



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 95.450-SP (2007/0282206-1)

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

Impetrante: Cícero José da Silva e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Laelson Almeida Santos (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Inépcia da denúncia. Crimes de autoria coletiva. Descrição de elementos suficientes ao exercício da defesa. Prisão preventiva. Alegada falta de fundamentação adequada. Superveniência de sentença condenatória. Novo título a impor a segregação. Pedido prejudicado em parte e denegado.

1. Não é inepta a denúncia que, em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal, descreve os elementos indispensáveis quanto à prática, em tese, dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, bem como a existência de indícios suficientes de autoria em relação ao paciente, além de apontar subsídios aptos a configurar a materialidade dos aludidos crimes, notadamente pela apreensão de elevada quantidade de entorpecente - cerca de 500 kg de cocaína - além dos equipamentos e insumos utilizados na produção e distribuição da droga, viabilizando o pleno exercício do direito de defesa.

2. Em se tratando de crime de autoria coletiva, é desnecessária a descrição pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos, bastando o vínculo entre os réus e o crime a eles imputados, sendo certo que caberá à instrução processual o detalhamento acerca da participação de cada um dos agentes na empreitada delituosa. Precedentes desta Corte e do STF.

3. Proferida sentença condenatória, a alegação de inépcia perder força, principalmente se considerado que para a desconstituição do que ficou estabelecido em primeiro grau, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

4. Diante da prolação de sentença, que constitui novo título judicial a respaldar a segregação do paciente, esvaziou-se o objeto do pedido aqui formulado, onde se atacava os fundamentos do decreto de prisão preventiva.

5. *Habeas corpus* prejudicado em parte e, no restante, 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, julgar prejudicado em parte o *habeas corpus*, e no mais, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

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

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

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

DJe 28.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* deduzido em favor de Laelson Almeida Santos, preso preventivamente e denunciado como incurso nos artigos 33, *caput*; 33, parágrafo 1º, inciso I; 34 e 35, todos da Lei n. 11.343/2006, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Alega o impetrante inépcia da peça acusatória, que não conteria os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, bem como não estarem presentes os requisitos autorizadores para a imposição da custódia cautelar.

A liminar foi indeferida à fl. 151 pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator.

Notificado, o Juiz de primeiro grau prestou informações às fls. 155-157.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 382-386), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Eis o teor da inicial acusatória:

Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que em período anterior e no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e n. 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeçerica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo e na Rua Jaurú, n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, bem como em outros diversos lugares, nesta Cidade e Comarca de Itapeçerica da Serra, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduardo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieira de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino da Silva*, *Josenildo Paulino da Silva*, *Manoel Soares da Silva* e *Fábio Soares da Silva*, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos*, *Denis Massetti da Silva* e *Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, de forma estável, contínua e organizada, associaram-se para o fim de praticar reiteradamente, o tráfico de drogas, ou seja, condutas previstas nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006.

Consta também dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeçerica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo, e na Rua Jaurú n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduardo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieira de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino da Silva*, *Josenildo Paulino da Silva*, *Manoel Soares da Silva* e *Fábio Soares da Silva*, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos*, *Denis Massetti da Silva* e *Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, adquiriram, prepararam, tinham em depósito, transportaram e guardavam, para o fim de entregar ao consumo de terceiros, ainda que gratuitamente mas principalmente através de vendas, drogas, consistentes em:

