julgamento está inaudível, o que impossibilita a análise das teses defensivas expostas no apelo.

- No processo penal, quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da Súmula 523 do STF.

- Questão prejudicial suscitada, de ofício, para que os réus sejam submetidos a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

A acusação opôs, por duas vezes, embargos de declaração. Ambos foram rejeitados (fls. 744/753 e 816/820).

Nas razões recursais, aponta o recorrente negativa de vigência aos arts. 231, 405, §§ 1º e 2º, 475, *caput* e parágrafo único, 479, 563, 565 e 571, VIII, do Código de Processo Penal.

Sustenta, de início, a audibilidade do CD que contém a gravação da sessão do Tribunal do Júri, sendo possível, embora a gravação não apresente áudio de boa qualidade, a compreensão da maior parte do conteúdo do disco. Registra que foram feitas transcrições por empresa especializada, as quais, apesar de anexadas em sede de embargos declaratórios, foram desentranhadas dos autos por determinação do Tribunal mineiro. Aduz que, não obstante a Central de Taquigrafia do Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirme ser inaudível a gravação, *verifica-se o contrário*, constando, ainda, do acórdão recorrido, que a referida coordenadoria não dispõe de mecanismos, *softwares* ou aparelhagem que possa melhorar, ou mesmo amenizar, o elevado nível de ruídos presentes na gravação (fls. 837/839).

Defende a possibilidade de juntada de documentos em qualquer fase do processo penal e que, ainda que haja vedação no Regimento Interno do TJMG, deve prevalecer o disposto na lei processual penal, não incidindo, no caso, a vedação prevista no art. 479 do Código de Processo Penal, já que, *embora os autos versem sobre crime de competência do Tribunal do Júri, a degravação em comento não foi lida durante a sessão de julgamento, até porque estava sendo produzida naquele momento, por tratar-se de transcrição dos depoimentos colhidos na própria sessão, e registrados em gravação magnética* (fls. 840/843).

Assevera que a transcrição de mídia eletrônica constitui faculdade da parte, sendo admissível a sua realização mesmo sem autorização judicial (fls. 546/548).

Entende que a ausência de transcrição dos depoimentos e alegações prestados na sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri não tem o condão de anular a decisão, constituindo-se mera nulidade relativa, sendo prescindível a sua juntada, consoante dispõe o art. 2º da Resolução n. 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, tanto que nem mesmo as defesas dos acusados levantaram a mencionada deficiência do CD, limitando-se *a arguir a ausência de prova da autoria (acusado Robson) e a pleitear a redução das reprimendas* (fls. 848/854).

Requer, ao final, a cassação do acórdão recorrido, com o prosseguimento da análise do recurso de apelação interposto pelos acusados. Subsidiariamente, postula a anulação do acórdão que julgou os embargos ministeriais e determinou o desentranhamento da degravação ofertada, de forma que seja juntada a

referida transcrição ao feito, aberta vista à defesa e, em seguida, julgados os aclaratórios, com análise da referida degravação (fl. 855).

Oferecidas contrarrazões (fls. 906/912; 935/937 e 977/979) e admitido o recurso na origem (fls. 981/982), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, nos seguintes termos (fl. 919):

Recurso especial. Homicídio qualificado. Pelo provimento.

1. Admite-se a valoração de provas a fim de analisar contrariedade e negativa de vigência a regras jurídicas no campo probatório.

2. Essa Corte Superior de Justiça, ao interpretar o art. 231 do Código de Processo Penal, tem admitido a juntada de documentos em qualquer fase processual, somente sendo possível o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário.

3. Parecer pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Extrai-se dos autos que os recorridos Arthur Borges da Costa e Robson de Azevedo, juntamente com Hugo Alves Marques, pronunciados e submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, foram condenados, o primeiro, à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, na forma do art. 70, por duas vezes, todos do Código Penal, e o segundo à pena de 9 anos, 10 meses e 27 dias de reclusão, também em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, na forma do art. 70, por duas vezes, todos do Código Penal.

As defesas apelaram. No julgamento dos recursos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decretou, de ofício, a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, por afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, determinando a submissão dos réus a novo julgamento, mediante os seguintes fundamentos (fls. 702/706 – grifo nosso):

[...] De início, tenho preliminar de ofício para suscitar, com relação à nulidade do julgamento realizado, por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da

Constituição Federal, bem como por falta de fórmulas ou termos do processo, nos termos do que prevê o art. 564, IV, do CPP (por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato).

Explico.

O Júri Popular ao qual foram submetidos os recorrentes deve ser anulado, na medida em que o DVD contendo a mídia de gravação das provas produzidas durante a sessão de julgamento, acostado à fl. 443 dos autos, está inaudível, o que impossibilita a análise das teses de defesa expostas nos apelos, principalmente a alegação de que a condenação dos acusados é contrária ao acervo probatório produzido.

Registro que, diante da impossibilidade de escutar qualquer dos depoimentos fornecidos pelas testemunhas e interrogatório dos réus, bem como o que foi dito pela acusação de defesa quando do plenário, tentei solucionar o problema quando converti o julgamento em diligência e determinei a remessa dos autos ao Setor de Taquigrafia deste TJMG, a fim de que fosse realizada a degravação do referido DVD.

Porém, a Coordenadoria da Central de Taquigrafia do TJMG, em resposta à determinação acima narrada, consignou que: "conforme a mídia (DVD) juntada à fl. 443, o áudio do referido disco não se encontra em condições de ser reduzido a termo, em virtude da baixa qualidade de som, e que a Central de Taquigrafia não dispõe de mecanismos, softwares ou aparelhagem que possam melhorá-la, bem como amenizar o elevado nível de ruídos presentes na gravação" (fl. 543).

Em seguida, à fl. 549, despachei no seguinte sentido: "Por ocasião do documento da fl. 543, oficie-se o juízo da Comarca de origem para que informe se foi feita cópia do CD constante à fl. 443, já que, considerando-se que os depoimentos das testemunhas referidas às fls. 434/439 e os interrogatórios de fls. 440/441 foram registrados por meio audiovisual, a degravação do referido CD é medida necessária para o julgamento do presente feito", quando foi juntada aos autos a mídia de fl. 559, da mesma forma completamente inaudível.

