



---

**Sexta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 113.136-PE (2008/0175678-8)**

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Marcilene Teixeira da Silva

Advogado: João Fernandes de Macedo

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Marcilene Teixeira da Silva

---

**EMENTA**

Penal. *Habeas corpus*. Lesão corporal gravíssima. 1. Laudo complementar. Realização cinco meses após o primeiro exame. Deformidade permanente. Reconhecimento. Ilegalidade. Inocorrência. 2. Dosimetria. Pena-base. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Motivos. Reiteração do explanado no exame da culpabilidade. Referência ao contido nas agravantes genéricas. Fundamentação inidônea. 3. Pena-base. Circunstâncias do delito. Argumentos inerentes ao próprio tipo penal. Inadequação. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Reprimenda redimensionada. 4. Ordem em parte concedida.

1. O laudo complementar da lesão corporal foi realizado, mesmo que elaborado meses após a primeira perícia, restando consignada a deformidade permanente da vítima, motivo pelo qual não há falar em desclassificação da conduta.

2. Os motivos do crime não podem ser aferidos de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o Juízo *a quo* elementos novos dos autos para dar supedâneo às suas considerações, somente enfocando a argumentação já empregada por ocasião da análise da culpabilidade e o teor do abrangido pelas agravantes genéricas (artigo 61, II, **a** e **c**, do Código Penal), consideradas na segunda fase da aplicação da reprimenda, devendo-se, pois, expurgar o acréscimo nesse tocante do *quantum* da pena-base.

3. Outrossim, não constitui fundamentação idônea considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas mencionando a deformidade permanente da vítima e suas sequelas, eis que, nos termos em que considerada, a circunstância judicial confunde-se

com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra - deformidade permanente (artigo 129, § 2º, IV, do Estatuto Repressivo).

4. Ordem em parte concedida somente para reduzir o patamar da pena-base.

### 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: “A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora”. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 02 de junho de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 15.06.2011

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Marcilene Teixeira da Silva*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Apelação Criminal n. 155.982-4).

Ressume-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal (Processo n. 222.2007.000261-2), condenação essa confirmada pelo Tribunal *a quo*, em sede de apelação defensiva.

Neste *writ*, afirmam os impetrantes que a qualificadora referente à deformidade permanente deve ser excluída, uma vez que não houve a realização de exame complementar, após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias contados da data do crime, para a confirmação da forma definitiva da lesão.

Sustentam que não há nos autos da ação penal elementos comprobatórios da deformidade permanente da vítima, sendo, pois, o caso de diminuição da pena aplicada.

Destacam que a paciente é primária, com bons antecedentes e possuidora de labor lícito.

Requerem, liminarmente, “a imediata suspensão e recolhimento do mandado de prisão, como também oficie ao IITB e ao TER-PE para que não sejam suspensos seus direitos políticos”. No mérito, pretendem a concessão da ordem “para anular a decisão guerreada e reformar o respeitável acórdão fustigado” (fl. 05).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 08-09), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 31-176.

A defesa juntou aos autos os documentos de fls. 13-28.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Moacir Sousa (fls. 179-187), pela concessão parcial na ordem “para requantificar a pena”.

Juntou-se aos autos a cópia da ementa do acórdão proferido em sede de prévio *writ*, no qual o Colegiado Estadual denegou a ordem (HC n. 0173358-6). Ei-la (fl. 188):

*Habeas corpus*. Anulação de sentença condenatória. Alegação de ausência de exame complementar nos autos. Desacolhimento da suscitação. *Habeas corpus* denegado. Unanimidade.

1. Da análise dos fólios, tem-se que a tese sustentada pelos impetrantes não merece guarida, visto que a sentença ora guerreada contemplou o resultado do exame da perícia complementar da lesão corporal (fls. 38), que atestou que os ferimentos produzidos na vítima resultaram em deformidade permanente.

2. Em cotejo com os fatos expostos na própria sentença, contra a qual insurgem-se os impetrantes, a dosimetria fixada, pelo que se verifica, atendeu ao que preconizam os arts. 59 e seguintes, do Código Penal.

3. *Habeas corpus* denegado.

4. Unanimidade.

A defesa ajuizou, ainda, petição às fls. 191-201 aditando a inicial, requerendo, inclusive, a redução da pena-base outrora aplicada.

É o relatório.

**VOTO**

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da presente impetração abarca a desclassificação do fato imputado para lesão corporal (art. 129, *caput*, do Código Penal), bem como a redução da pena, em especial no tocante às circunstâncias judiciais.

Preambularmente, examina-se a alegação de inexistência do exame complementar de perícia, após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias contados da data do crime, o que incidiria a desclassificação da conduta prevista no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal, para o *caput* do mesmo dispositivo legal, visto que não haveria nos autos da ação penal elementos comprobatórios da deformidade permanente da vítima.

Ao contrário do explanado pela combativa defesa, depreende-se dos autos que o mencionado exame foi realizado, conforme laudo complementar juntado à fl. 60, no qual dois peritos oficiais atestam, em especial no tópico segundo, que da ofensa resultou deformidade permanente (cicatriz).

E não há falar que o exame referido, realizado em 14.09.2005, seria extemporâneo, ou seja, após o lapso de 30 (trinta) dias contados do delito - o primeiro exame da vítima ocorreu em 28.03.2005.

Em verdade, o laudo complementar realizado posteriormente, *in casu*, ultrapassados alguns meses, não acarreta impropriedade da perícia.

Com efeito, a exigência legal de laudo complementar, prevista no artigo 168, § 2º, do Código de Processo Penal, ocorre em face do art. 129, § 1º, I, do Código Penal, para certificar a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias. E mesmo que se conclua pela necessidade de se exigir o dado exame para o caso em apreço - art. 129, § 2º, IV, do Estatuto Repressivo -, a sua apresentação após os 30 (trinta) dias não eiva o feito, se atendido o fim mor da sua função intrínseca.

Na hipótese, o laudo complementar juntado ao *writ*, devidamente, atesta a permanência, a continuidade, da disformia da vítima, principal escopo da preceituação do exame complementar. Dessarte, não é cabível a desclassificação da conduta imputada.

Sobre a temática, confirmam-se estes julgados:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Lesão corporal grave. (1) dosimetria. Pena base. Incremento excessivo. Motivação em parte genérica. Ilegalidade reconhecida.

Pena redimensionada. (2) regime aberto. Reincidência. Impossibilidade. (3) laudo complementar. Realização seis meses após o primeiro exame. Incapacidade para ocupações habituais. Reconhecimento. Ilegalidade. Ausência.

1. A fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas. A referência genérica aos termos da lei ou a fórmulas desligadas do contexto fático espelhado nos autos não autorizam a exasperação da reprimenda penal. Diante da reincidência, é inviável a fixação do regime inicial aberto.

2. O laudo complementar, peça indispensável para o reconhecimento da gravidade da lesão corporal qualificada pela incapacidade para o exercício de ocupações habituais, elaborado seis meses após a primeira perícia não inquina *tout court* de nulidade a respectiva circunstância.

3. Ordem concedida, em parte, para redimensionar a reprimenda corporal, aplicada nos autos da Ação Penal n. 005.02.059910-7, da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana-MS, para 01 ano, 04 meses e vinte dias de reclusão, mantida, no mais a sentença condenatória.

(HC n. 84.072-MS, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 19.10.2010, DJe 07.02.2011).

*Habeas corpus* preventivo. Lesão corporal. Natureza grave. Hipótese de perigo de vida. Desnecessidade do laudo complementar de que trata o art. 168, § 2º do CPP. Laudo pericial que atesta concretamente a submissão da vítima a perigo de vida. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. Desnecessário laudo pericial complementar, porquanto restou comprovado, extreme de dúvidas, pela conclusão do laudo pericial oficial, que a vítima foi submetida a perigo de vida concreto.

2. Esta Corte tem afirmado ser desnecessário o laudo complementar do art. 168, § 2º do CPP quando se cuidar da hipótese do inciso II do § 1º do artigo 129 do CPB (perigo de vida). HC n. 108.265-MS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 30.11.2009 e REsp n. 598.716-SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 02.05.2006.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(HC n. 110.197-ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29.04.2010, DJe 07.06.2010).

*Habeas corpus*. Penal. Lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, inciso II, c.c. o § 10, do Código Penal). Legítima defesa. Aferição. Necessidade de dilação probatória. Descabimento. Prazo para apresentação do laudo complementar. Art. 168, § 2º, do Código de Processo Penal. Dispositivo que não se aplica à hipótese de exposição da vítima a perigo de vida. Desclassificação da lesão corporal. Análise de provas.

1. O argumento apresentado no presente *writ*, de ter o acusado agido em legítima defesa, é contrariado pela prova testemunhal, o que só pode ser afastado mediante aprofundada incursão no contexto fático-probatório dos autos, o que não se afigura viável na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

2. O art. 168, § 2º, do Código de Processo Penal – que prevê a realização de exame complementar logo após o decurso do prazo de 30 dias, contado da data do crime – aplica-se na lesão corporal de que trata o art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal, isto é, para o fim de precisar se restou evidenciada a incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Inaplicável, portanto, à hipótese dos autos, já que a qualificadora pela qual o Paciente foi condenado é a prevista no inciso II do § 1º do art. 129 do Código Penal. Precedente.

3. Para se constatar a real existência do perigo de vida, conforme pleiteado na impetração, seria imprescindível o exame detido das provas produzidas, o que é incabível em sede de *habeas corpus*. Precedente.

4. Ordem denegada.

(HC n. 108.265-MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29.10.2009, DJe 30.11.2009).

Penal. Processual. Lesões corporais graves. Desclassificação. Laudo complementar. Prazo. Legítima defesa. *Habeas corpus*. Recurso.

1. Alegada excludente de ilicitude que deve ser apreciada durante a instrução criminal, e não em *habeas corpus*, onde é vedado o exame interpretativo do conjunto fático-probatório dos autos.

2. Persistindo, nos autos, elementos que permitam a aferição da gravidade das lesões corporais sofridas pela vítima, nada impede seja feito o exame complementar quando já vencido o prazo legal. Precedente do eg. STF.

3. Recurso em *Habeas Corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(RHC n. 12.229-RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 26.03.2002, DJ 29.04.2002, p. 261).

Relativamente à dosimetria da pena da paciente, veja-se trecho da sentença condenatória, *in verbis* (fls. 21-22):

(...)

A autoria e a materialidade da lesão corporal grave estão provadas à saciedade. Por isso, julgo procedente a denúncia e condeno Marcilene Teixeira da Silva nas penas do art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

A ré é mulher ciumenta, que não admite que terminada uma relação amorosa, o seu ex-namorado possa constituir nova relação. Para impedir esse novo enlace, a ré se vinga da nova possível namorada daquele seus antes amante. Com tal comportamento, quer afastar qualquer mulher que porventura possa vir a ser namorada do seus ex-amante. No caso, agrediu a vítima Ediuilma, quando esta sequer namorava a Ellon. Para praticar o crime, armou-se com instrumento pérfuro-cortante. Agiu de forma covarde contra a vítima que sequer a conhecia, sem permitir a defesa da vítima, a quem agrediu na face, a produzir cicatriz de deformidade permanente, contra uma mulher jovem.

Não possui antecedente criminal. Não há prova de má conduta social.

Tem personalidade criminosa, a ponto de agredir as pessoas sem motivo, sem que sequer a pessoa a conheça. Age premeditadamente. Arma-se com instrumento pérfuro-cortante e surpreende a vítima sentada, desprevenida, sem qualquer possibilidade de se defender. Pratica o crime por ciúme contra vítima que não deu motivo para esse ciúme. Comete o crime apenas para evitar que seu ex-amante possa constituir novo relacionamento. Não está preocupada quem agredirá. Como foi Ediuilma, poderia ser qualquer jovem, que a ré imaginasse pudesse ser conquistada por seu ex-amante. Não apresentou um mínimo de arrependimento pelo crime que cometeu. Ao contrário, demonstrou em audiência que é capaz de fazer com qualquer uma mulher que porventura possa vir a ser namorada de um seu ex-amante, e comete o crime, conscientemente, sem preocupação de constituir uma só prova em seu favor. Não está preocupada com a lei penal, que para ela nada significa. Assume o crime, e pronto. É mulher perigosa, traiçoeira e covarde.

Quanto aos motivos, nada justifica a agressão contra vítima indefesa, já que a ré não dá essa oportunidade, e não pode exigir que uma outra mulher possa em futuro ser namorada de um seu ex-amante.

A circunstância de ir a procura da vítima para agredi-la em via pública, na calçada da casa, numa sexta-feira da paixão, contraria qualquer convivência social. É contra o direito de moradia, de visita de uma pessoa a outra, da segurança que o lar se propõe. Ofende a expectativa do cidadão de que estando no seu lar não espera ser ferido gravemente por seu vizinho. Agride o direito de que as pessoas possam conviver em sociedade.

A consequência foi grave, com a lesão corporal que a vítima sofreu, com a deformidade permanente da face e do ombro de uma mulher jovem, que ficará privada a liberdade de exposição da beleza da mulher, que com nada contribuiu para a ação criminosa da ré.

Fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão. A atenuante da confissão que a ré fez para mostra que é perigosa e capaz de cometer o delito, sucumbe frente às agravantes do motivo fútil, do seu caráter ciumento sem motivo de ser e que praticou com elemento surpresa, sem possibilitar a defesa da vítima, razão porquanto agravo a pena em 01 (um) ano, de acordo com o art. 61, inciso

II, letras **a** e **c**, do CP. Sem diminuição ou aumento. Pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão, que a ré cumprirá iniciando em regime fechado na Colônia Feminina do Bom Pastor, o mínimo que entendo necessário para tentar corrigir sua agressividade e violência, para, se consertar, possa viver em sociedade. De acordo como o art. 33, § 3º, do CP.

(...)

Já o Colegiado Estadual assim se manifestou, no que interessa (fls. 139-140):

Conforme consta do relatório, a recorrente pleiteia uma pena mais branda do que a fixada pelo juiz sentenciante, bem assim que o cumprimento dessa pena não se dê em regime inicialmente fechado.