a) 30 porções de cocaína, com peso líquido de 28.800 gramas; b) 30 porções de cocaína, com peso líquido de 28.800 quilos; c) 30 porções de cocaína com peso líquido de 28.620 quilos; d) 30 porções de cocaína com peso líquido de 28.620,80 quilos; e) 23 porções de cocaína com peso líquido de 20,880 quilos, todas prensadas em forma de tijolos; f) 02 porções de cocaína fragmentada, com peso líquido de 837 gramas; g) 01 porção de cocaína acondicionada em uma barrica plástica e saco de nylon com peso líquido de 18,800 quilos; h) 01 porção de cocaína acondicionada em barrica de papelão e saco de nylon com peso líquido de 34,600 quilos; i) uma porção acondicionada em saco plástico azul, com inscrição "dog show", com peso líquido de 28,500 quilos; j) uma porção de cocaína acondicionada em barrica plástica com peso líquido de 20 quilos; k) uma porção de cocaína, acondicionada em saco plástico, com peso bruto de 25,800 quilos; l) uma porção de cocaína, acondicionada em tambor de papelão, com peso líquido de 27,000 quilos; m) uma porção de cocaína, acondicionada em saco plástico, com peso bruto de 20,00 quilos; n) uma porção de cocaína acondicionada em saco plástico com peso líquido de 20,00 quilos; q) uma porção de cocaína acondicionada em barrica de plástico com peso bruto de 31,00 quilos; r) uma porção de cocaína acondicionada em barrica de papelão com peso bruto de 24,500 quilos; t) uma porção de cocaína, acondicionada em barrica de papelão, com peso bruto de 27, quilos; w) uma porção de cocaína, acondicionada em saco plástico, com peso líquido de 26,000 quilos; x) uma porção de cocaína acondicionada em saco de nylon, com peso líquido de 25,300 quilos; z) uma porção de cocaína, acondicionada em tambor de papelão, com peso líquido de 26,700 quilos; aa) uma porção de cocaína, acondicionada em saco de nylon, com peso líquido de 19,900 quilos (conforme auto de apreensão e exibição de folhas 25-28); duas porções de cocaína, prensadas em forma de tijolo e embaladas em fita adesiva, com peso líquido de 1903,5 gramas (conforme auto de apreensão e exibição de folhas 32-33); ae) uma porção de cocaína, prensada em forma de tijolo, embalada em fita adesiva, com peso bruto de 931 gramas (conforme auto de apreensão e exibição de folhas 62); ad) duas porções de cocaína, prensadas em forma de tijolo e embaladas em fita adesiva, com peso líquido de 1.903,5 quilos (conforme auto de exibição e apreensão de folhas 66); tudo substâncias entorpecentes e que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal regulamentar, submetidas a constatação conforme folhas 70-71 e 74 periciadas conforme laudo pericial de folhas 154-158.

Consta também dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeverica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo, e na Rua Jaurú, n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduardo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieijj\ de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino*

da Silva, Josenildo Paulino da Silva, Manoel Soares da Silva e Fábio Soares da Silva, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos, Denis Massetti da Silva e Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, tinham depósito e guardavam produto químico destinado a preparação de drogas, conforme laudo pericial de folhas 210-215, consistente em acetona e insumo para a preparação do entorpecente em pó branco para mistura e aumento do volume do entorpecente (conforme laudo de folhas 155-159 - itens "o", "p", "s", "u", "v", "y", "ab", e "ac").

Consta também dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeverica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo, e na Rua Jaurú, n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduahdo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieira de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino da Silva, Josenildo Paulino da Silva, Manoel Soares da Silva e Fábio Soares da Silva*, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos, Denis Massetti da Silva e Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, possuíam e guardavam maquinário, consistente em uma prensa hidráulica com capacidade de 40 toneladas, marca "Ton Farex", e objetos destinados à fabricação, preparação e transformação de drogas, tais como balança, liquidificadores, bacias e outros, apreendidos conforme folhas 25-28 sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado na fase administrativa do presente procedimento, os denunciados se associaram de forma organizada e estável, nutrindo unidade de propósitos e divisão de tarefas, para a prática do tráfico de drogas. Para tanto, adquiriam drogas, notadamente a cocaína, preparavam a cocaína aumentando seu volume, transportavam a droga para diversos locais, guardavam e tinham em depósito em vários locais o entorpecente, sempre destinado a entrega ao consumo de terceiro através de vendas.

Na quadrilha organizada para a realização do tráfico, cada um dos integrantes mantinha sua função, sendo que mantinham veículos, telefones celulares e rádios-comunicadores, endereços diversos, além de sistema que garantia o uso do dinheiro obtido do tráfico em compra de bens de consumo, principalmente veículos. Os denunciados agiam dividindo tarefas, de forma que participavam do tráfico de drogas, mesmo sem exercer a posse direta da droga, concorriam para as vendas, as aquisições, os transportes e com a divisão do dinheiro produto das vendas de entorpecentes.

Os denunciados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, tinham em depósito e guardavam produto químico destinado à preparação de drogas, conforme laudo pericial de folhas 210-215, consistente em acetona e insumo para a preparação das drogas, consistente em pó branco destinado a aumentar o volume do entorpecente e o lucro obtido pelo grupo.

Na data dos fatos, os denunciados, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas tinham em depósitos, localizados nos endereços acima apontados, toda a substância entorpecente suso descrita, para o fim de fornecer ao consumo de terceiros, através de vendas principalmente, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Os denunciados ainda possuíam e guardavam maquinário, consistente em uma prensa hidráulica com capacidade de 40 toneladas, marca "Ton Farex", além de objetos destinados à fabricação, preparação e transformação de drogas, tais como balança, liquidificadores, bacias e outros, sendo certo que os integrantes da quadrilha ora obravam na "toca", ora negociavam e vendiam o entorpecente.