Novamente remetido ao Setor de Taquigrafia deste TJMG, que é o órgão especializado nesta tarefa, obtive a mesma resposta à fl. 562, dando conta de que o referido disco também não se encontrava em condições de ser reduzido a termo em virtude da baixa qualidade de som e do elevado nível de ruídos presentes na gravação.

Por fim, foi juntada aos autos certidão proferida pelo escrivão da Vara Judicial de Crimes Contra a Pessoa da instância a quo (comarca de Uberlândia), na qual foi por ele declinado que "os arquivos da gravação audiovisual da instrução plenária da Sessão do Tribunal do Júri datada de 13/03/2014, referente ao processo acima reportado, ficaram inaudíveis, mesmo com o emprego de recursos de amplificação e de equalização" (fl. 576).

Assim, a meu sentir, é de se anular o julgamento realizado perante o Júri, uma vez que a ausência do áudio dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos

réus presentes no DVD, colhidos durante a realização do julgamento, acarreta a sua quase inexistência, devendo, portanto, ser declarada a nulidade do Júri, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

O prejuízo advindo aos réus é patente, uma vez que ambos restaram condenados a penas acima de oito anos de reclusão, em regime fechado. Ora, *se a gravação em fita magnética é inaudível por defeito do meio ou demais elementos externos, as partes e o Tribunal de Justiça estão sem acesso aos dados nela registrados e que deveriam ser públicos, mas não o são.* Isso equivale dizer que estamos diante da inexistência do Julgamento ocorrido em plenário, ferindo garantias do Estado Democrático de Direito, porque materialmente não se tem acesso aos termos e às palavras proferidas pelas partes, testemunhas, réus, advogados, etc.

Nesse contexto, lembremos que dispõe a Súmula 523 do STF:

“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu.” Explicando a Súmula acima transcrita surge a doutrina de Fernando Capez, em sua obra Curso de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 626:

“Trata-se de exceção aos critérios acima indicados, pois, no caso de ofensa à ampla defesa, embora se trate de princípio constitucional, sua ofensa acarretará nulidade absoluta somente quando a violação importar em total aniquilamento da defesa do acusado.” Itálico nosso.

Isto posto, é absolutamente nulo o julgamento, já que a ausência do áudio dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos réus presentes no DVD, colhidos durante a realização do julgamento, acarreta a sua inexistência material, ainda que a gravação (inválida) tenha ocorrido.

Destarte, *tratando-se de nulidade absoluta*, pode ser ela declarada a qualquer tempo, e por eiva processual insanável e evidente prejuízo aos acusados.

Neste sentido, o aresto a seguir transcrito:

“No processo penal, quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da Súmula 523” (RT 542/438).

E ainda, decisões proferidas em igual sentido:

[...]

Nesse contexto, restam prejudicadas as teses de defesa.

Por fim, deve ser estendido ao corréu Hugo Alves Marques o benefício do novo julgamento, com fundamento no artigo 580 do CPP, embora ele não tenha recorrido da sentença penal condenatória.

Por estas razões, suscito preliminar de nulidade da sentença e anulo a sessão de julgamento do Tribunal do Júri, “ab initio”, bem como os atos posteriores, nos termos do art. 573 e parágrafos do CPP.

[...]

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração pelo Ministério Público estadual, suscitando a existência de obscuridades e omissão no acórdão. Aduziu que, embora o CD juntado aos autos contendo a gravação da sessão de julgamento em comento não apresente áudio de boa qualidade, é suficientemente audível, sendo poucos os trechos ininteligíveis, o que teria sido inclusive comprovado por uma empresa privada especializada em transcrições de áudio, contratada por iniciativa do próprio representante do Ministério Público, que, até mesmo, juntou aos autos as gravações por ela realizadas.

A Quarta Câmara Criminal rejeitou os embargos de declaração. Foram estes os fundamentos apresentados pelo Colegiado (fls. 746/751 – grifo nosso):

[...] Conheço dos embargos, aos seus pressupostos.

Ressalta-se, a princípio, que os embargos declaratórios visam sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 619, do CPP.

Cumprе salientar que o recurso apresentado pelo embargante visa à reapreciação de questões já decididas e rebatidas à exaustão, por ocasião da apelação criminal, não se vislumbrando, destarte, quaisquer vícios passíveis de serem sanados, sendo desnecessário tecer nesta oportunidade, maiores considerações, uma vez que os fundamentos que levaram à decretação da nulidade da sessão de julgamento do tribunal do Júri popular estão estritamente pautados nos fatos constantes dos autos e na lei.

Portanto, tenho que a análise objetiva das questões suscitadas já se realizara no acórdão guerreado, e como é curial, os embargos declaratórios não se prestam a esclarecer ou alterar os fundamentos de uma decisão de mérito, mas, sim, dirimir ambiguidades, obscuridades, contradições e omissões, a meu sentir, inexistentes na espécie.

Neste diapasão, a ementa abaixo transcrita:

[...] Cumprе ainda salientar que o embargante está se utilizando dos presentes embargos com a pretensão finalística de modificar essencialmente a decisão embargada, o que não se justifica nem tem amparo legal.

Todavia, não se admite o efeito infringente aos declaratórios, já que a sua função é apenas a de esclarecer algum ponto omissivo, obscuro ou contraditório do julgado.