Ora, a pena-base foi fixada em 05 anos de reclusão. Para majorá-la a 06 anos de reclusão, tornando este último *quantum* definitivo e concreto, o magistrado singular considerou as circunstâncias fáticas, indeferindo que a atenuante da confissão se mostra *mui* débil ante o conjunto das agravantes, a saber, o motivo fútil e o elemento surpresa. Já para o cumprimento da pena, o Sr. Juiz de Direito sentenciante estabeleceu o regime inicialmente fechado, por entendê-lo necessário para tentar corrigir a agressividade e violência da ora recorrente, a fim de que ela possa, uma vez cumprida a pena, voltar ao convívio social (fl. 66, *in fine*).

Os fundamentos expendidos pelo Sr. Juiz de Direito *a quo* são mais que razoáveis. A recorrente, ao praticar o crime em tela, revelou ter índole impetuosa e perversa, pois que, movida por um *élan* de ciúme desenfreado, não soube controlar seus impulsos, arrojando-se a uma agressão desvairada, que culminou com a deformidade permanente da vítima. É bem verdade que no interrogatório (fls. 45 e 46) a apelante confessou espontaneamente a prática do delito, mas isso não revela que se tenha arrependido do ato insano. Pelo contrário, quem verdadeiramente se arrepende não lança mão de pretextos para atenuar sua culpa.

O *quantum* de pena aplicado certamente não é excessivo, pois que o magistrado, podendo condenar a recorrente a uma pena mais gravosa - de até 08 anos de encarceramento, já que o crime se configurou nos termos do art. 129, § 2º, inciso IV, (deformidade permanente) - teve por bem fixar a pena definitiva e concreta em 06 anos de reclusão.

Relativamente ao regime para cumprimento da pena, este nada tem de desproporcional às sequelas que ficaram na vítima. Aliás, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal, é faculdade do juiz sentenciante determinar o regime de cumprimento da pena. No caso concreto, o magistrado decidiu com fulcro no art. 33 § 3º, do Código Penal.

Portanto, em que pese o parecer da douta Procuradora de Justiça, meu voto é por negar provimento à apelação, mantendo-se a sentença condenatória em todos os seus termos.

Veja-se, ainda, a ementa do prévio *mandamus* - HC n. 0.173.358-6 (fl. 188):

*Habeas corpus*. Anulação de sentença condenatória. Alegação de ausência de exame complementar nos autos. Desacolhimento da suscitação. *Habeas corpus* denegado. Unanimidade.

1. Da análise dos fólios, tem-se que a tese sustentada pelos impetrantes não merece guarida, visto que a sentença ora guerreada contemplou o resultado do exame da perícia complementar da lesão corporal (fls. 38), que atestou que os ferimentos produzidos na vítima resultaram em deformidade permanente.

2. Em cotejo com os fatos expostos na própria sentença, contra a qual insurgem-se os impetrantes, a dosimetria fixada, pelo que se verifica, atendeu ao que preconizam os arts. 59 e seguintes, do Código Penal.

3. *Habeas corpus* denegado.

4. Unanimidade.

Vê-se que o Juiz de primeiro grau aumentou a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas aos motivos, à culpabilidade, à personalidade e às consequências do delito.

Quanto aos motivos do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como desfavorável, salientando, essencialmente, que “nada justifica a agressão contra vítima indefesa, já que a ré não dá essa oportunidade, e não pode exigir que uma outra mulher possa em futuro ser namorada de um seu ex-amante” (fl. 22). E prosseguiu, afirmando que “a circunstância de ir a procura da vítima para agredi-la em via pública, na calçada da casa, numa sexta-feira da paixão, contraria qualquer convivência social”, bem como que “é contra o direito de moradia, de visita de uma pessoa a outra, da segurança que o lar se propõe” e que “ofende a expectativa do cidadão de que estando no seu lar não espera ser ferido gravemente por seu vizinho”, configurando uma agressão ao “direito de que as pessoas possam conviver em sociedade” (fl. 22).

Verifica-se que a referida circunstância judicial não pode ser aferida de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos novos dos autos para dar supedâneo às suas considerações, somente enfocando a argumentação já empregada por ocasião da análise da culpabilidade e o teor

do abrangido pelas agravantes genéricas (artigo 61, II, a e c, do Código Penal), consideradas na segunda fase da aplicação da reprimenda. Deve-se, pois, o acréscimo pelos motivos do delito ser expurgado do *quantum* da pena-base.

Outrossim, não constitui fundamentação idônea considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que a consequência “foi grave, com a lesão corporal que a vítima sofreu, com a deformidade permanente da face e do ombro de uma mulher jovem, que ficará privada a liberdade de exposição da beleza da mulher, que com nada contribuiu para a ação criminosa da ré” (fl. 22). Com efeito, nos termos em que considerada, a circunstância judicial confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra - deformidade permanente (artigo 129, § 2º, IV, do Estatuto Repressivo).

Sobre o tema, confirmam-se estes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

*Habeas corpus*. Roubo triplamente circunstanciado tentado. Dosimetria da pena. Pena-base acima do mínimo legal: 08 anos. Pena definitiva: 08 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Inadmissibilidade de valoração negativa da personalidade do agente e da reincidência com base no mesmo fato. Súmula n. 241-STJ. Certidão cartorária que não informa a data do trânsito em julgado da condenação. Circunstâncias do crime e culpabilidade consideradas negativas com fundamento no mesmo fato (restrição da liberdade das vítimas por toda a noite). *Bis in idem* caracterizado. Ausência de fundamentação concreta para a majoração, em 1/2, da fração relativa às causas de aumento na terceira fase. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para refazer o apenamento do paciente. Pena base: 06 anos, aumentada em 1/3 pelas causas de aumento e diminuída em 1/3 pela tentativa, totalizando 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Ordem estendida ao corrêu, eis que idênticas as situações processuais.

1. A certidão cartorária considerada para efeito de comprovação da reincidência do paciente, bem como de sua personalidade voltada para a prática de crimes, não contém informação relativa ao trânsito em julgado da condenação à qual se refere, o que impossibilita sua utilização para tal finalidade. Ademais, seu conteúdo fora duplamente valorado, tanto no reconhecimento da reincidência como na avaliação da personalidade do agente, o que revela evidente *bis in idem*, inadmissível em sede de Direito Penal. Súmula n. 241-STJ.

2. Há nulidade na fixação da pena, porquanto circunstâncias do próprio tipo penal (restrição da liberdade da vítima e uso de arma de fogo) foram usados para avaliar negativamente tanto a culpabilidade dos agentes como as circunstâncias do crime.

Igualmente, o fato de as vítimas terem passado a madrugada com a liberdade restrita e sob a mira de armas também foi considerado duplamente, para valorar negativamente essas mesmas circunstâncias judiciais; depois, pelo acórdão, novamente, para justificar o aumento em metade na terceira fase da dosimetria da pena.

3. Ademais, aplicou-se a fração de 1/2 para o incremento da pena na terceira fase, em razão, tão-só, da existência de 03 causas de aumento de pena, o que contraria a jurisprudência desta Corte, que não aceita o critério matemático para este fim.

4. A reprimenda não pode ser estabelecida no mínimo legal. É que efetivamente desfavoráveis a culpabilidade dos agentes e as circunstâncias do delito. Durante o *iter* criminoso, agiram os acusados com violência extrema, encostando a arma repetidas vezes, na cabeça e no peito das vítimas, medida desnecessária, a demonstrar intensa culpabilidade. O longo período de restrição da liberdade das vítimas (08 horas), pesa igualmente como circunstância negativa, razão pela qual estabelece-se a pena-base em 06 anos de reclusão.

5. Majora-se a pena em 1/3, em vista da incidência de 03 causas de aumento, mantendo a redução de 1/3 pela tentativa, totalizando a reprimenda 05 anos e 04 meses de reclusão, mais 30 dias-multa, no valor estipulado na sentença, em regime inicial fechado, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

6. Ordem concedida, para o fim acima especificado, estendida ao corréu *Marcos Antônio Pires*, eis que idênticas as situações processuais.

(HC n. 118.906-ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19.11.2009, DJe 22.02.2010).

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Dosimetria. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Ausência de fundamentação concreta. Utilização de elementares do tipo. Constrangimento ilegal evidenciado. Reprimenda reduzida.

1. A tão-somente indicação de que a ré buscou o lucro fácil não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria, no referente ao narcotráfico, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

(...)

2. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido tão somente para reduzir a pena-base para o mínimo legalmente previsto, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício para reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, restando a pena da paciente definitiva em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

(HC n. 139.535-MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18.05.2010, DJe 07.06.2010).

*Habeas corpus*. Penal. Lesão corporal seguida de morte. Dosimetria da pena. Inidoneidade da fundamentação judicial apresentada para justificar a exasperação da pena-base. Regime prisional.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação à culpabilidade do agente, aos motivos e às circunstâncias do delito.

3. Também com relação às consequências do crime, não se verifica fundamentação idônea no *decisum* condenatório, já que elementos inerentes à própria configuração do delito não podem ser considerados para a exasperação da pena-base.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito.

Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 04 (quatro) anos de reclusão e estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC n. 129.124-ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26.08.2010, DJe 27.09.2010).

Penal. *Habeas corpus*. Art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Quantidade e natureza da droga apreendida. Redução da pena em 1/6. Possibilidade.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora pode ser utilizada como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomado como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena.

II - No caso concreto, revela-se correta a decisão que, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes e que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, aplicou a causa de diminuição de pena em 1/6 (um sexto).

III - Destarte, a aplicação da minorante no percentual indicado não carece de motivação eis que o julgador considerou desfavoráveis as circunstâncias em que o crime foi praticado, face à quantidade e natureza da droga, sendo despiciendo repetir tais argumentos na terceira fase da dosimetria, eis que o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, expressamente citado do *decisum*, estabelece que tais fatores devem ser considerados com preponderância na fixação da pena.

IV - Constatada, *in casu*, a ocorrência de erro material no acórdão objurgado, deve ser concedido *habeas corpus* de ofício para redimensionar a pena definitiva imposta ao paciente.

*Habeas corpus* denegado. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena definitiva imposta ao paciente.

(HC n. 134.342-MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06.10.2009, DJe 16.11.2009).

*Habeas corpus*. Lesões corporais graves. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Algumas devidamente motivadas. Bons antecedentes. Falta de comprovação. Alegações genéricas. Circunstâncias que serviram como qualificadora. *Bis in idem*. Réu primário. Pena inferior a quatro anos. Circunstâncias desfavoráveis. Regime semiaberto.

1. Não há ilegalidade se a magistrada fundamentou a valoração negativa da culpabilidade, dos antecedentes e da conduta social do réu, demonstrando concretamente a intensidade do dolo, os maus antecedentes e a conduta social desfavorável, por ser o paciente pessoa violenta.

2. É certo que inquéritos e ações penais em curso não servem para aumentar a pena-base, a teor da recente Súmula n. 444 desta Corte.

Contudo, se o impetrante não logrou demonstrar que o paciente não possuía condenação transitada em julgado na data da sentença, inviável reconhecer o alegado constrangimento ilegal.

3. Deve ser reduzida a pena-base se a valoração negativa da personalidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime não observou ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. A magistrada limitou-se a afirmar, genericamente, que a personalidade é deformada, os motivos injustificáveis e as circunstâncias desfavoráveis, sem motivar concretamente a decisão.

Ademais, apontou, como consequências do delito o risco de morte e a debilidade permanente, circunstâncias que já serviram para qualificar o delito, vedado o *bis in idem*.

4. Tratando-se de réu primário e de sanção que não alcança quatro de anos de reclusão, mesmo persistindo algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, revela-se razoável estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente a 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, a serem cumpridos no regime semiaberto, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão atacado.

(HC n. 83.242-PB, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 20.05.2010, DJe 14.06.2010).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Lesão corporal grave. Dosimetria da pena. Culpabilidade. Motivos. Consequências. Falta de fundamentação. Circunstâncias do crime. Desvalorização motivada.

1. A afirmação de que o Recorrente “agiu com dolo contra a vítima, quis realmente ofender a integridade física”, não serve para desvalorizar a culpabilidade, pois diz respeito a elementar do tipo penal de lesão corporal.

2. Os danos causados à integridade corporal da vítima estão insertos na figura típica, não servindo para exacerbar a pena a título de consequências. Hipótese, ainda, em que não se demonstrou, de maneira concreta, como a sociedade fora atingida de forma “nefasta” pela prática delitiva.

3. É genérica a assertiva de que “os motivos do crime são desfavoráveis para o réu e não demonstram os autos qualquer justificativa para o delito”, não sendo apta para justificar a exacerbação da pena-base.

4. O fato de o delito ter sido praticado com a utilização de arma de fogo autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime, justificando a exacerbação da pena-base.

5. Recurso ordinário parcialmente provido, para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, às consequências e motivos do crime e, por conseguinte, reduzir a pena para 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto.

(RHC n. 26.815-PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03.08.2010, DJe 23.08.2010).

Criminal. *Habeas-corpus*. Crime tributário (Art. 1º, III da Lei n. 8.137/1990). Pena-base fixada acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis: culpabilidade grave. Condição de responsável pela empresa. Motivação de lucro fácil. Expressão da lesão à Receita Federal.

Sentença e acórdão harmônicos na condenação.

Impetração destinada ao pronunciamento da nulidade do acórdão por omissão da participação de juiz vogal e ilegalidade na dosimetria da pena-base.

A valorização excepcional da culpabilidade, da motivação e das consequências do delito, no modo em que foi expresso no caso pela sentença e pelo acórdão, constituem repetição ilegal de circunstâncias já contidas nos elementos do tipo.

Redução da pena-base ao mínimo legal, mantidas as demais aplicações.

Votos vencidos que afastavam apenas a elevação com fundamento na motivação do lucro fácil, que têm por incorreta.

Nulidade formal do julgamento rejeitada.

Ordem concedida, nos termos do voto do relator para acórdão.

(HC n. 168.528-GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19.10.2010, DJe 16.11.2010).

Processo e Direito Penal. *Habeas corpus*. Sonegação fiscal. (1) parcelamento. Não abrangência de todo o crédito em questão. Ausência de pagamento integral. Extinção da punibilidade. Impossibilidade. (2) dosimetria. Pena base. Referência a elementares. Impossibilidade. Constrangimento. Reconhecimento.

1. Para que se reconheça a extinção da punibilidade em razão do parcelamento do débito tributário é indispensável que a providência envolva todo o crédito tributário, mormente quando iniciado o pagamento é ele, posteriormente, inadimplido.