Durante investigações realizadas, inclusive através de escutas telefônicas judicialmente autorizadas, Policiais Cíveis do DENARC identificaram os integrantes da quadrilha, monitoraram as atividades dos mesmos e, por fim, lograram prender em flagrante delito Rogério Edson da Silva, José Eduardo Peccora de Oliveira, Emerson Alves Amorim e Paulo Reinon Vieira de Aguiar. Os demais foram identificados, sendo postulada a prisão dos mesmos sendo que como já dito, todos participavam ativamente das atividades direcionadas ao tráfico de drogas.

Segundo as informações obtidas, Paulo Reinon, um dos chefes da organização criminosa, negociava a compra e venda de entorpecentes, recebia e transportava o dinheiro obtido com as vendas de entorpecentes. Emerson, chamado de "Preto" ou "Meu Sobrinho", era responsável pela preparação de veículos para transporte de entorpecentes, ou seja, montar "fundos falsos" em veículos, para o transporte da droga. Rogério, chamado por "Lelo", também realizava o acondicionamento do entorpecente em veículos e o transporte. Os demais também participavam destas e de outras atividades destinadas ao tráfico de entorpecentes.

Na Rua Montreal, n. 86 e 88 foram apreendidos entorpecentes que estavam sob responsabilidade dos quatro primeiros denunciados. Em poder de Paulo Reinon foram apreendidos documentos de automóveis, dólares e cheques de valores elevados, que serviram para dar aparência de lícito ao dinheiro obtido pelo grupo através das vendas de entorpecentes. Na residência de José Eduardo Peccora foi apreendida uma porção de droga em forma de tijolo (folhas 62) e na residência de Rogério Edson, duas porções de droga em forma de tijolo (folhas 66). Os denunciados agiam, sempre, preordenados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, possuíam, ainda que indiretamente e ocultavam as drogas acima apontadas, conforme comprovará o conteúdo das escutas telefônicas.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência, Rogério Edson da Silva, José Eduardo Peccora de Oliveira, Emerson Alves Amorim, Paulo Reinom Vieira de Aguiar, Antônio Paulino da Silva, Josenildo Paulino da Silva, Manoel Soares da Silva e Fábio Soares da Silva, Laelson Almeida Santos, Denis Masseti da Silva e Gilberto Vieira Alves, todos qualificados nos autos, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; artigo 33, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei n. 11.343/2006; artigo 34 da Lei n. 11.343/2006; artigo 35 da Lei n. 11.343/2006; todos combinados com o artigo 29 do Código Penal Brasileiro e requeiro que recebida e autuada esta, sejam os mesmos citados e interrogados, prosseguindo-se nos demais atos processuais previstos nos artigos 48 e seguintes do citado diploma legal, até final sentença condenatória, ouvindo-se no decorrer da instrução processual as testemunhas do rol abaixo, inclusive as extranumerárias em razão da busca da verdade real. (fls. 25-31)

O Tribunal de origem, ao denegar o *writ* atacado, assim se manifestou sobre alegação de inépcia da denúncia:

A inicial acusatória apresentada é válida, e de sua leitura não se vislumbra qualquer nulidade, na medida em que ela expõe, claramente, fato revestido de ilicitude penal, possibilitando aos denunciados o exercício de ampla defesa.

Para oferecimento da denúncia, exige-se apenas prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Tais indícios, *in casu*, fazem-se presentes.

Ademais, a exordial narra fatos bem especificados e revestidos de tipicidade, imputados ao paciente e demais co-réus, o que lhes possibilita o exercício da ampla defesa.

E ainda que se alegue suposta generalidade apresentada na descrição dos fatos, é ela admitida na hipótese de concurso de agentes, pela impossibilidade de o *Parquet* individualizar a conduta de cada autor, desde que não constitua óbice à ampla defesa. No presente caso, verifica-se que a denúncia oferecida e recebida contra o paciente apresenta-se regular, pois contém a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias, tudo de molde a possibilitar o exercício do direito à ampla defesa.

Nesse sentido, diz a Jurisprudência:

(...)

Convém transcrever trecho do r. parecer exarado no caso pela d. Procuradoria de Justiça:

Considerado o elevado número de denunciados e a maneira intrincada com que agem os autores desse tipo de infração, a individualização precisa da conduta de cada um de cada um é tarefa árdua, praticamente impossível nessa fase processual. A efetiva participação individualizada, assim como a

responsabilização que se lhes deva dar, é matéria que compete à instrução demonstrar, ou não, motivo pelo qual a ação penal não pode ser obstada de plano (fls. 145-147).