Neste sentido, os seguintes julgados:

[...] Portanto, a meu sentir, *inexiste no acórdão embargado qualquer omissão, contradição ou obscuridade*, como procura fazer crer o culto Procurador de Justiça, posto que toda a matéria dos autos foi exaustivamente analisada, em todas as suas circunstâncias, e não há como modificar o acórdão dada a sua clareza no exame das provas.;

Isso porque o referido acórdão foi claro ao consignar que:

[...] De início, *data venia*, registro que *não é permitida a juntada de documentos aos autos na fase em que o processo se encontra, nos termos do que prevê o CPP e o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, devendo, portanto, serem desentranhadas dos autos a documentação constante nas fls. 619/665.*

De outro lado, *a afirmação de que as gravações constantes no DVD de fl. 443 estão inaudíveis não foi conclusão isolada deste Relator, mas de toda a Turma Julgadora, que não só observou a impossibilidade de escutar o conteúdo do referido DVD, como também verificou o parecer técnico do setor competente deste Tribunal de Justiça especializado em gravações e de gravações, sendo o responsável legal para executar esse tipo de serviço.*

Ademais, as próprias informações trazidas pelo i. Procurador de Justiça nos presentes Embargos reforçam a certeza da sensata decisão proferida pela Turma Julgadora, pois à fl. 614 confessa ser “baixa a qualidade do áudio”, bem como afirmou que “as poucas partes ininteligíveis não impedem, nem dificultam, a inteligência do todo” (fl. 615), tanto que *necessitou recorrer a órgãos estranhos ao poder Judiciário e ao próprio Ministério Público, diga-se de passagem, sem a devida autorização judicial para tal, a fim de proceder à de gravação do conteúdo do DVD.*

Portanto, ainda que se pudesse juntar documentos novos na fase dos Embargos Declaratórios (o que não é legalmente previsto), *a documentação juntada às fls. 619/665 não tem qualquer valor jurídico e não substitui as oitivas, depoimentos e alegações das partes constantes no DVD oriundo da sessão do Tribunal do Júri, remetidas a este Tribunal pelo Juiz de 1º Grau.*

Reafirmo que *foi impossível ouvir diretamente e de forma justa e plena o conteúdo do DVD de fl. 443, bem como de degravá-lo, conforme os já citados ofícios remetidos pela Coordenadoria da Central de Taquigrafia do TJMG (fls. 543 e 562) e pelo escrivão da comarca de Uberlândia (fl. 577), que deram conta que “em virtude da baixa qualidade de som, e que a Central de Taquigrafia não dispõe de mecanismos, softwares ou aparelhagem que possam melhorá-la, bem como amenizar o elevado nível de ruídos presentes na gravação”.*

Além disso, cumpre ressaltar que, contraditoriamente, *inexiste nos autos qualquer investigação ou denúncia contra o referido Setor de Taquigrafia deste Egrégio Tribunal de Justiça por parte do Ministério verdade.*

Importante frisar, ainda, que a publicidade que constitucionalmente se exige do processo e do julgamento realizado perante o Tribunal do Júri deve ser de modo irrestrito e acessível ao cidadão comum e a qualquer pessoa, *não podendo a gravação da sessão de julgamento constar nos autos de forma tão inaudível el ininteligível a ponto de necessitar de alto grau de tecnologia externa ou da intervenção de empresa especializada em “traduzir” parte dos autos do processo.*

Se a decisão ora embargada não correspondeu à correta aplicação do Direito ou à melhor interpretação das provas, como cediço, esta via não se apresenta apropriada para sua reapreciação.

Ora, pode verificar que nem mesmo a d. Procuradoria de Justiça se insurgiu contra o acórdão na ocasião da sessão de julgamento neste TJ MG.

Conforme doutrina e jurisprudência fartamente majoritárias, a via eleita não se presta para o reexame de matéria de mérito já debatida em tempo oportuno, não merecendo provimento, ainda que impetrado com o objetivo de pré-questionamento, se não vislumbrada, na decisão recorrida, as hipóteses previstas no artigo 619, do CPP.

Nesse sentido:

Público, muito embora a d. Procuradoria Geral de Justiça tenha dado a entender, por meio dos presentes embargos, que os supracitados ofícios de fls. 543 e 562 não estão corretos e não representam a

[...]

Novos aclaratórios foram opostos pela acusação, os quais foram novamente rejeitados (fls. 816/820).

Todavia, entendo que a irresignação merece acolhida, como bem expôs o parecer ministerial, cujos fundamentos também adoto como razões de decidir, pois em conformidade com a orientação que tem sido estabelecida por esta Corte (fls. 997/1.006 – grifo nosso):

[...] 11. No mérito, a pretensão merece prosperar.

12. Na espécie, por ocasião da sessão de julgamento das apelações interpostas pelos recorridos, a Corte de Justiça Estadual suscitou, de ofício, preliminar de nulidade da sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri ao seguinte argumento:

(...) O DVD contendo a mídia de gravação das provas produzidas durante a sessão de julgamento acostado à fl. 443 dos autos, está inaudível, o que impossibilita a análise das teses de defesa expostas nos apelos, principalmente a alegação de que a condenação dos acusados é contrária ao acervo probatório produzido. (fl. 702 e-STJ)

13. Em suas razões, aponta o *Parquet* Estadual contrariedade ao art. 475 do Código de Processo Penal, uma vez que embora o áudio do referido CD não apresente muito boa qualidade, é suficientemente audível, podendo, inclusive, ser compreendido seu conteúdo com singelos fones de ouvido (informa que a audição é melhor com fones de ouvido e volume baixo).

14. Em razão da baixa qualidade do áudio, o representante do Ministério Público Estadual enviou o conteúdo digital do áudio, via *internet*, à empresa *Steno do Brasil Importação e Exportação Comércio Assessoria Ltda*, a qual, segundo afirma, realiza todas as transcrições das reuniões dos órgãos colegiados da Administração Superior do MPMG, para a gravação do conteúdo da mídia dos presentes autos.

15. Destacou o órgão ministerial mineiro que “tal empresa possui vários contratos firmados com o setor público, como, por exemplo, com o Supremo Tribunal Federal - para a audiodescrição e implantação de legenda oculta na programação da TV Justiça -, com o Tribunal Regional Federal da 3ª Região - para prestação de serviços de estenotipia para audiências e interrogatórios em processos judiciais -, e com a Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (documentos anexos)” (fls. 838/839 e-STJ).

16. Acrescenta, neste aspecto, que, *a mencionada empresa contratada para realizada a gravação dos autos “verificou ser possível a compreensão da maior parte do conteúdo do disco, sendo certo que as poucas partes ininteligíveis não impedem, nem dificultam, a inteligência do todo”* (fl. 839 e-STJ).