2. A dosimetria da reprimenda é operação lógica que se estrutura atendendo aos parâmetros constitucionais da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais. Não se justifica a exasperação da resposta penal calcada em elementares típicas.

3. Ordem concedida para, preservada a condenação, reduzir a pena corporal para dois anos, dez meses e vinte dias de reclusão, mantida no mais o arresto guerreado.

(HC n. 130.428-GO, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 08.09.2009).

Dessarte, procede-se agora ao reparo na dosimetria da pena. Assim, afastadas as circunstâncias judiciais supramencionadas - os motivos e as consequências -, reduzo o acréscimo da pena-base para 03 (três) anos de reclusão, considerando como desfavoráveis a culpabilidade e a personalidade da paciente. Em análise da atenuante da confissão espontânea com as agravantes genéricas, essas previstas nas alíneas **a** e **c** do inciso II do artigo 61 do Código Penal, conservo a majoração da pena em 01 (um) ano, tal e qual o estipulado pelo Magistrado de origem, tornando a reprimenda em 04 (quatro) anos de reclusão. Conservo o regime fechado para o início do cumprimento da pena reclusiva, em atenção ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal e no que fora declinado no *decisum* condenatório.

De mais a mais, em consulta ao sítio do Tribunal de origem, verifica-se que a paciente já se encontra em cumprimento de pena no regime semiaberto (Execução n. 2009.0184.001034).

Ante o exposto, acolho o parecer e *concedo em parte* a ordem somente para diminuir a pena privativa de liberdade da paciente para 04 (quatro) anos de reclusão.

É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 126.301-SP (2009/0009321-9)**

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: César Augusto Moreira

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Otacílio Altino Vieira

---

#### **EMENTA**

Processo Penal. *Habeas corpus*. Extorsão. Desentranhamento das alegações finais em razão da intempestividade. Julgamento subsequente da causa. Condenação do réu. Inadmissibilidade. Ampla defesa. Vertente da defesa técnica. Violação. Nulidade absoluta. Ordem concedida.

1. São nas alegações finais que se concentram e se resumem as conclusões que representam a posição substantiva de cada parte perante a imputação, consideradas à luz das provas, enquanto último ato de colaboração na formação da sentença. Assim, inviável o julgamento sem a devida consideração das razões finais defensivas.

2. A falta de alegações finais é causa de nulidade absoluta, uma vez que, em homenagem ao devido processo legal, é necessário o pronunciamento da defesa técnica sobre a prova produzida. Caso o defensor de confiança do réu não apresente a referida peça processual, incumbe ao juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou só para o ato, tendo inteira aplicação do art. 265 do Código de Processo Penal.

3. Ordem concedida para anular o processo desde a fase do art. 500 do Código de Processo Penal (redação anterior), a fim de que sejam apresentadas as alegações finais pela defesa.

### 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: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora”. Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 31 de maio de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 08.06.2011

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Otacílio Altino Vieira*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 00938664.3/5-000-000).

Narra a impetração que o paciente foi denunciado pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 158, § 1º, 297, § 1º, e 304, c.c. o art. 29, do Código Penal. Regularmente realizada a instrução do feito, sobrevieram as razões finais do Ministério Público e da Defesa, sendo estas desentranhadas dos autos em razão de terem sido apresentadas fora do prazo legal.

A sentença condenou o paciente, como incurso nas sanções do art. 316 do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, bem assim ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Recorreram o Ministério Público e a Defesa. Buscou a acusação o reconhecimento do crime previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal, bem assim a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena. A Defesa buscou a nulidade absoluta do processo, ante o fato de o magistrado singular haver determinado o desentranhamento das alegações finais. A Décima Quinta Câmara do Sétimo Grupo da Seção Criminal negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao do Ministério Público. O acórdão recebeu esta ementa:

*Extorsão.* Policiais civis detidos e demitidos após denúncia de vítima de extorsão, consistente na exigência de dinheiro para que não fosse levado preso ou tivesse o estabelecimento comercial fechado. Sentença que os condenou às penas previstas para o crime de concussão. Recurso do Ministério Público provido, para reconhecer a existência não de concussão, mas de efetiva extorsão, cujo tipo objetivo está na conduta de constranger (coagir, obrigar), mediante violência (física, real) ou grave ameaça (*vis compulsiva*, violência moral), com a finalidade de obter vantagem indevida, para si ou para outrem. Deram provimento à apelação do MP, negando às da defesa.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que, “não podia como não pode o magistrado mandar desentranhar as alegações finais em processo crime, porque dessa forma estará suprimindo ao réu o direito de participar da especialização da prova, pois a antítese à tese apresentada pelo Ministério Público é elemento à síntese que deve ser feita na sentença de mérito”. Diante disso, requer liminarmente seja determinada a suspensão do cumprimento do acórdão *a quo* até o julgamento definitivo do presente *writ*. No mérito, busca a decretação da nulidade do processo a partir da decisão de fls. 30, que determinou o desentranhamento das alegações finais.

O pedido de liminar foi deferido, “para suspender a execução da pena, até o julgamento do mérito do *writ*” (fls. 80-81).

Prestadas as informações (fls. 115-168), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal (Subprocuradora-Geral Maria Eliane), que se manifestou pela concessão da ordem.

As últimas informações extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dão conta de que ainda não houve o trânsito em julgado para a defesa e que os autos, em 03.05.2011, retornaram do Ministério Público.

Em contato telefônico com a Segunda Vara Criminal de Sertãozinho-SP esclareceu-se que estão suspensos os efeitos do acórdão do Tribunal de Justiça

local e a execução da pena até o julgamento deste *habeas corpus*, encontrando-se o paciente em meio aberto.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da impetração cinge-se à verificação da regularidade da marcha processual após o desentranhamento, pelo magistrado de primeiro grau, das alegações finais apresentadas de forma intempestiva pela Defesa. Busca-se o reconhecimento da nulidade a partir da decisão que declarou a preclusão temporal das derradeiras manifestações defensivas.

Penso que se está diante de caso de ilegalidade. Por mais que a posição outrora dominante nesta Corte não reconhecesse a nulidade processual quando a Defesa, regularmente intimada, deixasse de oferecer alegações finais no prazo previsto no art. 500 do Código de Processo Penal (redação anterior à Lei n. 11.719/2008), permito-me, no entanto, discordar de tal postura, frente ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Veja-se que nas alegações finais concentram-se as conclusões representativas da posição substancial de cada parte perante a imputação, consideradas agora à luz das provas, enquanto último ato de colaboração na formação da sentença. Assim, não consigo chegar a outra conclusão que não a da inviabilidade de julgamento, legal e justo, sem a devida consideração das alegações finais defensivas.

Lembre-se que é decorrência linear da garantia da ampla defesa o caráter necessário da defesa técnica. A propósito, estatui o art. 261 do Código de Processo Penal que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. É absolutamente impensável, no atual estágio de evolução do Direito Processual Penal, prescindir-se da defesa efetiva, com a observância de todos os ônus que, guardando pertinência com a estratégia escolhida, lhe dispõe a lei. Assim, a falta de alegações finais é causa de nulidade absoluta, uma vez que, em homenagem ao devido processo legal, é necessário o pronunciamento da defesa técnica sobre a prova produzida. Caso o defensor de confiança do réu não apresente a referida peça processual, incumbe ao juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou só para o ato, tendo inteira aplicação do art. 265 do Código de Processo Penal.

No caso, chama a atenção o despacho de fl. 30, no qual o magistrado de primeiro grau asseverou:

Fls. 530-536: intempestivas as alegações finais ofertadas pelo acusado Otacílio Altino Vieira, desentranhem-nas, diante da preclusão temporal e juntem-nas, por cautela, em apenso próprio.

Todavia, a extemporaneidade da apresentação das imprescindíveis alegações finais defensivas corporifica mera irregularidade, que não obsta, evidentemente, a sua cognição, a bem do devido processo legal.

Nesse sentido:

HC. Processual Penal. Tese negativa de autoria. Impropriedade do *writ*. Alegações finais. Não-oferecimento. Nulidade insanável. Ordem parcialmente concedida.

I. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para o exame de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório - como a sustentada tese negativa de autoria, com o intuito de caracterizar a ausência de justa causa para a ação penal - tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária.

II. A ausência da apresentação das alegações finais de defesa acarreta a nulidade do feito, configurando ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

III. Ordem parcialmente concedida para anular o feito desde a fase do art. 500 do CPP, a fim de que sejam apresentadas as derradeiras razões em favor do paciente (HC n. 9.336-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 16.08.1999).

Recurso em *habeas corpus*. Alegações finais do Ministério Público apresentadas fora do prazo legal. Atraso justificado. Peça essencial à regularidade do processo. Pedido de desentranhamento formulado pela defesa. Indeferimento. Inocorrência de constrangimento ilegal.

Sendo as alegações finais peça imprescindível à regularidade do processo, e tendo em vista que a extrapolação do prazo para o seu oferecimento deu-se por motivo plenamente justificado, inexistente constrangimento ilegal na decisão do Magistrado que indefere o pedido de desentranhamento da referida peça processual. Recurso desprovido (RHC n. 9.596-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 07.08.2000).

A propósito, este precedente, entre outros, do Supremo Tribunal Federal:

*Ação penal*. Processo. Defesa. Alegações finais. Não apresentação pelo patrono constituído. Intimação prévia regular. Nomeação de defensor dativo ou público

para suprir a falta. Medida não providenciada pelo Juízo. Julgamento subsequente da causa. Condenação do réu. Inadmissibilidade. Cerceamento de defesa caracterizado. Violação ao devido processo legal. Nulidade processual absoluta. Pronúncia. HC concedido, em parte, para esse fim. Precedentes. Interpretação dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, e 261, 499, 500 e 564 do CPP. Padece de nulidade absoluta o processo penal em que, devidamente intimado, o advogado constituído do réu deixa de apresentar alegações finais, sem que o juízo, antes de proferir sentença condenatória, lhe haja designado defensor dativo ou público para suprir a falta.

Cumpre, ainda, transcrever o seguinte trecho do parecer ministerial:

Com efeito, conforme já ressaltado alhures, as razões finais constituem peça fundamental do processo porque nelas é que se desenvolve concretamente a defesa do réu. É nelas que, ante o exame de todo o contexto probatório, dirá os argumentos de sua pretensão defensiva. De sorte que sua falta deve ser, sempre, suprida, obrigatoriamente ser nomeado defensor dativo para oferecê-las, sob pena de nulidade, por afronta ao princípio constitucional da ampla defesa.

Assim, é de se reconhecer a nulidade absoluta do processo a partir da decisão que determinou fossem desentranhadas dos autos as alegações finais defensivas.

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, concedo a ordem para anular a Ação Penal n. 597.01.2004.009064-8, da Segunda Vara Criminal da comarca de Sertãozinho, desde a fase do art. 500 do Código de Processo Penal (redação anterior), a fim de que sejam apresentadas as alegações finais pela defesa.

É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 129.894-SP (2009/0034862-8)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Leonardo Fernando de Souza Almeida - defensor público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: André Altafim

## EMENTA

*Habeas corpus*. Penal. Cárcere privado e roubo circunstanciado. Causa de aumento. Arma de fogo. Falta de apreensão e perícia. Elementos probatórios. Demonstração de sua utilização na prática delitiva. Ação única. Pluralidade de vítimas e de patrimônios. Concurso formal configurado. Causas de aumento. Fração de 2/5. Ausência de fundamentação idônea. Súmula n. 443-STJ.

1. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito.

2. A jurisprudência desta Corte tem entendido que, se com uma só ação houve lesão ao patrimônio de várias vítimas, está configurado concurso formal, e não delito único. Raciocínio que é aplicável, por analogia, ao crime de cárcere privado nas hipóteses em que, por meio de uma só conduta, houve a restrição da liberdade de mais de uma pessoa.

3. Deve ser reduzido à fração mínima de 1/3 o incremento da pena na terceira fase da dosimetria, se justificado apenas em fatos que consistem nas próprias majorantes, no caso, a pluralidade de agentes e o emprego de armas de fogo, bem como na quantidade de causas de aumento reconhecidas. Incidência da Súmula n. 443-STJ.

4. Ordem parcialmente concedida, com extensão ao corréu, para reduzir à fração mínima a majoração da pena do crime de roubo, em razão das causas de aumento, ficando a pena de ambos, quanto ao referido delito, redimensionada nos termos explicitados no voto.

## 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 parcialmente a ordem de *habeas corpus*, com extensão ao corréu Luis Fernando Lima Rodrigues ou Luis Fernando Ribeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina

(Desembargador convocado do TJ-RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 29.08.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *André Altafim*, no qual é apontado como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos ter sido o paciente condenado, juntamente com um corréu, pelo Juízo da 26ª Vara Criminal de São Paulo-SP (Autos n. 66/99), às penas de 11 anos, 05 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 24 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, por seis vezes, em concurso formal, e no art. 148, *caput*, por duas vezes, também na forma do art. 70, c.c. os arts. 29 e 69, todos do Código Penal. Interposto recurso por ambas as partes, o Tribunal de origem negou provimento aos apelos defensivos, porém proveu a apelação do *Parquet* para majorar a reprimenda do paciente para 15 anos e 10 dias de reclusão e 31 dias-multa (Apelação Criminal n. 312.456-3/1-00). Houve ajuizamento de revisão criminal, que foi indeferida (Autos n. 993.07.060797-1).

Na presente impetração, afirma-se em suma:

a) ser descabida a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, se a arma não foi apreendida e periciada;

b) que deve ser reconhecida a existência de apenas um crime de roubo e um de cárcere privado, não obstante haja pluralidade de vítimas e de patrimônio;

c) não ser possível a fixação da fração de incremento da reprimenda na terceira fase da dosimetria, a partir, tão somente, do número de causas de aumento.

Pede-se a concessão da ordem para que seja redimensionada a pena imposta ao paciente, nos termos explicitados.

Sem pedido liminar, foram prestadas as informações (fls. 80-146).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 148-156).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Busca-se, na presente impetração, a exclusão da causa de aumento referente ao emprego de arma e do concurso formal, bem como a diminuição do incremento da pena pelas majorantes previstas no art. 157, § 2º, do Código Penal.

Inicialmente, a Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito.

Criminal. Embargos de divergência no recurso especial. Roubo. Emprego de arma. Desnecessidade de apreensão e realização de perícia. Utilização de outros meios de prova. Incidência da majorante. Embargos conhecidos e rejeitados.