Como visto, restaram descritos na denúncia os elementos indispensáveis quanto à prática, em tese, dos delitos de tráficos de drogas e associação para o tráfico, bem como a existência de indícios suficientes de autoria em relação ao paciente, além de apontar subsídios aptos a configurar a materialidade dos aludidos crimes, notadamente pela apreensão de elevada quantidade de entorpecente - cerca de meia tonelada de cocaína - além dos equipamentos e insumos utilizados na produção e distribuição da droga, viabilizando o pleno exercício do direito de defesa, atendidos, assim, os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, apontou a exordial acusatória que o paciente e os demais corréus “previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, de forma estável, contínua e organizada, associaram-se para o fim de praticar reiteradamente, o tráfico de drogas, ou seja, condutas previstas nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006” (fl. 25) , bem como “adquiriram, prepararam, tinham em depósito, transportaram e guardavam, para o fim de entregar ao consumo de terceiros, ainda que gratuitamente mas principalmente através de vendas” aproximadamente 500 kg de cocaína (fl. 26), e “tinham depósito e guardavam produto químico destinado a preparação de drogas, conforme laudo pericial de folhas 210-215, consistente em acetona e insumo para a preparação do entorpecente em pó branco para mistura e aumento do volume do entorpecente” (fls. 27-28). Afirmou, ainda, que os denunciados “possuíam e guardavam maquinário, consistente em uma prensa hidráulica com capacidade de 40 toneladas, marca ‘Ton Farex’, além de objetos destinados à fabricação, preparação e transformação de drogas, tais como balança, liquidificadores, bacias e outros, sendo certo que os integrantes da quadrilha ora obravam na ‘toca’, ora negociavam e vendiam o entorpecente” (fl. 28) delimitando perfeitamente os atos ilícitos imputados ao paciente de forma a assegurar o integral exercício do direito de defesa.

De outro lado, cumpre registrar que, em se tratando de crime de autoria coletiva, é desnecessária a descrição pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos, sendo suficiente a demonstração do vínculo entre os réus e os crimes a eles imputados, sendo certo que caberá à instrução processual o detalhamento acerca da participação de cada um dos agentes na empreitada delituosa.

Ademais, consoante a Certidão de Objeto e Pé recebida, via fax, da 2ª Vara Judicial de Itapeverica de Serra-SP, já foi proferida sentença condenatória na ação penal de que aqui se cuida, circunstância que faz a alegação de inépcia perder força, principalmente se considerado que para se desconstituir o que ficou estabelecido em primeiro grau, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido é a nossa jurisprudência:

A - Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (artigos 33 e 35, combinados com o artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006). Alegação de falta de individualização da conduta do recorrente. Peça inaugural que atende aos requisitos legais exigidos e descreve crime em tese. Ampla defesa garantida. Inépcia não evidenciada.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria, de acordo com os indícios colhidos na fase inquisitorial, é atribuída ao paciente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. Nos crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir dos pacientes e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Precedentes.

3. No caso dos autos, a peça inaugural narra adequadamente a participação do paciente na associação destinada ao tráfico de drogas, explicitando que, além de guardar e armazenar substância entorpecente para o consumo de terceiros pessoas, era o responsável pela contabilidade e pelo depósito das quantias obtidas com a prática delituosa.

(...)

5. Ordem denegada.

(HC n. 111.722-SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 16.11.2010)

B - Agravo regimental no recurso especial. Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. Inépcia da denúncia. Improcedência. Peça acusatória que descreve suficientemente as condutas, assegurando o exercício da ampla defesa.

1. No caso, verifica-se que a peça acusatória não apresenta qualquer vício de forma, uma vez que descreve os fatos delituosos, conforme preceitua o art. 41 do Código de Processo Penal, com suficiente clareza e precisão, estabelecendo os vínculos necessários entre o acusado e as condutas criminosas que lhes foram imputadas, inexistindo qualquer prejuízo à defesa.

2. Cumpre ressaltar que a jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de não ser necessária, na hipótese de crimes de autoria conjunta ou coletiva, que conste na denúncia, de maneira pormenorizada, a participação de cada um dos acusados, bastando para tanto a menção à unidade de propósito ou de desígnios nas ações desenvolvidas.

3. Ademais, no caso vertente, a exordial acusatória atribui a todos os envolvidos participação nos atos executórios. Com efeito, a descrição do modus operandi do delito como um todo satisfaz aos requisitos legais, pois permite ao acusado o conhecimento dos fatos dos quais deve se defender.

4. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 813.440-PR, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 29.11.2010.)

E a do Supremo Tribunal Federal:

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Denúncia: corrupção passiva e tráfico de influência. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa para a ação penal.

I. - Desde que permitam o exercício do direito de defesa, as eventuais omissões da denúncia, quanto aos requisitos do art. 41 do CPP, não implicam necessariamente na sua inépcia, certo que podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (CPP, art. 569). Precedentes.