17. Após realizadas as transcrições, foram enviadas ao *Parquet* Estadual e anexadas aos primeiros embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente. Contudo, o Tribunal *a quo*, ao julgar os segundos aclaratórios ministeriais, determinou o desentranhamento da mencionada gravação, violando o disposto nos arts. 231, 405, §§ 1º e 2º, 475, *caput*, e parágrafo único, 479, 563, 565 e 571, inc. VII, todos do Código de Processo Penal. Razão *lhe assiste*.

18. Com efeito, o art. 231 do Decreto-Lei n. 3.689/41 estabelece que “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”. Ora, *se não há qualquer ressalva legal quanto à juntada de documentos em determinadas fases do processo, o desentranhamento realizado pela Corte de origem afronta diretamente o referido preceito legal*.

19. Acerca do tema, *essa Corte Superior de Justiça, ao interpretar o art. 231 do Código de Processo Penal, tem admitido a juntada de documentos em qualquer fase processual, admitindo-se, entretanto, o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário*. Nesta diretriz:

Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Atentado violento ao pudor. Alegada nulidade pelo desentranhamento de laudo produzido pela defesa. Apontada violação ao art. 231 do CPP. Inocorrência. Pleito de absolvição. Necessidade de reexame do acervo probatório. Vedação da Súmula 7/STJ. Agravo não provido.

1. “O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do CPP, firmou entendimento de que é facultada às partes a juntada de documentos em qualquer fase processual, admitindo-se, entretanto, o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário” (HC 151.267/PR, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 25/05/2010, DJe 14/06/2010).

2. Por outro vértice, a desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de piso diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando a absolvição, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias - soberanas no exame do conjunto fático-probatório -, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido. (g.n.) (AgRg no AREsp 13.573/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 23/10/2013)

20. *No caso em comento, resta patente que o novo documento apresentado pelo ora recorrente não tem caráter meramente protelatório ou tumultuário, uma vez que buscou-se comprovar que a mídia tida como inaudível e que foi determinante para a declaração de nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri era perfeitamente audível, podendo ser escutada com singelos fones de ouvidos.*

21. Ademais, sabe-se que o Parquet *afigura-se como órgão legitimado à colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua opinio delicti, não havendo cogitar-se de qualquer nulidade da prova juntada por ocasião da oposição de embargos declaratórios, conforme autoriza o art. 231 do Código de Processo Penal.* Neste sentido:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processual Penal. Pedido ministerial de juntada de documentos indeferido. Prova obtida em investigação promovida pelo Ministério Público. Legitimidade. Providência assegurada pelo art. 231 do Código de Processo Penal. Recurso provido.

1. O Ministério Público tem legitimidade para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua *opinio delicti*. Não havendo nulidade na prova colhida diretamente pelo órgão ministerial, nada impede sua juntada ao autos nos termos do art. 231 do Código de Processo Penal, que assegura às partes apresentar documentos em qualquer fase do processo.

2. Basta para assegurar o cumprimento dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que o julgador intime a parte contrária para se manifestar a respeito.

3. Recurso provido para determinar a juntada dos documentos. (g.n.)
(RMS 31.878/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em
06/11/2012, DJe 16/11/2012)

22. Ainda acerca do tema, dispõe o art. 479 do Estatuto Processual Penal que “durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”.

23. Não obstante, como bem ressaltou o recorrente, “não incide a vedação prevista no artigo 479 do CPP, já que, embora os autos versem sobre crime de competência do Tribunal do Júri, a degravação em comento não foi lida durante a sessão de julgamento, até porque estava sendo produzida naquele momento, *por tratar-se de transcrição dos depoimentos colhidos na própria sessão, e registrados em gravação magnética*” (fl. 843 e-STJ).

24. Lado outro, ao revés do entendimento perfilhado no acórdão estadual, *a realização de transcrição da mídia consitui faculdade da parte, inexistindo qualquer obrigatoriedade de degravação no caso de depoimentos registrados em meio audiovisual. Tanto que esse Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com orientação do Conselho Nacional de Justiça, tem orientação no sentido de que cabe ao interessado promovê-la, às suas expensas. Confira-se:*

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Homicídio. Tribunal do Juri. Audiência na primeira fase do procedimento do júri realizada por meio audiovisual. Degravação. Desnecessidade. Orientação do CNJ. Art. 475, parágrafo único do CPP. Incidência no fase do Plenário do Júri. Ausência de ilegalidade manifesta. Ordem denegada.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Consoante o art. 405, § 2º do CPP, bem como orientação do Conselho Nacional de Justiça não há necessidade de degravação no caso de depoimentos registrados em meio audiovisual, cabendo ao interessado promovê-la, a suas expensas e com sua estrutura, se assim o desejar, “ficando vedado requerer ou determinar tal providência ao Juízo de primeiro grau”.

- Tratando-se de processo da Competência do Tribunal do Júri, a colheita da prova efetuada na primeira fase poderá ser repetida em Plenário, podendo, nessa etapa, incidir o art. 475, parágrafo único do CPP.

Ordem denegada. (g.n.) (HC 247.920/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

25. De mais a mais, *a simples ausência de transcrição dos depoimentos e alegações prestados na sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri, contido no CD acostado aos autos, não enseja, por si só, a declaração de nulidade do julgamento popular, haja vista que o art. 405 c/c art. 475, ambos do Código de Processo Penal, objetivam promover maior celeridade ao processo.*

26. Corroborando tal prescindibilidade, cito a ressalva do § 2º do art. 405 daquele diploma, legal, que exclui, expressamente, a obrigatoriedade de transcrição da gravação contida na mídia. Veja: “§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição” (g.n.).

27. Não é outra a orientação do art. 2º da Resolução n. 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, *in verbis*:

Art. 2º Os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição.

Parágrafo único. O magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço.

28. É também a jurisprudência desse Egrégio Tribunal, conforme os seguintes julgados:

Penal. Processual Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia. Nulidade. Confissão mediante tortura. Verificação. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Prova oral colhida por tecnologia audiovisual. Prescindível a degravação. Princípio da celeridade processual. Precedentes. Agravo regimental não provido.