I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III – A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só – desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela – instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(REsp n. 961.863-RS, Rel. p/ acórdão o Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 06.04.2011).

No mesmo sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

*Ementa:* Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida.

(HC n. 96.099-RS, Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 05.06.2009).

No caso, acerca do emprego da arma, disse a sentença (fl. 26):

[...]

A prova, portanto, incrimina os réus de forma segura. Eles foram presos em flagrante e reconhecidos por várias das vítimas e testemunhas dos roubos, bem como pelas vítimas e testemunhas dos roubos, bem como pelas vítimas do cárcere privado. As inúmeras vítimas e testemunhas prestaram depoimentos coincidentes e coerentes desde a fase policial, incriminando os réus como autores de roubos praticados a mão armada e com diversos agentes, além da manutenção de cárcere privado de duas outras vítimas. Acrescente-se que vários dos bens foram apreendidos em poder dos acusados. Além disso a prova documental e policial corroborou o teor da prova oral no que tange às circunstâncias de local onde os crimes foram realizados e de emprego de armas de fogo.

[...]

O Tribunal de origem ratificou a conclusão do Juiz singular (fl. 32):

[...]

Foram os réus presos em flagrante delito, após participarem de roubos, com cárceres privados, praticados por um grupo de razoável número e com armas especializadas.

Dessa forma, mostra-se escoreita a aplicação da majorante do emprego de arma de fogo.

De outra parte, a jurisprudência desta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que, se com uma só ação houve lesão ao patrimônio de várias vítimas, está configurado concurso formal, e não delito único.

Nesse sentido:

*Habeas corpus. Roubo. Concurso formal. Mais de um bem jurídico atingido. Pluralidade de vítimas. Inocorrência de crime único. Coação ilegal não demonstrada.*

1. Evidenciado que o roubo foi praticado contra vítimas distintas, na mesma situação fática e objetivando patrimônios diferentes, tem-se como configurado o concurso formal, e não a hipótese de crime único.

*Execução. Regime prisional fechado. Paciente reincidente. Modo intermediário. Pretendida imposição. Súmula n. 269 deste STJ. Impossibilidade de aplicação. Reprimenda superior a quatro anos. Constrangimento ilegal não evidenciado.*

1. Inviável a fixação do modo semiaberto ao paciente reincidente quando, não obstante a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, a pena foi definitivamente fixada em patamar superior a 04 (quatro) anos de reclusão, circunstância que indica que o modo fechado para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. Ordem denegada.

(HC n. 139.740-MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23.05.2011).

*Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Subtração, no mesmo contexto fático, de bens pertencentes a diferentes vítimas. Reconhecimento de crime único. Impossibilidade. Conduta que caracteriza concurso formal de delitos.*

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, não há falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a diferentes vítimas. Em casos que tais, incide a regra prevista no art. 70 do Código Penal.

2. No caso, o paciente, juntamente com corréu, teria abordado duas jovens em ponto de ônibus, subtraindo bens a elas pertencentes.

3. Ordem denegada.

(HC n. 151.899-MG, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 16.05.2011).

O mesmo posicionamento tem manifestado o Supremo Tribunal Federal:

*Habeas corpus*. 2. Roubo. Lesão ao patrimônio de vítimas diversas. Concurso formal. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada.

(HC n. 103.887-MG, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 14.12.2010).

*Habeas corpus*. Penal. Ação única que tem como resultado lesão a vítimas diversas: concurso formal (art. 70, parte final, do Código Penal). Ordem denegada. 1. Roubo qualificado consistente na subtração de dois aparelhos celulares, pertencentes a duas pessoas distintas, no mesmo instante. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de configurar-se concurso formal a ação única que tenha como resultado a lesão ao patrimônio de vítimas diversas, e não crime único: Precedentes. 3. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 91.615-RS, Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 11.09.2007).

Igual raciocínio é aplicável, por analogia, ao crime de cárcere privado nas hipóteses em que, por meio de uma só conduta, houve a restrição da liberdade de mais de uma pessoa.

A ocorrência de lesão a várias vítimas e patrimônios, é constatada pela leitura de excerto da sentença (fls. 21-26):

No mesmo sentido foram as declarações do réu Luiz Fernando.

A testemunha Adilson que se encontrava no interior da loja quando ali entrou um rapaz. Tal indivíduo sacou um revólver e anunciou o assalto. em seguida entraram mais seis ladrões e fecharam a porta do estabelecimento. Separaram as mercadorias que iriam subtrair. Constatou que *todos os ladrões empunhavam armas de fogo*. A mercadoria foi colocada no interior do veículo Kombi. Também subtraíram objetos dos funcionários da loja, tais como relógios e aparelhos de telefone celular. Quando saíram do estabelecimento houve troca de tiros com policiais militares. Dois dos ladrões não conseguiram sair da loja e pularam o muro, ingressando no imóvel vizinho. Ali morava um senhor de ascendência japonesa. Soube que, horas depois, esses dois indivíduos foram detidos ainda no interior da casa do vizinho. Eles teriam rendido também a filha do vizinho, que, após ter sido liberada, avisou a polícia, propiciando, assim, a prisão dos acusados. *Informou que os bens que lhe haviam sido subtraídos (telefone celular e relógio) foram recuperados com esses dois indivíduos, assim, como os bens subtraídos de algumas outras vítimas*. As mercadorias da loja não foram recuperadas. Não soube dizer se os réus seriam tais indivíduos.

No mesmo sentido foram as declarações da testemunha Ana Maria, também funcionária da loja. *Afirmou ter reconhecido os réus, na delegacia, como autores do roubo*. Acrescentou que os ladrões subtraíram-lhe dinheiro e cheque, que não foram recuperados. *Apontou o réu Luiz Fernando como sendo o ladrão que rendeu-a e aos outros funcionários*, mantendo-os numa sala da loja. Afirmou ter

reconhecido o co-réu André, narrando tê-lo visto quando ele entrou na sala onde era mantida com os demais funcionários. Afirmou que, na delegacia, ao reconhecer os acusados, não teve a menor dúvida de que eram eles os autores do roubo.

A testemunha Henrique *afirmou que o réu Luiz Fernando manteve-a*, no interior de um quarto da loja, justamente com os funcionários, enquanto que os demais ladrões subtraíam as demais mercadorias, colocando-as em uma kombi. *Também reconheceu o réu André*, afirmando que ele e os demais comparsas passaram a carregar a kombi com as mercadorias da loja. Acrescentou que subtraíram-lhe a bateria do telefone celular, que foi posteriormente recuperada. A bateria foi encontrada em poder do réu Luiz Fernando. De resto, repetiu as declarações das testemunhas anteriores.

A testemunha Rogério *reconheceu o réu Luiz Fernando* como sendo um dos ladrões. Disse que era cliente da loja e que se encontrava no estabelecimento quando do roubo. Afirmou que Luiz Fernando manteve-o sob vigilância em um quarto junto com os funcionários da loja. Os ladrões subtraíram-lhe documentos pessoais e o relógio. Reiterou as declarações das demais testemunhas.

A testemunha Roselaine *reconheceu os dois acusados*, repetindo as declarações das testemunhas anteriores.

A testemunha Silvana, funcionária da loja de informática, também confirmou as declarações dos demais funcionários. Não pôde reconhecer os réus, dizendo que permaneceu de costas para os ladrões.

A testemunha Cristiano disse que foi rendido por dois indivíduos armados assim que saiu de um veículo kombi. Foi obrigado a entrar na loja de informática. Subtraíram-lhe a pochete, o relógio e o aparelho celular, permanecendo com funcionários da loja em uma sala. Não recuperou o relógio subtraído. De resto, reiterou as declarações anteriores.

A testemunha Nelson narrou que estava em sua casa quando ouviu disparos de arma de fogo. Viu, através da janela, dois homens efetuando disparos e se abaixou. Quando os ruídos cessaram olhou novamente e percebeu a movimentação de policiais perseguindo alguns indivíduos, os quais, segundo soube, teriam praticado um roubo. Horas depois duas pessoas foram presas numa casa ao lado da loja onde se deu o crime. Viu policiais tirando dois indivíduos do interior da casa da vítima Kobun.

A testemunha Cícero disse ter visto dois indivíduos atirando na direção da esquina da rua. Tais indivíduos corriam em sua direção, notou que um deles fora alvejado no peito, vindo a desfalecer logo depois. O outro indivíduo fugiu. Soube que ele teria participado do roubo praticado na loja de material de informática.

A vítima Kobun narrou que teve a sua casa invadida pelos réus por volta das quinze horas. Ali se encontrava com sua filha Suzete. Os réus afirmaram que se encontravam armados e mandaram que ficassem quietos. Diziam que estavam

fugindo da polícia. Permaneceram como reféns dos réus por cerca de três horas. Após liberarem a saída de Suzete foram os réus detidos pela polícia. Notou que os réus estavam, cada um, com dois aparelhos de telefone celular, posteriormente apreendidos pela polícia, que com eles também apreenderam relógios. Os réus ingressaram no imóvel da vítima escalando o muro que faz divisa com a loja vizinha. Soube que os réus participaram do roubo praticado na loja.

[...]

A prova, portanto, incrimina os réus de forma segura. Eles foram presos em flagrante e reconhecidos por várias das vítimas e testemunhas dos roubos, bem como pelas vítimas do cárcere privado. As inúmeras vítimas e testemunhas prestaram depoimentos coincidentes e coerentes desde a fase policial, incriminando os réus como autores de roubos praticados a mão armada e com diversos agentes, além da manutenção de cárcere privado de duas outras vítimas. Acrescente-se que vários dos bens foram apreendidos em poder dos acusados. Além disso a prova documental e policial corroborou o teor da prova oral no que tange às circunstâncias de local onde os crimes foram realizados e de emprego de arma de fogo.

[...]

Também o acórdão impetrado confirma a existência do concurso formal (fls. 32-33):

[...]

Bem reconhecido o concurso formal de roubos, pois com uma ação seis crimes foram praticados, com subtração de bens da empresa e também de seus funcionários Adilson, Ana Maria, Henrique, Rogério e Roselaine. Portanto não há falar em crime único.

Também acertado o reconhecimento do concurso formal para o seqüestro ou cárcere privado, pois duas pessoas foram feitas reféns, e mantidas na residência por tempo considerável até a intervenção policial que fincou com a prisão dos réus. Esse o entendimento desta Turma Julgadora.

[...]

Por outro lado, razão assiste ao impetrante no que diz respeito à existência de ilegalidade na majoração da pena em 2/5, cujo reconhecimento deve ser estendido ao corréu, *Luís Fernando Ribeiro* ou *Luís Fernando Lima Rodrigues*, segundo a previsão do art. 580 do Código de Processo Penal.

A sentença havia fixado a exasperação da pena, na terceira fase, na fração mínima de 1/3. O acórdão, no entanto, majorou-a para 2/5, com base na seguinte fundamentação (fl. 36):

[...]

Assim, coerente a pena-base, para ambos os réus, ser fixada em 06 anos de reclusão, mais 15 dias-multa, para o crime de roubo, e, em 10 ano e 06 meses de reclusão para o cárcere privado. Presentes duas qualificadoras, quais o concurso de agentes (seis pessoas) e o emprego de armas (automáticas), justo acrescer-se aquelas em mais 2/5 (dois quintos), chegando-se às sanções de *08 anos, 04 meses e 20 dias de reclusão, mais 21 dias-multa*, para o roubo, e, *02 anos, 01 mês e 05 dias de reclusão* para o cárcere.

[...]

Como se verifica, a majoração da reprimenda levou em consideração apenas o número de qualificadoras e elementos a ela inerentes, quais sejam, a existência de mais de um agente e o emprego de armas.

Nesse contexto, tem incidência a Súmula n. 443-STJ:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

A esse respeito:

*Habeas corpus*. Penal. Tentativa de roubo duplamente circunstanciado. Concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Dosimetria da pena. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Legalidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Causas especiais de aumento. Percentual de exasperação. Fundamentação inidônea. Súmula n. 443-STJ. Ordem concedida parcialmente.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é na vertente de que não há qualquer ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, se o arbitramento do *quantum* maior de pena se deu de forma fundamentada, com respaldo em circunstâncias judiciais as quais se revelaram, concretamente, desfavoráveis ao réu.

2. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ). Na falta de motivação idônea para a aplicação de percentual maior decorrente das causas especiais de aumento de pena inscritas no § 2º do art. 157 do CP, a exasperação deve se dar no patamar mínimo legal de 1/3.

3. Ordem parcialmente concedida para que o Tribunal Estadual refaça a dosimetria da pena.

(HC n. 166.472-SP, Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Sexta Turma, DJe 15.06.2011).

*Habeas corpus*. Penal. Roubo circunstanciado (Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal). Arma de fogo. Exame pericial. Impossibilidade. Não apreensão do instrumento. Dispensabilidade para a caracterização da causa especial de aumento, quando provado o seu emprego na prática do crime. Orientação firmada pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 961.863-RS. Reconhecimento de duas causas de aumento de pena. Acréscimo fixado em 2/5. Ausência de fundamentação. Ilegalidade. Absolvição parcial em primeiro grau. Acórdão condenatório parcialmente amparado em provas produzidas exclusivamente na fase inquisitorial. Inadmissibilidade. Concurso formal. Percentual de aumento. Número de delitos. Regime prisional. Incidência do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes.

3. Na hipótese, o acórdão hostilizado consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. A verificação dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n. 443 deste Tribunal.

5. O Tribunal de origem utilizou-se, para o reconhecimento da culpabilidade dos ora Pacientes em relação às supostas vítimas *Joacir* e *Vânia*, dos depoimentos por elas prestado na fase policial, bem como porque o acervo probatório confirmaria o "arrastão" no coletivo. Desse modo, afigura-se nula a condenação em relação aos supostos ofendidos, já que não produzida, ao longo da instrução criminal, nenhuma prova hábil para fundamentá-la. Precedentes.

6. Segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, adota-se, como parâmetro para se fixar o percentual de aumento referente ao concurso formal, o número de delitos perpetrados. Precedentes.

7. Fixadas as penas-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus primários e de bons antecedentes,

não é possível infligir-lhes regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

8. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, reduzir a reprimenda imposta aos Pacientes para 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e 15 dias-multa, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto.

(HC n. 143.692-SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 11.05.2011).

Impõe-se, assim, a redução do aumento da pena, na terceira fase, à fração mínima de 1/3.