II. - Nos crimes de autoria coletiva, a jurisprudência da Corte não tem exigido a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado.

III. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.

IV. - HC indeferido. (HC n. 85.636-PI, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJU de 24.02.2006.)

No tocante ao pedido de liberdade provisória, constata-se que a impetração volta-se contra decisão proferida pelo Juiz de primeiro grau que decretou a prisão preventiva do paciente, em ação penal onde ele é apontado como integrante de estruturada quadrilha envolvida com o tráfico de grande quantidade de droga, tendo sido apreendida cerca de 500 quilos de cocaína.

De notar, contudo, conforme demonstra a Certidão de Objeto e Pé recebida da 2ª Vara Judicial de Itapeceira de Serra-SP, que houve a superveniência de sentença na ação penal, tendo o paciente sido condenado a 22 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais multa.

Dessa forma, ante a prolação de sentença condenatória, que constitui novo título judicial a respaldar a segregação do paciente, esvaziou-se o objeto do pedido aqui formulado, devendo o novo provimento ser submetido inicialmente à análise do Tribunal Estadual, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido, são os recentes precedentes desta Corte:

A - Processual Penal. Prisão preventiva. Superveniência. Sentença condenatória. Habeas corpus. Prejudicialidade da matéria.

1. A prolação de sentença condenatória prejudica a alegação de falha na segregação cautelar, apta à concessão da pretendida liberdade provisória. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Decorrendo a custódia cautelar, agora, de novo título, fica superada a tese da falta de elementos concretos à custódia preventiva.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 172.783-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18.10.2010)

B - Processual Penal. Agravo regimental no habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Liberdade provisória. Superveniência de sentença. Prejudicialidade do pedido. Agravo improvido.

1. A superveniência da sentença penal condenatória torna prejudicado o pedido de liberdade provisória, por configurar novo título da custódia cautelar, nos termos do parágrafo único do art. 387 do CPP.

2. A ausência de cópia da sentença condenatória impede o Superior Tribunal de Justiça de examinar os novos fundamentos da prisão cautelar.

3. Ao condenado pelos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 não assiste o direito de apelar em liberdade se permaneceu preso cautelarmente durante toda a instrução criminal, conforme dispõe o art. 59 da referida lei.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 160.091-MG, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 02.08.2010.)

C - Habeas corpus. Porte ilegal de arma. Prisão em flagrante. Indeferimento de liberdade provisória. Alusão à reiteração na prática delitiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Prolação de sentença. Negativa de apelar em liberdade. Novo título a respaldar a segregação cautelar.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória –, são medidas de índole excepcional, que somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.

2. No caso presente, entendo que a necessidade do encarceramento provisório é extraída da necessidade de garantia da ordem pública.

3. Tem-se que o paciente foi condenado, recentemente, em duas ações penais: a primeira, por roubo, e a segunda, por furto qualificado. Esses apontamentos denotam a concreta propensão à reiteração na prática delitiva.

4. Além disso, já há sentença, na qual se negou o direito de apelar em liberdade. Essa decisão, por certo, constitui novo título a respaldar a prisão, o que esvazia o objeto da impetração.

5. Ordem denegada.

(HC n. 176.524-DF, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 17.12.2010)

Igual posicionamento se verifica no Supremo Tribunal Federal:

A - *Habeas corpus*. Manutenção de prisão em flagrante. Superveniência de sentença condenatória. Novo título prisional. Pedido julgado prejudicado.

A superveniência de sentença condenatória que constitui novo título prisional prejudica o habeas corpus que ataca unicamente o indeferimento de pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente, que havia sido preso em flagrante.

Habeas corpus julgado prejudicado.

(HC n. 96.555, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 17.12.2009)

B - Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Superveniência de sentença condenatória. Novo título da custódia cautelar não apreciado pelas instâncias inferiores. *Writ* não conhecido.

1. O presente *habeas corpus* visa à revogação da prisão preventiva do paciente mantida pelo Juízo de primeira instância, ao indeferir pedido de liberdade provisória, sob o fundamento da inexistência dos seus requisitos autorizadores.

2. Ocorre que, após a impetração, sobreveio sentença condenatória, o que constitui novo título legitimador da custódia cautelar do acusado.

3. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que “a superveniência da sentença condenatória prejudica o *habeas corpus* quando esse tenha por objeto o decreto de prisão preventiva, dado que passa a sentença a constituir novo título para a prisão.” (HC n. 83.919-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.06.2004; HC n. 86.016-MT, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 12.05.2006).