(...) 2. Predomina no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de, em respeito ao princípio da celeridade processual, ser prescindível a degravação da prova oral colhida por meio de tecnologia audiovisual. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (g.n.) (AgRg no AREsp 501.650/AP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. (1) Impetração substitutiva de recurso ordinário. Improriedade da via eleita. (2) Tribunal do Júri. Primeira fase. Degravação da audiência. Desnecessidade. Art. 405, § 2º do CPP e orientação do CNJ. (3) Art. 475, parágrafo único do CPP. Incidência apenas na segunda fase do Júri. Ausência de ilegalidade manifesta. (4) *Writ* não conhecido.

1. Tem-se como imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Há determinação legal no sentido de não ser necessária a degrevação de depoimentos colhidos por meio audiovisual, nos termos no artigo 405, § 2º do CPP. Há mais, o Conselho Nacional de Justiça orienta no mesmo sentido.

3. A colheita da prova efetuada na primeira fase do Júri, caso dos autos, poderá ser repetida em plenário, podendo, nessa etapa, incidir o art. 475, parágrafo único do CPP.

4. *Habeas corpus* não conhecido. (g.n.) (HC 239.454/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)

29. Por derradeiro, sabe-se que, em se tratando de nulidade, predomina, em nosso ordenamento jurídico, o “sistema da instrumentalidade das formas”, em que se dá o maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo viciado, bem como ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal.

30. Segundo o escólio de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, destacam-se, na ótica da instrumentalidade das formas, os princípios do prejuízo, da causalidade, do interesse e da convalidação. Acerca do princípio do prejuízo, confira as seguintes lições dos renomados juristas:

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

31. *In casu*, se a baixa qualidade do áudio do CD da sessão de julgamento do Tribunal do Júri pudesse gerar sua nulidade, deve-se considerar que se trata de nulidade relativa, cujo prejuízo aos ora recorridos deveria ter sido comprovado. Não é outro o entendimento dessa Corte Superior de Justiça:

Processo Penal. Ofensa ao art. 619 do CPP não configurada. Ausência de provas em relação a qualificadora e julgamento contrário à prova dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. Nulidade. Não demonstração do prejuízo. Agravo regimental desprovido.

(...) 3. O eventual reconhecimento da nulidade por não observância do art. 475 do CPP demanda a efetiva comprovação do prejuízo.

4. Agravo regimental desprovido. (g.n.) (AgRg no AREsp 555.360/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

32. A propósito, conclui o recorrente que, *“se os réus, nem na ata de julgamento do Júri, nem em seus recursos, sequer arguíram tal nulidade (contribuindo para o suposto vício), é porque não houve prejuízo, aplicando-se o disposto nos arts. 563, 565 e 571, VII (preclusão), todos do Código de Processo Penal”* (fl. 853 e-STJ).

[...]

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do Código de Processo Penal, firmou em diversas oportunidades a orientação de que o pedido de juntada de documentos é permitido em qualquer fase processual, cabendo ao magistrado indeferir a providência caso tenha caráter irrelevante, protelatório ou tumultuário, nos termos do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

Ilustrando esse entendimento:

Habeas corpus. Tráfico e associação para o tráfico. Absolvição. Juntada de laudo pericial após o oferecimento, pela defesa, de contrarrazões ao recurso do Ministério Público. Ausência de manifestação das partes. Documento utilizado na condenação. Constrangimento ilegal.

1. De acordo com o art. 231 do Código de Processo Penal, salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

2. Embora seja possível a juntada de documentos até mesmo na fase recursal, é certo que, em obediência aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, deveria a defesa ter sido intimada a se manifestar.

3. No caso presente, houve a juntada de laudo da perícia realizada no aparelho celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante dos corréus quando já interposta a apelação e oferecidas contrarrazões a tal recurso. Não se procedeu, posteriormente, à oitiva da defesa, para que pudesse se manifestar sobre o novo documento trazido aos autos.

4. De se ver, ainda, que o referido documento foi efetivamente utilizado pela Corte de origem quando do julgamento da apelação, que culminou na reforma da sentença e consequente condenação do paciente.

5. "Acórdão condenatório que se louvou, entre outras provas, em peças técnicas inseridas nos autos após as contra-razões oferecidas pela defesa, que sobre elas não foi chamada a pronunciar-se. Alegada violação ao princípio do contraditório. Alegação de todo procedente". (STF, HC 69314/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 4.9.92).

6. Ordem concedida para, de um lado, anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja procedido, após abertura de vistas às partes, com o intuito de se manifestarem acerca do documento juntado em momento posterior às contrarrazões oferecidas pela defesa; de outro lado, assegurar possa o paciente aguardar em liberdade o desfecho do processo.

(HC n. 88.765/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/12/2009)

Não tem sido diversa a orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

Processual Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Condenação por crime de concussão. Execução provisória. Possibilidade. Alegação de nulidade em razão do não oferecimento de defesa prévia. Ausência de comprovação de prejuízo. Desentranhamento de documentos. Ausência de ilegalidade flagrante.

[...]

2. "O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção" (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux)

3. "O pedido de juntada de documentos é permitido (art. 231, do CPP), cabendo ao relator indeferir a providência, caso tenha caráter irrelevante, impertinente, protelatório ou tumultuário, nos termos do art. 400, § 1º, do CPP" (Inq 3.998-AgR, Rel. Min. Edson Fachin).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no HC n. 149.890 AgR, Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25/4/2018)

Na espécie, é evidente que o documento apresentado pelo Ministério Público não possui natureza protelatória ou tumultuária; longe disso, os autos evidenciam situação peculiar, qual seja, a demonstração de que, apesar da baixa qualidade da gravação da sessão de julgamento, por conta do baixo volume do áudio, a mídia apresenta compreensão das declarações, não obstante, repito, a pouca qualidade, tanto que o seu conteúdo foi objeto de degravação por empresa especializada, contratada às expensas do próprio representante do Ministério Público.

Imperioso registrar que, se no processo penal se busca a verdade real, cabendo ao Juiz ir ao encontro de todos os elementos que possam retratar a realidade dos fatos, a sua validade também depende, sobretudo, do bom andamento do feito, com adoção de meios ou providências que garantam a celeridade de sua tramitação, assegurando a razoável duração do processo.