Passa-se ao redimensionamento da pena do crime de roubo.

Mantém-se a pena-base no mínimo legal de 06 anos de reclusão e 15 dias-multa. Diante da ausência de atenuantes e agravantes, fica fixada, provisoriamente, no mesmo patamar. Pelas causas de aumento, incremento-as em 1/3, estabelecendo-as, em caráter provisório, em 08 anos de reclusão e 20 dias dias-multa. Diante do concurso formal, acresço-as em 1/6, segundo patamar estabelecido no acórdão recorrido, tornando-a definitiva em 09 anos e 04 meses de reclusão e 23 dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, *concedo parcialmente* a ordem, com extensão ao corrêu, para reduzir à fração mínima a majoração da pena do crime de roubo, em razão das causas de aumento, ficando a pena de ambos, quanto ao referido delito, redimensionada nos termos explicitados no voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 151.287-SP (2009/0206922-9)**

---

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Paulo Fernandes Lira

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Asdrúbal Mendes da Silva

Paciente: Wilson Roberto Aradi

## EMENTA

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Tribunal do Júri. Denúncia. Inépcia. Preclusão. Condutas claramente delineadas. Contraditório e ampla defesa assegurados. Recebimento da denúncia. Fundamentação. Desnecessidade. Nulidade por ausência de defensor no interrogatório. Tema não apreciado pela Corte Estadual. Supressão de instância. Ato judicial ocorrido antes da vigência da Lei n. 10.792/2003. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

1. Se a defesa do paciente, após ser devidamente intimada da sentença de restauração dos autos, bem como da sentença de pronúncia, acata os referidos provimentos, deixando de se insurgir contra a decisão que recebeu a denúncia ou fazendo qualquer menção sobre eventual inépcia da inicial, não lhe é lícito, agora, quando estas matérias já se encontram preclusas, querer ressuscitar a discussão sobre estes temas. Precedentes.

2. Eventuais vícios ocorridos antes da sentença de pronúncia deveriam ter sido arguidos no momento oportuno, ou seja, na fase de alegações finais. Da mesma forma, inexistindo interposição de recurso próprio contra a pronúncia, fica preclusa a matéria relativa a vícios anteriores ou nela constante.

3. Ainda que assim não fosse, constata-se que, mesmo diante da baixa qualidade da cópia da denúncia, decorrente do extravio e restauração dos autos principais, foi perfeitamente possível delinear as condutas pelas quais os pacientes foram acusados, de maneira que restou plenamente assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, inexistindo, nesse ponto, qualquer reparo a ser aqui realizado.

4. Não há como conhecer da alegação de ausência de defensor no interrogatório do acusado Wilson Roberto Aradi, pois o tema não foi submetido ou apreciado perante o Tribunal Estadual, motivo pelo qual não vejo como possa ser enfrentado por esta Corte Superior sem incidir em indevida supressão de instância. Súmula n. 713-STF.

5. O interrogatório dos pacientes ocorreu em 04 de julho de 2002, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 10.792/2003, época em que o interrogatório era ato personalíssimo do Juiz, inexistindo,

portanto, o alegado constrangimento ilegal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

### 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, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nesta parte, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 14 de junho de 2011 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),  
Relator

---

DJe 1º.07.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* deduzido em favor de Asdrúbal Mendes da Silva e Wilson Roberto Aradi, ambos condenados, por homicídio qualificado, à pena de 12 anos de reclusão cada, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que os pacientes foram denunciados perante a Justiça Militar por homicídio qualificado. Em função do extravio dos autos na Justiça Castrense, foram eles restaurados e, em razão do advento da Lei n. 9.299/1996, encaminhados à Justiça Comum, onde a denúncia foi recebida e aditada.

Busca o impetrante o reconhecimento da nulidade do processo por inépcia da denúncia pela péssima qualidade da cópia juntada aos autos, pela não

fundamentação do recebimento da peça inaugural e de seu aditamento, bem como pela ausência de defensor no interrogatório de um dos pacientes.

A liminar foi indeferida à fl. 61.

Notificados, prestaram informações a Juíza da 2ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo (fls. 141-147) e o Tribunal de origem (fl. 150-151).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 193-200), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Por primeiro, em relação a inépcia da denúncia pela alegação de ser ela parcialmente ilegível e de ausência de fundamentação nas decisões que receberam a denúncia e o seu aditamento, tenho que os pedidos não merecem acolhimento.

Nesse ponto, constata-se que a defesa do paciente, após ser devidamente intimada da sentença de restauração dos autos, bem como da sentença de pronúncia, deixou de se insurgir contra os referidos provimentos, não lhe sendo lícito, agora, quando estas matérias já se encontram preclusas, querer ressuscitar a discussão sobre estes temas.

Vejam-se:

**A** - Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado tentado. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inexistência. Prolação de sentença de pronúncia. Recebimento da inicial acusatória. Fundamentação. Inexigibilidade. Precedentes. Recurso desprovido.

1. Não é inepta a denúncia que descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência do crime em tese, sustentando o eventual envolvimento do acusado com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, sendo-lhe plenamente garantido o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Após a superveniência de sentença de pronúncia, acolher a alegação de inépcia da exordial acusatória, sobretudo quando fundada na validade do conjunto probatório contido nos autos, como no caso, implica desconstituir o entendimento da instância ordinária sobre a ocorrência do crime e a existência de indícios de autoria, descabido na estreita via do *habeas corpus*.

3. O Superior Tribunal de Justiça, perfilhando-se ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento de inexigibilidade de fundamentação material do despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória. Precedentes.

4. Recurso desprovido.

(RHC n. 24.730-RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 11.10.2010).

**B - Habeas corpus.** Moeda falsa. Inépcia da denúncia. Improcedência. Peça que descreve satisfatoriamente a conduta atribuída ao paciente, possibilitando o exercício da ampla defesa. Superveniência de sentença, confirmada em sede de apelação. Cerceamento de defesa. Improcedência. Regularidade das intimações.

1. A alegação de inépcia da denúncia perde força diante da existência de sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal de origem, que se limitou a adequar a reprimenda antes fixada.

2. Afora disso, tem-se que a peça acusatória descreve satisfatoriamente os fatos imputados ao ora paciente, possibilitando a sua efetiva defesa. De se ver que há alusão a todo o *iter criminis*, com o delineamento da conduta atribuída ao paciente, desde as tratativas levadas a efeito com um corrêu, responsável por inserir o numerário falsificado em circulação no Estado de Minas Gerais. Assim, inexistente a mácula apontada.

3. Descabe falar em cerceamento de defesa quando não evidenciada qualquer irregularidade em relação à efetivação das intimações e do prejuízo porventura sofrido pelo acusado.

4. No caso, consta que a defesa técnica foi regularmente intimada via imprensa oficial, nos moldes determinados pelo art. 370, § 1º, do CPP.

5. Ordem denegada.

(HC n. 74.799-MG, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe 02.08.2010).

**C - Criminal.** HC. Homicídios qualificados. Interrogatório. Cerceamento de defesa. Nulidade. Não-ocorrência. Réu cientificado das garantias constitucionais. Ato realizado anteriormente à Lei n. 10.792/2003. Sentença de pronúncia. Excesso de linguagem. Esgotamento das vias adequadas. Preclusão. Nulidade do libelo. Quesitação sobre participação não-formulada aos jurados. Falta de questionamento no momento oportuno. Preclusão. Ilegalidade não-evidenciada. Ordem denegada.

(...)

*O paciente deixou transcorrer toda a instrução processual, o julgamento e condenação perante o Tribunal Popular para, apenas nas razões de apelação, reiteradas nesta impetração, argüir a suposta nulidade do interrogatório, sendo forçoso concluir pela sua preclusão.*

*É cediço que eventuais vícios decorrentes da pronúncia devem ser argüidos no momento oportuno, por meio do recurso próprio, que foi regularmente manejado pela defesa e desprovido pelo Tribunal a quo.*

*Evidenciada a exaustão das vias adequadas à impugnação da pronúncia, que foi mantida em todas as oportunidades, resta evidenciada a preclusão da matéria. Precedentes.*

(...)

Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade na quesitação ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada. Precedentes.

Ordem denegada.

(HC n. 52.370-SP, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJU de 05.06.2006, p. 304).

Eventuais vícios ocorridos antes da sentença de pronúncia deveriam ter sido argüidos no momento oportuno, ou seja, na fase de alegações finais. Da mesma forma, inexistindo interposição de recurso próprio contra a pronúncia, fica preclusa a matéria relativa a vícios anteriores ou nela constante. Não constando dos autos qualquer irresignação da defesa nesse sentido, não há como acolher essa parte do pedido.

Ainda que assim não fosse, extraí-se dos autos que foi perfeitamente possível individualizar as condutas imputadas aos pacientes, como bem destacado no parecer do Ministério Público Federal, de maneira que restou plenamente assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, tanto que, ao prestar informações no presente *writ*, disse a Juíza de primeiro grau:

Narra a denúncia que no dia 22 de agosto de 1988, por volta das 21h30min, os policiais, ora pacientes, Cabo Asdrúbal e Soldado Aradi, em patrulhamento com a viatura policial, avistaram quatro rapazes e decidiram abordá-los. Com a aproximação da viatura policial, os rapazes correram, separando-se. Assim, referidos policiais passaram a perseguir as vítimas Jefferson e Arnaldo, os quais se dirigiram a um matagal.

Em apoio a tais policiais, chegou a viatura Comando de Força Patrulha composta pelos 1º Tenente Torre, 3º Sargento Sotto Maior, Soldados Tomás Antônio Domingos e Florisvaldo José Neves. De imediato, o 1º Tenente e o paciente ingressaram no matagal, enquanto os demais componentes da guarnição se dirigiram à outra extremidade para fazer o cerco aos rapazes.

Já no interior do matagal, os policiais da guarnição da Força Patrulha se encontraram com os *pacientes Cabo Asdrúbal e Soldado Aradi*, os quais, por sua vez, já tinham localizado e detido o menor Jefferson. Todos os policiais decidiram,

então, matar o rapaz e efetuaram contra ele disparos de arma de fogo, causando-lhe ferimentos que ocasionaram a sua morte. Para tanto, o 1º Tenente fez uso de uma sub-metralhadora e os demais policiais, de revólveres calibre 38 apreendidas e periciadas.

A vítima foi socorrida *pela guarnição composta pelos ora pacientes* e no caminho para o Hospital Mandaqui o veículo sofreu uma falha mecânica e o “socorro” acabou sendo feito por uma guarnição, tendo Jefferson já chegado morto ao hospital.

Consta ainda da denúncia que, enquanto ocorria o crime acima narrado, para o local também se dirigia uma outra viatura com os policiais Claudinei Gomes e Francisco de Assis Carlos Pereira, motorista. Ocorre que, no percurso ao local do crime, esta viatura, por imprudência do motorista, tombou resultando em ferimentos em ambos os policiais. Referidos policiais foram socorridos ao mesmo Hospital Mandaqui, para onde a vítima Jefferson havia sido levada, onde já se encontravam os Policiais 1º Tenentes Torres e Celso de Campos Marini.

Ciente do acidente ocorrido com a viatura dos policiais Claudinei e Francisco e pensando que o 1º Tenente Torres tivesse tido uma ocorrência de resistência seguida de morte, o 1º Tenente Marini sugeriu que fosse retirado um pneu do veículo acidentado e contra ele desferiu disparo com um revólver calibre 38, de modo que os componentes desta guarnição deveriam relatar que o disparo foi efetuado pela vítima outrora apresentada no mesmo Pronto Socorro.

O 1º Tenente Torres apresentou à autoridade policial um revólver calibre 32, para simular a resistência oferecida pela vítima Jefferson, entretanto, referida arma já havia sido apreendida pelo próprio policial, dois meses antes dos fatos, quando se encontrava em patrulhamento na Rua Maria Antônia Martins, Jardim Peri, nas proximidades da Favela Sucupira.

Consta da denúncia, por fim, que o 1º Tenente Torres e *os ora pacientes Cabo Asdrúbal e Soldado Aradi*, agindo com unidade de propósitos, ofenderam a integridade física de Arnaldo Tavela Alves, provocando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Esta vítima estava na companhia de Jefferson e foi detido por outra guarnição e levado à presença do 1º Tenente Torres, no Hospital Mandaqui. Do hospital foi novamente levado ao matagal, onde ocorreu o crime de homicídio de Jefferson, a pretexto de localizar a suposta arma utilizada na alegada resistência, sendo lá agredido pelos *pacientes Asdrúbal, Aradi* e pelo 3º Sargento Sotto Maior, sendo despidido e obrigado a procurar pela arma que não foi localizada (fls. 138-144).

Constata-se, portanto, que, mesmo diante da baixa qualidade da cópia da denúncia, decorrente do extravio e restauração dos autos principais, foi perfeitamente possível delinear as condutas pelas quais os pacientes foram acusados, inexistindo qualquer reparo, nesse ponto, a ser aqui realizado.

No tocante a alegação de ausência de defensor no interrogatório do acusado Wilson Roberto Aradi, não há como conhecer desse pedido do impetrante, pois o tema não foi submetido ou apreciado perante o Tribunal Estadual, motivo pelo qual não vejo como possa ser enfrentado por esta Corte Superior, vedada a supressão de instância.

Com efeito, verifica-se que o acórdão atacado versou tão somente sobre a preliminar de inépcia da denúncia e sobre a alegação de que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária a prova dos autos (fls. 32-34).

Por outro lado, não há que se falar na possibilidade de conhecimento da questão relativa a falta de defesa técnica no interrogatório em função do efeito devolutivo amplo da apelação, pois trata-se de recurso contra decisão do Tribunal do Júri, devendo ser observado o Enunciado n. 713 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

Dessa forma, inexistindo manifestação sobre a tese apresentada nesta Corte, não há como conhecer do *mandamus* conforme nossa pacífica jurisprudência.

Vejam-se:

*Habeas corpus*. Penal. Crimes de homicídio qualificado, ocultação de cadáver, roubo circunstanciado, atentado violento ao pudor, estupro e quadrilha armada. Condenação. Pretendida absolvição pelo crime de quadrilha. Apelação não conhecida.

1. Não comporta conhecimento a impetração, na medida em que o Tribunal *a quo* não se manifestou acerca da matéria suscitada em suas razões. O exame das alegações, nessa oportunidade, configuraria vedada supressão de instância.