4. Por outro lado, o prosseguimento do feito após a superveniência da sentença condenatória implicaria inadmissível supressão de instância, uma vez que o novo título prisional não foi submetido à análise das instâncias inferiores. 5. *Writ* não conhecido.

(HC n. 97.839, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 10.12.2009)

Diante do exposto, julgo o pedido prejudicado em parte e, no restante, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 146.208-PB (2009/0170960-4)

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

Impetrante: Luciana de Brito Pereira Nunes

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Paciente: Lucero Cipriano de Brito

Paciente: Luiza Sandra Cipriano Fontes

EMENTA

Habeas corpus. Sentença absolutória proferida por juiz absolutamente incompetente. Ocorrência de trânsito em julgado. *Ne reformatio in pejus*. Ordem concedida.

1. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a declaração de incompetência absoluta do Juízo se enquadra nas hipóteses de nulidade absoluta do processo. Todavia, a sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente, embora nula, após transitar em julgado, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado, uma vez que, apesar de eivada de nulidade, tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

2. O princípio *ne reformatio in pejus*, apesar de não possuir caráter constitucional, faz parte do ordenamento jurídico complementando

o rol dos direitos e garantias individuais já previstos na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática permite a conclusão de que a Magna Carta impõe a preponderância do direito a liberdade sobre o Juiz natural. Assim, somente se admite que este último - princípio do juiz natural - seja invocado em favor do réu, nunca em seu prejuízo.

3. Sob essa ótica, portanto, ainda que a nulidade seja de ordem absoluta, eventual reapreciação da matéria, não poderá de modo algum ser prejudicial ao paciente, isto é, a sua liberdade. Não se trata de vinculação de uma esfera a outra, mas apenas de limitação principiológica.

4. Ordem concedida para tornar sem efeito a decisão proferida nos autos da ação penal que tramita perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem 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 Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 04 de novembro de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 16.05.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Lucero Cipriano de Brito e Luíza Sandra Cipriano Fontes, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Regional Federal da 5ª Região.

Colhe-se dos autos que os pacientes foram denunciados pelo Ministério Público da Paraíba como incurso no art. 96, I e V da Lei n. 8.666/1993 e absolvidos das imputações que lhe foram feitas, pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital. A sentença absolutória transitou em julgado em 12.06.2002 (fl. 23).

Posteriormente, pelos mesmos fatos, foram denunciados perante o Juiz Federal da 1ª Vara, restando condenados a 3 anos de reclusão, e 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos consistente na prestação de serviço à comunidade por 1 ano e 6 meses, condenação mantida em sede de apelação criminal.

Busca a impetração a declaração de nulidade da ação penal em trâmite na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, sustentando, em síntese, que há identidade das demandas e que a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente produz coisa julgada material.

A liminar foi indeferida à fl. 80.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 83-87), opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Discute-se nos autos se a sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente, pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.

Narra a inicial acusatória, apresentada perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital:

Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no ano de 2000, nesta cidade e comarca da Capital, os indiciados, já qualificados, fraudaram, em prejuízo da Fazenda Pública Estadual, o processo licitatório n. 958/2000, instaurado para aquisição de material para o projeto Pintando a Liberdade, entre os materiais, estavam trinta e quatro (34) bicos para compressor de bola, cujo o preço foi elevado arbitrariamente, tornando injustamente mais onerosa a proposta, conforme se infere das fls. 44-46.

Narram os inclusos autos de inquérito policial, que os indiciados, já qualificados, são proprietários da *Alfa Print Comercial Ltda.*, conforme se infere do contrato de constituição da sociedade por quota de responsabilidade limitada de fls. 47-48, tendo por meio desta participado do processo licitatório n. 958/2000, que foi instaurado para aquisição dos produtos precitados, que foram utilizados no projeto Pintando a liberdade, entretanto, um técnico subordinado à Secretaria Nacional de Esporte, ao analisar o produto constatou que o mesmo não estava compatível para o uso na produção de bolas de futebol, bem como verificou que o seu valor estava superfaturado.

A Coordenadoria do Programa Pintando a Liberdade face às declarações supramencionadas procedeu pesquisa de preços junto ao comércio local e constatou que os referidos produtos apresentavam uma altíssima elevação do preço real, pois se aferiu que o valor unitário do produto era de R\$ 8,50 (oito reais e cinquenta centavos), ou seja, os trinta e quatro bicos deveriam estar orçados em R\$ 289,00 (duzentos e oitenta e nove reais) e não em R\$ 6.290,00 (seis mil, duzentos e noventa reais), segundo se constata às fls. 44-46.