Esta Turma, ao examinar aspecto semelhante, já se posicionou no sentido de que *a mera alegação de juntada inoportuna de prova documental aos autos, desprovida de qualquer fundamentação tendente a demonstrar o prejuízo da irregularidade advindo, ou, mesmo, a interferência no conhecimento da verdade substancial da causa, não determina a nulidade do processo* (HC n. 18.568/RS, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25/2/2002).

Além disso, nem sequer seria o caso de nulidade absoluta.

De um lado, é certo que o § 2º do art. 405 do Código de Processo Penal, visando assegurar a razoável duração do processo e celeridade em sua tramitação, permite o registro das provas em mídia eletrônica *sem* necessidade de transcrição. Isso porque eventual prejuízo *deve* ser arguido e provado *oportunamente*, já que ensejaria nulidade de natureza relativa, o *que não ocorreu na hipótese dos autos*.

Extraí-se facilmente dos autos que os réus e seus defensores não cogitaram a existência de vícios na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, *nem na ata de julgamento ou mesmo em seus recursos de apelação*, sendo o caso de aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

A esse respeito, inúmeros julgados:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Fraude à licitação e desvio de verbas públicas. Inobservância de rito processual. Supressão de instância. Prejuízo não demonstrado. Princípio da consunção. Independência entre os delitos. Matéria de prova. Elevação da pena base. Agravante era proprietário da empresa vencedora. Fundamentação inidônea. Pena reduzida ao mínimo legal. Aplicação das penas de reclusão e detenção. Somatório para fins de definição de regime. Modo aberto. Suspensão da execução da pena autorizada. Execução da pena restritiva de direito somente após o trânsito em julgado. Agravo regimental provido em parte.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tanto nos casos de nulidade relativa como nos de nulidade absoluta, aplica-se o princípio *pas de nullité sans grief*, sendo imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo (AgRg no REsp 1.525.861/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015).

2. No caso, a inobservância do rito processual invocado não pode ser julgada nesta Corte, porque não foi impugnada na instância anterior.

Ademais, não se reconhece, no processo penal, nulidade da qual não tenha acarretado prejuízo, conforme disciplina o art. 563 do Código de Processo Penal.

3. No caso, o agravante foi condenado nos dois crimes, porque restou comprovado que os agentes se associaram para fraudar caráter competitivo de procedimento licitatório, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame, e depois, que ainda obtiveram a vantagem indevida, sendo necessária uma incursão probatória para desconstituir essa conclusão.

[...]

7. Agravo regimental provido em parte para alterar a pena base dos crimes para o mínimo legal (2a + 2a), totalizando 4 anos de reclusão, no regime aberto, devendo ser substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem estabelecidas pelo Juízo das execuções, devendo o agravante aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal.

(AgRg no HC n. 451.520/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/8/2018)

[...] 4. Quanto ao pleito subsidiário de anulação do feito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal, seja ela absoluta ou relativa, reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não restou comprovado pelo impetrante na espécie.

[...] 6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 223.667/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/8/2018)

Agravo regimental no recurso especial. Homicídio tentado. Nulidade do julgamento pelo Júri. Matéria preclusa. Prejuízo. Demonstração. Ausência. Agravo regimental não provido.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, é inadmissível o recurso especial que arrosta acórdão alinhado à orientação desta Corte Superior ou que demande imersão fático-probatória.

2. Pacífico o entendimento de que eventuais irregularidades ocorridas no julgamento do Tribunal do Júri devem ser impugnadas no momento processual oportuno e registradas na ata da sessão do Conselho de Sentença, sob pena de preclusão.

3. Havendo sido impugnada a leitura de trechos do relatório de sentença condenatória ao qual o recorrente respondia em outro processo, e pelo qual já se encontrava preso, somente após a votação dos quesitos pelos jurados, escoreito o reconhecimento de que a insurgência, realizada *a posteriori*, já estava fulminada pela preclusão.

4. Não bastasse, para rechaçar a tese de nulidade aventada pelo recorrente, apontou o Tribunal de origem que o conteúdo lido em Plenário pela acusação nem sequer tinha relação direta com a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento do Conselho de Sentença. Tratava-se apenas de informações acerca do histórico criminal do recorrente, o qual, inclusive, já era de conhecimento dos jurados e, mais ainda, da defesa.

5. A legislação penal em vigor, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, seja ela relativa ou absoluta, requer a demonstração do concreto prejuízo sofrido pela parte, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, disposto no art. 563 do CPP.

6. Não havendo a defesa se desincumbido do ônus que lhe cabia - o qual não se infere apenas pela condenação do acusado -, a sua constatação por esta Corte Superior demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência inviável, consoante já sumulado no verbete n. 7/STJ.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.413.229/RO, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/8/2018)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Nulidade absoluta decorrente de violação do art. 422 do CPP. *Pas de nullité sans grief*. Ausência de comprovação de efetivo prejuízo. Súmula 83/STJ. Recurso que não infirma todos os fundamentos do acórdão recorrido. Súmula 283/STF. Agravo regimental improvido.

1. A Lei Processual Penal em vigor adota, em sede de nulidades processuais, o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte, o que, conforme as premissas delineadas no acórdão, não ocorreu, na espécie. Incidência da Súmula 83/STJ.

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.208.397/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/5/2018)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Nulidade em razão da destituição de advogado constituído e nomeação de defensor público para apresentar alegações finais, em razão da inércia da defesa. Não demonstração de prejuízo. Art. 563 do CPP. Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal.

1. Consoante dispõe o art. 563 do CPP, não se declara a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*. No mesmo sentido, preconiza o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que, "No processo penal, a falta de

defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

2. Na hipótese, não se desincumbiu a impetrante de comprovar a existência de prejuízo decorrente da desconstituição do defensor e nomeação de defensor público para apresentação de alegações finais, não se revelando suficiente, para tal desiderato, a mera alegação de que “foi tolhido do paciente o direito de ser devidamente assistido por defensor constituído de sua confiança”, ou de que “a Defensoria Pública apresentou tese genérica, bem distante da tese alinhavada pelo Dr. Gildásio”. Não se vislumbra, pois, o alegado constrangimento ilegal por cerceamento de defesa.