2. A despeito da orientação desta Corte no sentido de ser possível, na via do *habeas corpus*, conhecer de matéria não apreciada pelo acórdão proferido em apelação criminal, dado o efeito devolutivo amplo desse recurso, o mesmo entendimento não se aplica à apelação interposta contra decisão proveniente do Tribunal do Júri, uma vez que, a teor do Enunciado n. 713 da Súmula do Excelso Pretório, "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição". Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 121.365-RJ, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 17.12.2010).

**B - Criminal.** HC. Homicídio triplamente qualificado. Tribunal do Júri. Nulidade. Suspeição do juiz que presidiu as sessões do Tribunal Popular. Matéria já analisada em sede de RHC interposto perante esta Corte. Vício na quesitação. Elaboração dos quesitos. Supressão de instância. Não-conhecimento. Nulidades não analisadas pelo Tribunal *a quo*. Súmula n. 713 do STF. Ausência de arguição. Preclusão. Nulidade relativa. Exclusão qualificadoras. Improriedade do meio eleito. Ordem parcialmente conhecida, e, nessa extensão, denegada.

I. No que tange à apontada suspeição do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, tratando-se de matéria já analisada por esta Corte em recurso ordinário anteriormente interposto, configura-se a inadmissível reiteração, razão pela qual não se conhece do *writ* quanto ao tema.

II. Hipótese em que a alegada nulidade dos quesitos não mereceu análise pelo Tribunal *a quo*, que apenas considerou que a decisão do Conselho de Sentença está em consonância com as provas produzidas nos autos, tendo dado provimento ao apelo tão-somente para reduzir a pena fixada no édito condenatório.

III. O recurso de apelação de decisão do Júri tem caráter restrito, razão pela qual o Tribunal *ad quem* só pode conhecer das alegações suscitadas na irresignação, a teor da Súmula n. 713, do Supremo Tribunal Federal.

IV. O art. 479 do Código de Processo Penal é expresso ao dispor que, lidos os quesitos, o Julgador indagará às partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, o que deve ser efetivado na ocasião, registrando-se em ata o requerimento ou reclamação não atendida.

V. Em se tratando de suposta nulidade ocorrida em Plenário do Júri, a arguição deveria ter se realizado na própria Sessão, sob pena de ser considerada sanada, e não tendo havido a oportuna irresignação do patrono do recorrente, incabível qualquer questionamento posterior de vício na quesitação, diante de sua preclusão.

VI. As qualificadoras só podem ser excluídas em casos excepcionalíssimos, quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, sendo que o *habeas corpus* é meio impróprio para tal análise, eis que envolveria reexame do conjunto fático-probatório.

VII. Ordem parcialmente conhecida, e, nessa extensão, denegada.

(HC n. 71.820-MG, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJU de 25.06.2007).

Ainda que superado tal óbice, verifica-se que o interrogatório dos pacientes ocorreu em 04 de julho de 2002 (fls. 40-43), ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 10.792/2003, época em o interrogatório era ato personalíssimo do Juiz, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal, conforme inúmeros precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Confram-se:

**A** - Penal e Processo Penal. Recurso especial. Nulidade por ausência de defensor no interrogatório do réu. Inocorrência. Ato realizado antes da entrada em vigor da Lei n. 10.792/2003. Ato personalíssimo do magistrado. Nulidade por ausência dos acusados na oitiva de testemunhas. Juízo deprecado. Não demonstração de prejuízo. *Pas de nullité sans grief*. Recurso especial a que se dá provimento.

1. Não há se falar em nulidade do interrogatório, pela ausência do defensor do réu, antes da entrada em vigor da Lei n. 10.792/2003.

2. A ausência do réu na audiência de oitiva de testemunhas realizadas por precatória constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo.

3. Recurso especial a que se dá provimento, para afastar a ocorrência das nulidades reconhecidas pelo Tribunal de origem.

(REsp n. 877.905-SP, Relatora a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, DJe de 29.11.2010).

**B** - *Habeas corpus*. Estupro. Interrogatório judicial realizado antes da Lei n. 10.792/2003, sem a presença de defensor. Ato personalíssimo do juiz. Inexistência de nulidade. Deficiência da defesa. Paciente devidamente assistido por defensor nomeado durante toda a fase cognitiva. Prejuízo não demonstrado. Aplicação da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal. Audiência de instrução sem a presença do denunciado. Nulidade. Inexistência. Ordem denegada.

1. O interrogatório judicial, antes da vigência da Lei n. 10.792/2003, consistia em ato personalíssimo do magistrado, que não estava sujeito ao contraditório, o que obstava a intervenção da acusação ou da defesa. Assim, a ausência de defensor no interrogatório judicial não caracterizava qualquer nulidade, segundo o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Não há como reconhecer nulidade no processo-crime, em razão da deficiência de defesa na instrução criminal, porquanto não restou configurado, na espécie, de forma concreta e efetiva, prejuízos ao Paciente em decorrência da participação do defensor primitivo no processo. Incidência da Súmula n. 523, do Supremo Tribunal Federal.

(...)

4. A ausência do réu na inquirição de testemunhas constitui nulidade relativa e, ao contrário do que sustenta o Impetrante, a ata da audiência afirma que o Defensor do réu se fez presente ao ato processual. Portanto, reconhecer a aventada nulidade demanda amplo reexame dos fatos e das provas, inviável em sede de *habeas corpus*, até mesmo porque o constrangimento não foi suscitado na instância ordinária ou, tampouco, objeto de exame pela Corte *a quo*.

5. Ordem denegada.

(HC n. 106.884-MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe 07.06.2010).

**C - Ação Penal.** Ato processual. Interrogatório. Realização antes do início de vigência da Lei n. 10.792/2003, que deu nova redação aos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal. Comparecimento da ré, sem a presença de defensor. Nulidade inexistente. Irretroatividade das normas processuais. HC indeferido. Aplicação do art. 2º do CPP. A lei processual que dá nova disciplina ao interrogatório não se aplica ao que tenha sido realizado antes do início de sua vigência.

(STF - HC n. 83.836, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJU de 23.09.2005).

Pelos diversos fundamentos acima expostos, conheço em parte do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denego a ordem.

É como voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 152.590-SP (2009/0216467-7)

---

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Alexssandro Rezende da Silva

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Luiz Alexandre Pereira Monteiro Rodrigues (preso)

---

#### EMENTA

*Habeas corpus*. Posse ilegal de arma de uso restrito com numeração suprimida. Pleito de reconhecimento da *abolitio criminis* temporária. Inviabilidade. Local caracterizado como reduto de tráfico de drogas. Afastamento da *mens legis*.

1. Segundo o art. 32 da Lei n. 10.826/2003 – com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 417, de 31.01.2008 (posteriormente convertida na Lei n. 11.706/2008) –, o prazo para entrega de armas de fogo à autoridade policial foi estendido até o dia 31.12.2008. Com isso, ocorreu a *abolitio criminis* temporária para

os delitos de posse de arma ou munições cometidos até essa data. Precedentes.

2. No caso dos autos, descabe falar em *abolitio criminis*, pois o local em que houve a apreensão da arma e das munições era ponto de tráfico de drogas e a arma servia para dar proteção aos meliantes, circunstâncias que não permitem a incidência da descriminante.

3. De se ver que também houve a apreensão de variados entorpecentes - cocaína e maconha - sendo o paciente condenado pelo delito previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

4. Não fosse isso, além de a arma ser de uso restrito, encontrava-se com a numeração suprimida, o que evidencia a ausência de boa-fé do paciente, tal qual aludido pelo Tribunal de origem.

5. Ordem denegada.

## 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, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 03 de maio de 2011 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

---

DJe 16.05.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Luiz Alexandre Pereira Monteiro Rodrigues contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem lá impetrada.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo.

Segundo a peça acusatória, os agentes do Estado, a partir de denúncia anônima, tiveram notícia de que a residência do ora paciente funcionaria como ponto de venda de drogas. Ao chegar no dito local, foram encontradas porções de cocaína (uma) e de maconha (vinte e seis), além de uma pistola calibre 6.35 com numeração suprimida, além de 22 (vinte e duas munições).

Ao final da instrução, sobreveio sentença condenando-o à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mais 177 (cento e setenta e sete) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação. Concomitantemente, impetrou *habeas corpus*, pugnando pelo reconhecimento da atipicidade da conduta referente à Lei de Armas e, subsidiariamente, pugnou pela modificação do regime prisional e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Denegada a ordem, foi impetrado este substitutivo de recurso ordinário, mediante o qual se reitera a tese de *abolitio criminis* temporária, que afastaria a imputação referente ao delito de posse ilegal de arma.

Em 26.11.2009, indeferi a liminar.

Prestadas as informações, os autos seguiram ao Ministério Público Federal, que, em parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral Lindôra Maria Araújo, opinou pela denegação da ordem (fls. 203-207).

Últimas notícias dão conta de que, na origem, foi apreciado o apelo defensivo, oportunidade em que o recurso foi parcialmente provido, com o estabelecimento do regime aberto para o início da expiação.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Como visto, após a impetração deste *writ*, houve o julgamento da apelação, quando a matéria aqui suscitada – *abolitio criminis* temporária em relação ao delito de posse ilegal de armas – foi examinada.

Digo isso porque no *habeas corpus* originário tal tese não foi apreciada exatamente por conta da pendência do recurso de apelação, sede própria para análise de questões que demandem o revolvimento de provas.

Por ocasião do julgamento, escreveu o Eminentíssimo Relator:

Em 19 de junho de 2008 foi sancionada a Lei n. 11.706, que converteu em lei a medida provisória supramencionada.

Desse modo, o prazo de cento e oitenta dias anteriormente estabelecido pela Lei n. 10.826/2003, que já havia sido prorrogado pelas Medidas Provisórias n. 174/2004 (convertida na Lei n. 10.884/2004); n. 229/2004 (convertida na Lei n. 11.118/2005) e n. 253, de 22 de junho de 2005 (convertida na Lei n. 11.191/2005), passou a ser indeterminado com a edição da Medida Provisória n. 417/2008 (convertida na Lei n. 11.706/2008).

Com isso, a conduta de possuir arma de fogo no interior da residência ou dependências desta, assim como no local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal da empresa, presentes a boa-fé do agente, não será responsabilizada a qualquer título.

*A alteração legislativa, que visou essencialmente a retomada de campanhas de desarmamento da população, não deve servir em benefício do réu dada a total ausência de boa-fé.*

Verifica-se que a intenção do legislador ao aprovar a medida não foi a de retirar a responsabilidade penal dos possuidores de armas de fogo, permitindo a posse ilegal de tais artefatos. Ao revés, pretendeu-se com a inovação legislativa dar continuidade ao processo de retirada de armas daqueles que porventura ainda não tivessem entregado seu artefato nas repartições da Polícia Federal durante a campanha de desarmamento anterior.

*Verifica-se que a extinção da punibilidade não é automática. Imprescindível que a conduta do agente seja analisada em cotejo com as circunstâncias do fato, a demonstrar de maneira inequívoca boa-fé daquele que alega a intenção de entregar a arma aos órgãos públicos responsáveis.*

No caso dos autos, o réu não declinou em qualquer oportunidade a intenção de devolver o artefato, alegando que o recebeu de um traficante (fls. 141-142). Além disso, a numeração da arma encontrava-se parcialmente suprimida, o que, decerto, afasta por completo a existência de boa-fé exigida para o reconhecimento da extinção da punibilidade.

Assim, necessária a manutenção da condenação do apelante pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo com numeração suprimida.

A meu sentir, o entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem não merece reparos.

Segundo o art. 32 da Lei n. 10.826/2003 – com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 417, de 31.01.2008 (posteriormente convertida

na Lei n. 11.706/2008) –, o prazo para entrega de armas de fogo à autoridade policial foi estendido até o dia 31.12.2008. Com isso, ocorreu a *abolitio criminis* temporária para os delitos de posse de arma cometidos até essa data.

Em casos que tais, quando há apreensão de arma ou munição dentro do período abarcado pela *abolitio criminis* temporária na residência (ou equiparado) dos acusados, esta Casa vem reconhecendo a descriminalização da conduta. Por todos, veja-se este precedente:

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Posse ilegal de munição. Apreensão ocorrida em 02.07.2007. *Abolitio criminis* temporária. Inteligência da Lei n. 11.706/2008. Matéria não submetida ao crivo do Tribunal de origem. Supressão de instância. Inocorrência. Recurso de apelação. Efeito devolutivo amplo.

1. Ainda que a questão não tenha sido submetida ao crivo do Tribunal de origem, não há falar em supressão de instância quando já julgado o recurso de apelação, pois este possui amplo efeito devolutivo.

2. Segundo o art. 32 da Lei n. 10.826/2003 – com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 417, de 31.01.2008 (posteriormente convertida na Lei n. 11.706/2008) –, o prazo para entrega de armas de fogo à autoridade policial foi estendido até o dia 31.12.2008. Com isso, ocorreu a *abolitio criminis* temporária para os delitos de posse de arma ou munições cometidos até essa data. Precedentes.

3. No caso dos autos, tem-se que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de posse ilegal de arma ou munições, pois em 02.07.2007, foram apreendidos em sua residência “dois cartuchos íntegros de munição calibre 12, marca CBC”. Logo, tem-se que, à época da apreensão da munição, a conduta atribuída ao paciente não podia ser considerada crime. Impõe-se, em consequência, a sua absolvição.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 136.532-SP, de minha relatoria, DJ de 28.09.2009).

No caso dos autos, porém, a situação é diversa.

A uma, porque o local e a forma da apreensão (lembro: a arma e a munição foram encontradas, juntamente com drogas variadas) se afastam da *mens legis*, que visava alcançar os cidadãos que mantivessem arma – ou munição – em sua residência, e não meliantes na defesa do ponto do tráfico de drogas.

A duas, porque também foram apreendidos entorpecentes, sendo o paciente condenado por tráfico e, segundo as campanas feitas pelos milicianos, o local era palco de intensa mercancia das drogas.

A três, porque, além de a arma ser de uso restrito, encontrava-se com a numeração suprimida, o que evidencia a ausência de boa-fé, aludida no acórdão de apelação.

As peculiaridades dos fatos estão a indicar a impossibilidade de aplicação da *abolitio criminis* temporária em favor do paciente, dado que a sua residência era utilizada como antro de malfeitores para guarda de substâncias entorpecentes, armas e munições.