Destarte a Secretaria de Cidadania e Justiça por meio do seu Secretário exarou a Portaria n. 072/GS de 16 de março de 2001 a qual constituiu Comissão Especial de Sindicância Administrativa para apurar as irregularidades, e após o devido processo administrativo concluiu que a precitada firma elevou arbitrariamente o preço do precitado produto, destarte o Secretário ofereceu *noticia criminis* postulatória que deu azo a persecução penal.

Assim, estão os denunciados incursos no art. 96, I e V da Lei n. 8.666/1993, pelo que oferece esta promotoria a presente Denúncia, requerendo que depois de recebida e atuada esta, seja instaurado o devido processo penal, observado o disposto nos art. 539 e seguintes do Código de Processo penal, citando o denunciado e intimando-o para interrogatório, ouvindo-se as testemunhas arroladas na sequência e prosseguindo-se até a final sentença condenatória. (fls. 15-17)

Por sua vez, após a prolação de sentença absolutória em favor dos pacientes, o Ministério Público Federal apresentou nova denúncia, dessa vez perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, a qual se extrai:

Consta do inquérito policial em anexo, o Sr. Lúcerio e a Sra. Luiza, na qualidade de sócios da empresa *Alfa Print Comercial Ltda.*, participaram de um processo licitatório promovido pela Secretaria da Cidadania e Justiça deste estado para aquisição de vários produtos, dentre eles, 34 (trinta e quatro) bicos para compressor de bola.

Durante o referido processo licitatório, os denunciados informaram que a mercadoria custava R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) a unidade, perfazendo, destarte, R\$ 6.290,00 (seis mil, duzentos e noventa reais). Tendo em

vista que as demais empresas não apresentam propostas, a *Alfa Print Comercial Ltda* foi a vitoriosa.

A Secretaria da Cidadania e Justiça, com recursos provindos do Governo Federal, através do Ministério dos Esportes, pagou a quantia cobrada pelos denunciados que, em contrapartida, forneceram o material.

Acontece que alguns meses depois de realizada a referida licitação, constatou-se que o produto custava aproximadamente R\$ 8,00 (oito reais).

Verifica-se que a conduta dos denunciados emoldura-se no tipo previsto pelo art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

(...)

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Ao serem interrogados pela autoridade policial (f. 137-139 e 145-147), os indiciados confessaram a prática do delito, mas afirmaram que não tinham a intenção de lesar o erário, informando ainda que já houve o ressarcimento dos valores recebidos (conforme doc. de folha 157).

Ante o exposto, provada restou, por conseguinte, a materialidade do fato criminoso e a sua autoria, devendo a presente denúncia ser recebida para o fim de serem os denunciados processados pela prática do delito tipificado no art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 16 do Código Penal Brasileiro. (fls. 26-27)

O Tribunal de Regional Federal da 5ª Região negou provimento ao apelo da defesa, assim se manifestando sobre o assunto:

Antes de adentrar ao mérito, verifico o suscitamento de matérias preambulares que urgem pronunciamento anterior.

A primeira delas diz respeito à competência desta Justiça Federal para o julgamento da presente demanda.

Nesse diapasão, ao contrário do que defenderam os apelantes, tenho por destacar que o crime, objeto de análise, foi sim cometido em prejuízo de interesse da União, na medida em que parte das verbas utilizadas para ultimar a licitação referida, cujos atos havidos por ilícitos deram ensejo à presente demanda, tem natureza federal, o que conduz à competência desta justiça especializada, conforme os preceitos traçados pelo art. 109, IV, da CF.

Assim, estando diante de convênio firmado com o governo federal através de autarquia, sujeita ao controle federal, não há como não se vislumbrar interesse latente da União na fiscalização e aplicação das verbas advindas.

Por tais motivos, entendo ser esta justiça especializada a competente para o julgamento dos presentes autos.

Vencida a primeira preliminar, passo à segunda, que diz respeito à alegação de coisa julgada.

Da mesma forma que arrematei pela impertinência da primeira matéria preambular, conluo pela segunda, já que os apelantes não cuidaram de comprovar que, realmente, a mesma questão, objeto do presente processo, já foi julgada pelo juízo estadual.

É que dos documentos acostados (fls. 168-170 e 237-253) não se depreende de forma clara e satisfatória a identidade de demandas, em partes, causa de pedir e pedido, requisito imprescindível para que se possa falar em coisa julgada.

Ademais, ainda que tal identidade restasse comprovada, tenho por destacar que o proferimento de referida sentença, por juízo estadual, mostra-se, à primeira vista, absolutamente impertinente, pelos mesmos motivos elencados neste ato quando do enfrentamento da competência desta justiça federal no caso concreto. Em outras palavras: seria inquestionável a ausência de validade da sentença estadual, evento que tornaria também inexistente a coisa julgada.