3. Ordem denegada.

(HC n. 425.965/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 5/4/2018)

Ressalto que esta Sexta Turma, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp n. 714.484/MT, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, deixou claro o entendimento consagrado nesta Corte Superior, segundo o qual *a degravação da audiência de instrução e julgamento, em meio magnético ou audiovisual, só se justifica em casos excepcionais e devidamente comprovada a sua necessidade*, de forma que, para ser declarada a nulidade do art. 475 do Código de Processo Penal, deve haver a demonstração inequívoca do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de convalidação.

No caso dos autos, considero não ter havido demonstração de prejuízo decorrente do possível defeito na gravação da sessão de julgamento, por conta do baixo volume do áudio, uma vez que o réu e seus defensores estiveram presentes em audiência, sendo *conhecedores do teor das mídias juntadas aos autos*, não sendo a condenação suficiente para demonstrar a existência de prejuízo.

Sendo assim, deve ser afastada a ilação do Tribunal de Justiça quanto à nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, porquanto contrária à jurisprudência desta Corte Superior, cabendo ainda ao Tribunal *a quo*, a fim de se dar maior celeridade e efetividade ao processamento da ação penal, determinar a juntada aos autos da documentação apresentada pelo Ministério Público em sede de embargos de declaração, abrindo-se vistas às partes, com o intuito de se manifestarem acerca do referido documento, prosseguindo, ao final, na análise do recurso de apelação e das manifestações dos acusados, como entender de direito.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para afastar a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, cabendo ao Tribunal *a quo*

determinar a juntada aos autos da documentação apresentada pelo Ministério Público, abrindo-se vistas às partes, para fins do contraditório e da ampla defesa, prosseguindo na análise das manifestações e do recurso de apelação, como entender de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 1.753.563-MG (2018/0171181-9)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: T V DA S

Recorrente: L J N DE S

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processo Penal. Recurso especial. Ato infracional análogo ao delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade. Desproporcionalidade. Preceito secundário que não impõe ao maior imputável restrição à liberdade. Reconhecida a ofensa ao princípio da proteção integral. Recurso provido.

1. Configura ofensa ao princípio da proteção integral, a aplicação de semiliberdade ao adolescente pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, na medida em que a aludida medida socioeducativa se mostra mais gravosa do que o preceito secundário do crime de posse de drogas para consumo próprio, aplicável aos maiores de 18 anos. Precedentes desta Corte e do STF.

2. Recurso especial provido para restabelecer a medida de prestação de serviços à comunidade, na forma estipulada pelo Juízo singular.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

DJe 16.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

Ementa: ECA. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Reiteração. Internação. Medida adequada ao caso. Ato infracional análogo ao crime de uso de drogas. Reiteração. Medida adequada ao caso. Semiliberdade.

Diante da média gravidade do ato praticado, da reiteração na prática de atos infracionais e do descumprimento pelo adolescente de medidas anteriormente impostas, há que ser tentada a semiliberdade, como forma de reintegrá-lo à sociedade, antes de ser-lhe aplicada a medida extrema de internação.

Mostrando-se a internação necessária para a reeducação do adolescente, face à gravidade do ato infracional e do fato de se encontrar ele fortemente inserido no mundo do crime, não há falar em substituição da medida socioeducativa imposta.

Sustenta o recorrente violação dos arts. 100, parágrafo único, II, 120, § 2º, e 122, todos do ECA e 28 da Lei 11.343/06.

Argumenta que se mostra desproporcional impor aos Recorrentes medida restritiva de liberdade, por violação ao princípio da proteção integral do menor inimputável, sob pena de sujeitar o adolescente à situação mais gravosa que o adulto autor da infração prevista no artigo 28, da Lei 11.343/06 (fl. 251).

Requer, assim, a reforma o acórdão recorrido, a fim de que seja restabelecida a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Consta dos autos que foi julgado procedente o pedido para aplicar a medida de prestação de serviços à comunidade por ato infracional análogo ao delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Interposto recurso pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça deu provimento para fixar a medida socioeducativa de semiliberdade.

No tocante à medida socioeducativa, o voto condutor assim referiu (fls. 224/226):

Lado outro, quanto a MSE de prestação de serviços à comunidade, imposta aos menores T.V.S. e L.J.N.S., consiste na prestação de serviços comunitários, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais e não governamentais.

Tal medida deve ser gratuita e levada a efeito em estabelecimento de serviços públicos ou de relevância pública, governamentais ou não, federais, estaduais ou municipais. Devendo o seu período de cumprimento, respeitado o prazo máximo de seis meses, ser proporcional à gravidade do ato praticado, podendo ser aplicada em qualquer dia da semana, mas sem prejudicar a frequência à escola ou a jornada normal de trabalho.

Após a análise da Certidão de Antecedentes dos Menores T.V.S. e L.J.N.S. (f. 63/66), contudo, os quais já foram condenados inúmeras outras vezes e cumpriram, sem êxito, outras medidas socioeducativas, concluo que a aplicação da referida medida não se mostra suficiente para afastá-los do mundo do crime, devendo ser-lhes imposta, conseqüentemente, a MSE de semiliberdade, a qual é uma alternativa ao regime de internamento que priva, parcialmente, a liberdade do adolescente, colocando-o em contato com a comunidade.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que define os princípios e parâmetros da ação e gestão pedagógicas das medidas socioeducativas, configura a semiliberdade como uma medida restritiva de liberdade, mas que admite a coexistência do adolescente com o meio externo e institucional, estabelecendo a obrigatoriedade da escolarização e de atividades profissionalizantes, numa interação constante entre a entidade responsável pela aplicação da medida e a comunidade, utilizando-se, preferencialmente, dos recursos desta.

A principal característica da semiliberdade, portanto, e que a difere do sistema de internamento, é que admite a existência de atividades externas e a vigilância é a mínima possível, não havendo aparato físico para evitar a fuga, pois tal medida funda-se, precipuamente, no senso de responsabilidade do adolescente e em sua aptidão para ser reinserido na comunidade, contribuindo, assim, para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Nos mesmos moldes da liberdade assistida, é elaborado um programa de atendimento individual do adolescente, que será cumprido através de fases. Entretanto, na semiliberdade o adolescente acaba ficando mais tempo na instituição, o que não ocorre com a liberdade assistida, em que o adolescente só comparece à instituição nos dias determinados para atendimento.