Em casos análogos, esta Corte vem assim decidindo:

*Habeas corpus*. Art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003. *Abolitio criminis*. Incidência somente se a arma estiver na residência ou no trabalho do acusado. Hipótese diversa. Sítio utilizado para desmanche de veículos. Revólver que serviu para o cometimento de roubo. Ordem denegada.

1. É pacífica a compreensão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, com o advento da Lei n. 10.826/2003, operou-se a *abolitio criminis* temporária para os crimes de posse de arma de fogo, assim entendidos aqueles em que a arma estava guardada na residência ou no local de trabalho do acusado.

2. Tratando-se de hipótese em que o paciente utilizava seu sítio para o desmanche de veículos roubados, local onde foram apreendidas diversas armas, de uso permitido e restrito, o que levou à sua condenação também por receptação, além de haver notícia de que um revólver havia sido emprestado a um terceiro para o cometimento de crime de roubo, impossível reconhecer a descriminalização da conduta.

3. Ordem denegada.

(HC n. 87.569-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08.03.2010).

*Habeas corpus*. Posse ilegal de arma de fogo e de munição. *Abolitio criminis* temporária. Impossibilidade de reconhecimento. Condenação por associação para o tráfico. Armamento de grosso calibre que visava a defesa dos pontos de venda de drogas. Penas-bases fixadas acima do mínimo legal. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. Segundo o art. 32 da Lei n. 10.826/2003 – com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 417, de 31.01.2008 (posteriormente convertida na Lei n. 11.706/2008) –, o prazo para entrega de armas de fogo à autoridade policial foi estendido até o dia 31.12.2008. Com isso, ocorreu a *abolitio criminis* temporária para os delitos de posse de arma ou munições cometidos até essa data. Precedentes.

2. No caso dos autos, descabe falar em *abolitio criminis*, pois se trata de organização criminosa voltada para a prática de tráfico de entorpecentes, e que

se utilizava do armamento apreendido com a finalidade de não perder o domínio dos pontos de vendas de drogas para seus rivais do tráfico.

3. Há de se salientar, ainda, a condenação do paciente por associação para o tráfico e o alto poder de fogo conferido ao armamento apreendido, o que torna a hipótese em comento ainda mais distante da *mens legis* perseguida com a descriminalização temporária.

(HC n. 141.075-MG, de minha relatoria, DJe de 28.06.2010).

Diante do exposto, entendo existir justa causa para a persecução criminal e voto pela denegação da ordem.

---

#### **HABEAS CORPUS N. 156.205-SP (2009/0239184-3)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Adalto Ferreira Sota

Impetrado: Não indicado

Paciente: Adalto Ferreira Sota (preso)

Advogado: João Maciel de Lima Neto

Paciente: Érika Cristina Gardenghi (presa)

Paciente: Kátia Elizabeth Paulino (presa)

Advogado: Rafael Ramia Muneratti - defensor público

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Indeferimento. Ausência de fundamentação.

1. De acordo com a reiterada jurisprudência da Sexta Turma, a prisão cautelar, medida de caráter excepcional, deve ser imposta ou mantida apenas quando atendidas – mediante decisão judicial devidamente fundamentada – as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Também de acordo com o posicionamento da Sexta Turma, a hediondez do delito e a vedação abstrata do art. 44 da Lei n.

11.343/2006 não impedem, por si sós, a concessão da liberdade provisória, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso, no qual já foi deferida a liminar e as instâncias ordinárias, efetivamente, em nenhum momento indicaram elementos concretos a justificar a manutenção e a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado.

3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, deferir liberdade provisória ao paciente se por outro motivo não estiver preso.

### 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 de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 22.08.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de *Adalto Ferreira Sota, Érika Cristina Gardenghi e Kátia Elizabeth Paulino* - presos em flagrante, acusados dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas, alegando-se constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem lá impetrada. O impetrante João Maciel de Lima Neto formulou, posteriormente, pedido de medida liminar, somente em favor do paciente Adalto Ferreira Sota, para que ele seja colocado em liberdade, tendo em vista que já concedida a liberdade provisória em favor das pacientes Érika Cristina Gardenghi e Kátia Elizabeth Paulino.

Alega-se, em suma, que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, pois tanto a decisão que indeferiu a liberdade provisória

quanto o acórdão impugnado não teriam demonstrado, com fundamentação concreta, as razões motivadoras da segregação cautelar.

A liminar foi deferida (fls. 203 a 205).

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem “tão-somente em relação ao paciente Adalto Ferreira Sota, tendo em vista que já foi concedida a liberdade provisória em favor das pacientes Érika Cristina Gardenghi e Kátia Elizabeth Paulino” (fl. 218).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Como relatado, postula-se com o presente *habeas corpus* a revogação da prisão preventiva, ao entendimento de que não estão presentes os seus requisitos, pois tanto a decisão que indeferiu a liberdade provisória quanto o acórdão impugnado não teriam demonstrado, com fundamentação concreta, as razões motivadoras da segregação cautelar.

O pedido de liberdade provisória foi indeferido, no Juízo de primeiro grau, com relação ao paciente Adalto Ferreira Sota, nos seguintes termos (fl. 125):

[...]

O artigo 44 da nova Lei de Tóxicos veda a concessão de liberdade provisória a autores de crimes hediondos, salientando que não foi revogado pela Lei n. 11.434/2007 em decorrência do princípio da especialidade, daí porque o pedido de liberdade provisória é inoportuno.

Ademais, cuida-se de crime de extrema gravidade, causador de insegurança social, o que reforça a conclusão de que a manutenção da custódia cautelar mostra-se imprescindível para a manutenção da ordem pública.

[...]

No julgamento do HC n. 990.09.308567-4, o Tribunal de origem manteve o indeferimento da liberdade provisória (fl. 197):

[...]

A conduta imputada ao paciente, evidentemente, traz perigo à ordem pública. São prejudiciais as consequências do tráfico ilícito de drogas, delito que desencadeia muitos outros no dia a dia. Portanto, entende-se que presentes estão os requisitos da prisão preventiva, conforme previsão do artigo 312 do Código de

Processo Penal, impedindo a incidência do artigo 310 do mesmo estatuto, para a concessão da liberdade provisória.

[...]

Como se pode constatar dos trechos transcritos, não foram apresentados, nem em primeiro nem em segundo grau, motivos concretos a fundamentar a manutenção da prisão cautelar do paciente.

Ressalto que o Magistrado singular indeferiu o pedido de liberdade provisória, formulado em favor do paciente, com fundamento apenas na gravidade abstrata do crime e na vedação da liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (fl. 125).

Ocorre que, conforme precedentes desta Corte (HC n. 118.649-PR, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), DJ 02.02.2009; HC n. 110.917-RJ, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 19.12.2008), a vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime, nem em meras conjecturas e nas suas consequências sociais.

Verifico, ainda, que esta Sexta Turma tem firmado o entendimento segundo o qual, ainda que se trate de delito de tráfico, a Lei n. 11.464/2007, ao suprimir do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.

A propósito:

*Habeas corpus.* Tráfico de entorpecentes. Associação para o tráfico. Prisão em flagrante. Ausência de requisitos do artigo 302. Inocorrência. Liberdade provisória. Vedação legal. Gravidade abstrata do delito. Fundamentação inidônea. Ordem concedida.

1- Não há irregularidade na prisão em flagrante de agente penitenciário, que acaba de cometer delito, por facilitar a entrada no presídio de entorpecentes, que foram logo em seguida encontrados com um interno.

2 - A Lei n. 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei n. 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva. Precedentes desta 6ª Turma.

3 - A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória do paciente deve ser devidamente fundamentada com dados objetivos do processo, sob pena de lhe causar ilegal constrangimento.

4 - A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, meras conjecturas de continuação da atividade delituosa e sentimento social de impunidade, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculada de qualquer fator concreto.

5 - Se não estão presentes os elementos fáticos, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular.

6 - Ordem concedida.

(HC n. 112.776-MS, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), DJe 13.10.2008 – grifo nosso).

Menciono, ainda, os seguintes precedentes:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante. (1) Liberdade provisória. Indeferimento. Fundamentação. Ausência. (2) Prévio *writ*. Acréscimo de outros fundamentos para segregação. Impossibilidade. (3) Segregação que perdura por mais de 02 anos 06 meses sem a formação da culpa. Excesso de prazo. Ordem concedida.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. *In casu*, nota-se a ausência de fundamentação concreta para a incidência da medida excepcional, sendo a paciente primária e pequena a quantidade de droga apreendida.

2. A Lei n. 11.464/2007 possibilitou, ao alterar o artigo 2º, II, da Lei n. 8.072/1990, a concessão da liberdade provisória em face dos delitos tidos por hediondos ou equiparados, não incidindo, assim, o óbice previsto no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006.

3. Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente nos autos da Ação Penal n. 029.08.002422-8, da Vara Criminal do Comarca de Naviraí-MS, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sob pena de revogação da medida.

(HC n. 186.344-MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08.06.2011).

Agravo regimental no recurso especial. Penal. Tráfico de drogas. Prisão cautelar. Necessidade de fundamentação com base em fatores concretos. Liberdade provisória. Possibilidade.

1. É de ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos, pois a Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.464/2007, a qual alterou a redação do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A hediondez do delito e a vedação abstrata do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 não impedem, por si só, a concessão do citado benefício.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.198.320-RS, Ministro Og Fernandes, DJe 04.04.2011).

Não desconheço, porém, a divergência existente entre a Sexta e a Quinta Turma acerca da idoneidade da negativa de liberdade provisória com base no art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Vejam-se estes precedentes da Quinta Turma: HC n. 144.738-MG, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15.03.2010, e HC n. 150.662-GO, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 15.03.2010. Tampouco ignoro que a Terceira Seção, ao apreciar questão de ordem suscitada pelo Ministro Felix Fischer, acabou por denegar, por maioria, a ordem no HC n. 76.779-MT, no qual se discutia tal questão.

Também ressalto que a matéria, de igual modo, não se encontra pacificada no Supremo Tribunal Federal, conforme o HC n. 98.746-MG, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 12.03.2010, e o HC n. 101.505-SC, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 12.02.2010. O tema está para ser decidido em razão de repercussão geral (RE n. 601.384-RS) e do HC n. 104.339-SP, afetado ao Plenário.

Já ocorrendo, no caso em apreço, o deferimento da medida liminar pelo eminente Ministro Celso Limongi (fls. 203 a 205), por ora, vou seguir a jurisprudência adotada nesta Sexta Turma, ressaltando que as instâncias ordinárias, efetivamente, em nenhum momento indicaram elementos concretos a justificar a manutenção e a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado.

Convém consignar que, de acordo com a denúncia (fl. 122), foram apreendidos com os réus aproximadamente 250g de cocaína.

Ante o exposto, confirmo a liminar e *concedo* a ordem para deferir liberdade provisória a Adalto Ferreira Sota, nos autos da Ação Penal n. 597.01.2009.010416-1, Controle n. 1.676/09, da Vara Criminal de Sertãozinho-SP, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado.

---

**HABEAS CORPUS N. 186.161-RS (2010/0177021-0)**

---

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos - defensora pública

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

Paciente: Adroaldo Santos da Rosa

---

**EMENTA**

Penal. *Habeas corpus*. Execução. Falta grave. Nulidade no PAD - Processo Administrativo Disciplinar. Inocorrência. Contraditório e ampla defesa respeitados. Paciente ouvido na fase judicial com assistência de defesa técnica. Ausência de prejuízo. Interrupção de prazo para concessão de novos benefícios. Inexistência de previsão legal. Ordem parcialmente concedida.

1. Não resta configurado qualquer prejuízo ao apenado se antes da homologação da falta grave é assegurado a ele o direito de ser ouvido em audiência de justificação, realizada em juízo com assistência de defesa técnica, no caso prestada pela Defensoria Pública, inexistindo a alegada nulidade por violação à ampla defesa ou ao contraditório.

2. Segundo a pacífica jurisprudência desta Corte a realização do PAD pode, inclusive, ser dispensada, não havendo que se falar, portanto, na existência de nulidade ocorrida nesta fase preliminar de apuração, se na fase judicial do processo é assegurada a garantia ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

3. Muito embora a prática de falta grave possa acarretar a regressão de regime prisional e a perda dos dias remidos, nos termos dos artigos 118 e 127, ambos da Lei n. 7.210/1984, a Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC n. 123.451-RS, firmou compreensão no sentido de que ela não deve ser considerada marco interruptivo para a contagem de prazos para obtenção de futuros benefícios da execução.

4. *Habeas corpus* concedido, em parte, para determinar que não haja interrupção da contagem do prazo de cumprimento de pena.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 02 de junho de 2011 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),  
Relator

---

DJe 15.06.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Adroaldo Santos da Rosa, condenado como incurso no artigo 155, § 4º, IV c.c. o art. 14, II (duas vezes), e artigo 155, § 4º, I c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 04 anos, 06 meses e 03 dias de reclusão, em regime fechado, e multa, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao agravo da defesa, mantendo a decisão do Juiz das Execuções que, reconhecendo a prática de falta grave pelo paciente no curso da execução, determinou a alteração da data-base para a obtenção de futuros benefícios.

Inicialmente, a impetrante alega haver nulidade no procedimento administrativo disciplinar uma vez que o paciente não foi assistido no curso do procedimento por meio de defesa técnica.

Busca, assim, seja cassada a decisão do Juiz das Execuções, sustentando que “fazendo análise na legislação, verifica-se que não há qualquer previsão para a alteração da data-base, quando não há condenação por prática de crime posterior ao início da execução da pena” (fl. 03).

A liminar foi indeferida à fl. 130.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 137-141), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): No tocante a alegação de nulidade no Processo Administrativo Disciplinar, disse o acórdão atacado:

Em concreto, todavia, não se verifica qualquer nulidade a macular o Procedimento Administrativo Disciplinar a que foi submetido apenado.

Ao contrário, foram obedecidos todos os preceitos contidos no Regimento Disciplinar Penitenciário do RS, quanto à instauração do procedimento disciplinar.

(...)

Ao que se infere do processo, o reeducando foi devidamente notificado acerca dos fatos que lhe foram imputados, bem como cientificado da data e local da audiência de instrução (fl. 15 v).

Também foi notificada, naquela mesma ocasião, a Monitora Penitenciária Dra. Elza T. Luz de Oliveira, a qual assistiu o preso durante a audiência, perante o Conselho Disciplinar, quando o apenado teve a oportunidade de justificar-se (fl. 16).