O período da semiliberdade não poderá exceder três anos, devendo o adolescente, durante o período do cumprimento da medida imposto pelo juiz, se submeter a avaliações periódicas realizadas, no máximo, a cada seis meses, levadas a efeito pela equipe interdisciplinar, a qual poderá sugerir, inclusive, a progressão para o cumprimento em meio aberto, nas modalidades liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, ou mesmo o seu desligamento definitivo do programa de atendimento, por ter cumprido satisfatoriamente, todas as fases, e se encontrar apto para conviver, pacificamente, na sociedade e exercer plenamente a sua cidadania.

O juiz poderá aplicar a medida socioeducativa de semiliberdade como resposta a qualquer ato infracional praticado pelo adolescente, principalmente aqueles similares aos crimes de médio potencial ofensivo, desde que, analisadas as circunstâncias, a gravidade e as condições pessoais do adolescente, seja considerada a medida mais adequada ao caso concreto.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de impor ao menor P.H.S. a medida socioeducativa de internação e aos menores T.V.S. e L.J.N.S. a medida socioeducativa de semiliberdade, nos termos da lei.

Considerando que o tipo penal previsto no 28 da Lei 11.343/06 não traz qualquer sanção de privação de liberdade, não se mostra adequada a imposição de medida socioeducativa de semiliberdade, incorrendo em sentido oposto aos princípios da proteção integral e da proporcionalidade, previstos nos arts. 100, parágrafo único, II e VIII, c/c art. 113, ambos da Lei 8.069/90, na medida em que a semiliberdade se mostra mais gravosa do que o preceito secundário do crime de posse de drogas para consumo próprio, aplicável aos maiores de 18 anos. A propósito:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impropriedade de via eleita. Aplicação de medida socioeducativa de internação. Ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 - uso de entorpecentes. Delito

para o qual não se prevê, para o maior imputável, pena privativa de liberdade, mas restritiva de direitos. Princípio da proteção integral do menor inimputável. Internação que se apresenta mais gravosa e desproporcional. Constrangimento ilegal configurado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

[...]

- Seguindo o referido princípio, a internação, meio mais gravoso de restrição à liberdade do menor infrator, deve ser imposta apenas quando nenhum outro meio se mostrar adequado ao caso, nas hipóteses taxativas do art. 122 do ECA.

- *O art. 28 da Lei n. 11.343/2006, ao punir a posse de entorpecentes para consumo próprio, não autoriza a privação da liberdade do condenado, pessoa adulta e plenamente imputável, mas prevê tão somente a aplicação de penas restritivas de direitos. Diante disso, se o menor ou o adolescente gozasse de plena imputabilidade penal, não seria submetido a medida privativa de liberdade, como ocorre na internação.*

- *É manifesto o constrangimento ilegal, por violar o princípio da proteção integral do menor inimputável, a imposição, ao paciente, da medida excepcional e mais gravosa de internação pela prática de ato infracional análogo ao delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas que, se cometido por adulto, não autorizaria a privação da liberdade do autor. Precedentes desta Corte e de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.*

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a aplicação da medida socioeducativa de internação ao paciente, sem prejuízo da imposição de qualquer medida prevista no art. 112 da Lei n. 8.069/90, desde que não implique a privação, mesmo que parcial, da liberdade de ir e vir do paciente.

(HC 338.851/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016.)

Nesse mesmo sentido é a posição da Suprema Corte:

EMENTA: "Habeas corpus". Impetração deduzida contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior da União. Hipótese de incognoscibilidade do "writ" constitucional. Diretriz jurisprudencial firmada por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Ressalva da posição pessoal do relator desta causa, que entende cabível o "writ" contra decisões monocráticas. Configuração, entretanto, de evidente situação de injusto constrangimento ao "status libertatis" do paciente. Imposição de medida socioeducativa de internação a adolescente que praticou ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, para o qual não se comina pena privativa de liberdade, mas, tão só, pena meramente restritiva de direitos. Situação de injusto constrangimento configurada. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida de ofício. – *A criança e o adolescente recebem especial amparo que lhes é dispensado pela própria Constituição da*

República, cujo texto consagra, como diretriz fundamental e vetor condicionante da atuação da família, da sociedade e do Estado (CF, art. 227), o princípio da proteção integral. – O sistema de direito positivo, ao dispor sobre o menor adolescente em situação de conflito com a lei, nas hipóteses em que venha ele a cometer ato infracional – a cuja prática se estende o princípio da insignificância (HC 102.655/RS, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) –, objetiva implementar programas e planos de atendimento socioeducativo, cuja precípua função – entre aquelas definidas na Lei n. 12.594/2012 – consiste em promover a integração social do adolescente, garantindo-lhe a integridade de seus direitos, mediante execução de plano individual de atendimento, respeitados, sempre, o estágio de desenvolvimento e a capacidade de compreensão do menor inimputável. – Revela-se contrário ao sistema jurídico, por subverter o princípio da proteção integral do menor inimputável, impor ao adolescente – que eventualmente pratique ato infracional consistente em possuir drogas para consumo próprio – a medida extraordinária de internação, pois nem mesmo a pessoa maior de dezoito anos de idade, imputável, pode sofrer a privação da liberdade por efeito de transgressão ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

(HC 124.682, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, Processo Eletrônico DJe-037 divulg 25/02/2015 public 26/02/2015.)

Oportunamente, como bem destacado no parecer ministerial, *tratando-se de ato infracional análogo à posse de entorpecentes para uso próprio, mostra-se excessiva e desproporcional, por desrespeitar o Princípio da Proteção Integral, a imposição de medida socioeducativa privativa de liberdade a adolescente que incorra em ato infracional análogo a delito que, se cometido por adulto, como é o caso do art. 28 da Lei de Drogas, não autoriza a privação da liberdade (fl. 278).*

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para restabelecer a medida de prestação de serviços à comunidade, na forma estipulada pelo Juízo singular.