Após isso e antes da conclusão emitida pelo Conselho manifestou-se a Monitora Penitenciária pela absolvição, pela atipicidade da conduta, porque o acusado confessou a infração, ou, alternativamente requerendo a consideração da atenuante prevista no art. 17 do RDP (fls. 16).

De sorte que não se visualiza o prejuízo alegado, a macular o procedimento de apuração da falta.

Ademais, qualquer irregularidade que pudesse ter havido restou suprida pela ouvida judicial, quando o reeducando, acompanhado da Defensoria Pública, novamente confirmou que proferiu palavras de baixo calão contra o agente, mas que se desculpou posteriormente (fl. 28).

Não é possível, diante de tal desenrolar, entender pela existência de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o preso, deixando de indicar defensor, foi devidamente assistido por profissional da área, tendo a Defensoria Pública se manifestado antes da deliberação judicial sobre a falha (fl. 108-109).

Como visto, inexistente o alegado constrangimento ilegal, pois se verifica pelo acórdão atacado que não sobreveio qualquer prejuízo ao apenado, uma vez

que, antes da homologação judicial da falta grave, foi ele ouvido em juízo com assistência de defesa técnica por parte da Defensoria Pública, assegurado, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório, encontrando-se o julgado em perfeita harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior.

Vejam-se os precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte:

**A - Habeas corpus.** Execução penal. Falta grave. Fuga. PAD. Violação do direito de defesa. Inocorrência. Interrupção do prazo para obtenção de benefícios pelo condenado. Progressão de regime. Cabimento. Livramento condicional, indulto e comutação de penas. Ausência de previsão legal. Ilegalidade. Ordem parcialmente concedida.

1. *Verifica-se dos autos que o Paciente foi submetido à audiência de instrução, na presença de sua advogada, que posteriormente apresentou defesa escrita, tendo sido cientificado de seus direitos, reservando-se, entretanto, o direito de permanecer calado. Assegurados o contraditório e a ampla defesa, é o caso de se afastar as alegadas nulidades no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar. Ademais, não deve ser declarada a nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega, como no caso em exame, em decorrência da incidência do princípio pas de nullité sans grief.*

2. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula n. 441 desta Corte.

3. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do indulto e da comutação de penas se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes.

4. Ordem parcialmente concedida, para restringir a interrupção da contagem do prazo de cumprimento da pena somente para fins de progressão de regime.

(HC n. 190.741-RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 04.05.2011).

**B - Habeas corpus.** Execução penal. PAD. Nulidade. Incabível. Prática de falta grave (fuga). Regressão de regime e perda dos dias remidos. Possibilidade. Reinício dos prazo para a obtenção de futuros benefícios. Ausência de previsão legal.

1. *No âmbito da apuração de falta disciplinar, havendo nova oitiva do apenado na presença de defensor e do órgão ministerial, é incabível a alegada nulidade por cerceamento de defesa.*

2. A partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 123.451-RS, prevalece, na Sexta Turma deste Tribunal, a orientação segundo a qual, por ausência de previsão legal,

na hipótese de prática de falta grave, não há a interrupção do lapso necessário para nova progressão de regime.

3. O cometimento de falta grave dá azo à regressão de regime prisional e à perda dos dias remidos, com esteio no que preceituam, respectivamente, os arts. 118 e 127 da Lei n. 7.210/1984.

4. Ordem parcialmente concedida, tão somente a fim de que a falta grave não seja considerada como marco interruptivo da contagem dos prazos para obtenção dos benefícios da execução penal.

(HC n. 152.348-RS, Relator o Ministro *Og Fernandes*, DJe de 10.05.2010).

**C** - *Habeas corpus*. Execução penal. Falta grave consistente na fuga do estabelecimento prisional, judicialmente reconhecida em audiência de justificação. Inexistência de nulidade decorrente da ausência do PAD nos autos. Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de prejuízo. Reinício da contagem do prazo para a concessão de benefícios que dependam de lapsos de tempo de execução da pena, exceto livramento condicional e comutação de pena. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

*1. Depreende-se dos autos que o paciente foi submetido à audiência de justificativa prévia, na presença do reeducando e de seu procurador, na qual foi judicialmente reconhecida a prática da falta grave, respeitando-se, outrossim, o direito previsto no art. 118, § 2º da Lei n. 7.210/1984, uma vez que foi submetido a interrogatório judicial com apresentação de defesa técnica pela Defensoria Pública do Estado. Portanto, foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, o que afasta as alegadas nulidades decorrentes da ausência do Processo Administrativo Disciplinar. Ademais, no âmbito do processo penal, em homenagem ao princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP e pela jurisprudência na Súmula n. 523-STF, não deve ser declarada a nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega, como no caso em exame.*

2. O cometimento de falta grave pelo apenado determina o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão de benefícios relativos à execução da pena, exceto livramento condicional e comutação de pena. Precedentes do STJ.

3. Parecer do MPF pela denegação do *writ*.

4. Ordem denegada.

(HC n. 177.079-RS, Relator o Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe 28.02.2011).

**D** - *Habeas corpus*. Execução penal. Falta grave. Alegação de nulidade do PAD por inobservância do prazo de conclusão. Alegação de nulidade por afronta ao

princípio do devido processo legal. Interrupção do prazo de cumprimento da pena, pelo cometimento de falta grave. Ordem parcialmente concedida.

*a) Se o paciente foi ouvido antes da abertura do procedimento administrativo e, após a juntada do PAD aos autos, foi aberta vista às partes, houve observância do princípio do devido processo legal.*

b) A nulidade relativa só pode ser reconhecida mediante demonstração do efetivo prejuízo. A defesa não apontou nenhum prejuízo decorrente da conclusão do PAD após o prazo de trinta dias. Ademais, esse prazo é prorrogável, pelo não se divisa nenhuma irregularidade no processo administrativo.

c) A determinação de interrupção do prazo de cumprimento de pena pelo cometimento de falta grave, no entanto, não possui previsão legal, caracterizado o constrangimento ilegal descrito na inicial.

d) Ordem parcialmente concedida, para declarar que o lapso de cumprimento de pena não se interrompe pela prática de falta disciplinar de natureza grave, referendada a liminar.

(HC n. 139.099-RS, Relator o Ministro *Celso Limongi* (Desembargador convocado do TJ-SP), DJe 19.04.2010).

Por outra vertente, cabe destacar que, conforme o pacífico entendimento desta Corte, o aludido Processo Administrativo para apuração de falta disciplinar é prescindível, devendo o Juiz das Execuções assegurar ao apenado o direito ao interrogatório judicial, assistido por defesa técnica, antes da homologação da falta cometida. Dessa forma, se a realização do PAD pode ser, inclusive, dispensada, não há que se falar na existência de nulidade ocorrida nesta fase preliminar de apuração, se, na fase judicial do processo relativo a verificação da ocorrência de falta grave, é assegurado o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

Sobre a inexistência de obrigatoriedade na realização do Processo Administrativo Disciplinar - PAD, vejamos os seguintes precedentes:

**A - Habeas corpus.** Execução de pena. Falta grave. Suposta nulidade. Ausência de homologação do PAD. Desnecessidade. Reinício do prazo exigido à concessão de benefícios. Possibilidade. Exceção quanto à comutação de pena e ao livramento condicional. Perda dos dias trabalhados e ainda não remidos. Tema não debatido pela Corte de origem. Supressão de instância. Ordem conhecida em parte e, no ponto, concedida parcialmente.

*1. Quanto à indicada nulidade decorrente da não homologação do PAD instaurado para apurar a prática da infração disciplinar grave pelo apenado, esta Corte possui entendimento reiterado no sentido de que a Lei de Execução Penal*

*somente exige, quando do reconhecimento da falta, a oitiva prévia do paciente, não reclamando sequer a instauração do aludido Procedimento Administrativo Disciplinar (Precedentes).*

2. A prática de falta grave acarreta a interrupção do prazo para a obtenção de benefícios em sede de execução criminal, salvo no que tange ao livramento condicional (Súmula n. 441-STJ) e à comutação de pena, nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte.

3. A questão referente à impossibilidade de se reputar perdidos os dias trabalhados mais ainda não remidos não foi examinada pelo Tribunal *a quo*, o que leva ao não conhecimento do *writ* neste ponto, evitando-se indevida supressão de instância.

4. Ordem conhecida em parte e, no ponto, concedida parcialmente para afastar a interrupção do prazo necessário ao deferimento dos benefícios mencionados em razão da prática de falta grave.

(HC n. 170.165-RS, Relator o Ministro *Jorge Mussi*, DJe de 14.04.2011).

**B - Criminal. Habeas corpus. Evasão. Falta grave. Audiência de justificação. Cerceamento de defesa não vislumbrado. Perda dos dias remidos e regressão de regime. Ausência de constrangimento ilegal. Interrupção do prazo para concessão de benefícios. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.**

I. Hipótese na qual o Juízo da Vara de Execuções, verificando a prática de falta grave, determinou o retorno do apenado ao regime mais gravoso e a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios para o dia 16.05.2008, data em que esse se evadiu e restou recapturado pela última vez, tendo, ainda, determinado a perda dos dias ainda não declarados remidos.

II. *Não se vislumbra a ocorrência de nulidade nos autos, porquanto a Lei de Execuções Penais não exige a obrigatoriedade de realização do Procedimento Administrativo Disciplinar, sendo, entretanto, imprescindível a realização de audiência de justificação, a fim de que seja dada a oportunidade ao paciente do exercício do contraditório e da ampla defesa (Precedente).*

III. A prática de falta grave, apurada mediante procedimento que garantiu ao apenado o direito à ampla defesa, implica em reinício da contagem do prazo para concessão de benefícios que dependam de lapsos de tempo de desconto de pena, salvo de livramento condicional, nos termos da Súmula STJ n. 441, de indulto ou comutação, sendo que a data-base para a contagem do novo período aquisitivo é a do cometimento da última infração disciplinar grave.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 139.110-RS, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJe de 08.11.2010).

Dessa forma, não reconheço a existência da alegada nulidade no Processo Administrativo Disciplinar.

Porém, em relação ao pedido de não interrupção do prazo para obtenção de benefícios da execução pelo cometimento de falta grave, tenho que a ordem deve ser concedida.

Como visto, o Juiz das Execuções e o Tribunal de origem determinaram o reinício da contagem do prazo, com base na data cometimento da falta grave, por entenderem que ela constitui motivo para a interrupção no período aquisitivo para a concessão de eventuais benefícios da execução penal.

Todavia, muito embora a prática de falta grave possa acarretar a regressão de regime prisional e a perda dos dias remidos, nos termos dos artigos 118 e 127, ambos da Lei n. 7.210/1984, o certo é que a Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC n. 123.451-RS, firmou compreensão no sentido de que ela não deve ser considerada marco interruptivo para a contagem de prazos, podendo, todavia, ser a falta considerada na análise do requisito subjetivo, restando evidenciado, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

Vejam-se os nossos precedentes:

**A** - Execução penal. *Habeas corpus*. Falta disciplinar de natureza grave. Nulidade do PAD. Matéria não apreciada na origem. Não conhecimento. Interrupção do lapso temporal para a concessão de benefícios. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Regressão de regime e perda dos dias remidos. Possibilidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Não se conhece, sob pena de supressão de instância, da alegação de nulidade do PAD, por falta de defesa técnica (advogado), onde se apura falta grave, se não foi a matéria decidida pelo acórdão em xequê.

2. *Fere o princípio da legalidade a interrupção do lapso temporal para a concessão de benefícios, em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, diante da ausência de previsão legal para tanto.*

3. *O cometimento de falta grave (celular no presídio) rende ensejo à perda dos dias remidos e à regressão de regime, conforme iterativa jurisprudência desta Corte.*

4. Ordem parcialmente conhecida e nesta parte concedida apenas para afastar a interrupção da contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios inerentes à execução penal (HC n. 179.175-RS, Relatora a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Dje de 29.11.2010).

**B** - Agravo regimental no recurso especial. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Extemporaneidade execução penal. Prática de falta grave. Progressão de regime. Reinício da contagem do prazo. Ausência de previsão legal.

1. O pedido de uniformização de jurisprudência, além de ser uma faculdade do Relator, deve ser suscitado quando do oferecimento das razões do recurso principal, sendo inviável em sede de agravo regimental. Precedentes.

2. *Segundo a jurisprudência firmada no âmbito desta Sexta Turma, o cometimento de falta grave dá azo à regressão de regime prisional e à perda dos dias remidos, com esteio no que preceituam, respectivamente, os arts. 118 e 127 da Lei n. 7.210/1984.*

3. *Todavia, prevalece neste órgão fracionário, a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 123.451-RS, a orientação segundo a qual, por ausência de previsão legal, em caso de prática de falta grave, não há a interrupção do lapso necessário para obtenção dos benefícios da execução penal, inclusive, a progressão de regime.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.197.895-RJ, Relator o Ministro *Og Fernandes*, DJe de 08.11.2010).

**C - Habeas corpus.** Falta grave. Alegação de que a fuga do estabelecimento prisional não caracteriza falta grave. Determinação de interrupção do tempo de cumprimento de pena, para fins de concessão de benefícios. Impossibilidade. Coação ilegal. Ordem parcialmente concedida.

a) O agente que, em cumprimento de pena em regime de semiliberdade, deixa de retornar ao estabelecimento prisional, comete falta grave.

b) *Caracteriza coação ilegal a determinação de interrupção no tempo de cumprimento de pena, para fins de concessão de benefícios de execução, pelo cometimento de falta disciplinar de natureza grave.*

c) Ordem parcialmente concedida, somente para declarar que o cometimento de falta grave não interrompe o tempo de cumprimento de pena, para fins de concessão de benefícios de execução. Com efeito, impõe-se acentuar que a irrisignação não merece ser conhecida pelo fundamento da letra **b**, visto que a recorrente não desenvolveu qualquer argumentação com referência ao cabimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

(HC n. 131.590-RS, Relator o Desembargador convocado do TJ-SP, *Celso Limongi*, DJe de 15.03.2010).

Ante o exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus* apenas para determinar que não haja interrupção da contagem do prazo de cumprimento de pena, em decorrência da prática de falta grave, para fins de concessão de benefícios da execução penal, podendo a falta praticada ser considerada tão somente por ocasião da análise do requisito subjetivo.

É como voto.