Por tais motivos, deixo de acolher também a segunda preliminar suscitada, passando à análise do mérito. (fls. 66-67)

Inicialmente, depreende-se dos autos que as duas ações penais instauradas, tanto na Justiça Estadual quanto na Justiça Federal, visavam à persecução dos mesmos fatos, ou seja, irregularidades observadas no procedimento licitatório realizado pela Secretaria da Cidadania e Justiça do Estado da Paraíba, para aquisição de 34 bicos de compressor de bola.

De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a declaração de incompetência absoluta do Juízo se enquadra nas hipóteses de nulidade absoluta do processo.

Todavia, a sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente, embora nula, após transitar em julgado, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado, uma vez que, apesar de eivada de nulidade, tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

A bem da verdade, o princípio *ne reformatio in pejus*, apesar de não possuir caráter constitucional, faz parte do ordenamento jurídico, complementando o rol dos direitos e garantias individuais já previstos na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática permite a conclusão de que a Magna Carta impõe a preponderância do direito à liberdade sobre o Juiz natural. Assim, somente se admite que este último - princípio do juiz natural - seja invocado em favor do réu, nunca em seu prejuízo.

Sob essa ótica, portanto, ainda que a nulidade seja de ordem absoluta, eventual reapreciação da matéria, não poderá de modo algum ser prejudicial ao paciente, isto é, à sua liberdade. Não se trata de vinculação de uma esfera a outra, mas apenas de limitação principiológica.

Nesse sentido, confirmam-se os nossos precedentes:

*A - Habeas corpus. Direito Penal Militar. Constrangimento e lesões leves (arts. 222, § 2º, e 209, caput, ambos do CPM). Paciente que, pelos mesmos fatos, já cumpriu obrigação imposta em transação penal (prestação de serviços à comunidade), perante Juizado Especial Criminal, com extinção da punibilidade. Denúncia recebida pelo Juízo Militar. Alegação de incompetência absoluta da Justiça Comum. Princípio do *ne bis in idem*. Centralidade, em nosso ordenamento constitucional, dos direitos e garantias individuais. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar-RS.*

1. A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente - ou, como se dá no caso, a homologação de transação penal proposta pelo Parquet -, embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. Assim, apesar de eivada de nula, a decisão do Juízo Especial Criminal tem como consequência a proibição da reformatio in pejus.

*2. A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando contido na sentença. Na seara penal, a *res judicata* sustenta-se sobre a necessidade de segurança que a ordem jurídica demanda.*

*3. Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional.*

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

(HC n. 90.472-RS, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 03.11.2009)

*B - Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crimes de denúncia caluniosa e corrupção de testemunhas (arts. 339 e 343, parágrafo único, do Código Penal). Acórdão proferido em sede originária pelo TJPB. Absolvição pelo primeiro crime e condenação pelo segundo. Acórdão anulado pelo STJ por incompetência absoluta. Repercussão da decisão anulada no juízo competente. *Reformatio in pejus* indireta. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência.*

(...)

3. Hipótese em que o Recorrente, em sede de ação penal originária, foi absolvido pelo crime de denunciação caluniosa e condenado pelo de corrupção de testemunhas a um ano e seis meses de reclusão, com posterior anulação do processo por esta Corte em razão da incompetência absoluta do Tribunal de Justiça, sendo novamente denunciado pelos mesmos crimes perante o Juízo de primeiro grau.

4. *O Juiz absolutamente incompetente para decidir determinada causa, até que sua incompetência seja declarada, não profere sentença inexistente, mas nula, que depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. E se essa declaração de nulidade foi alcançada por meio de recurso exclusivo da defesa, ou por impetração de habeas corpus, como no caso, não há como o Juiz competente impor ao Réu uma nova sentença mais gravosa do que a anteriormente anulada, sob pena de reformatio in pejus indireta.*

5. A prevalecer a sanção imposta no acórdão condenatório originário, qual seja, de um ano e seis meses de reclusão, o prazo prescricional é de quatro anos, a teor do art. 109, inciso V, do Código Penal. Nesse cenário, vê-se que entre a data dos fatos (fevereiro de 1999) e o recebimento da nova denúncia perante o Juízo de primeiro grau (02 de agosto de 2004) transcorreu o lapso temporal prescricional.

6. Prejudicada a análise da alegada inépcia da denúncia.

7. Recurso parcialmente provido para decretar a prescrição da pretensão punitiva estatal nos autos em tela, restando extinta a punibilidade do Recorrente.

(RHC n. 20.337-PB, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 04.05.2009)

C - *Habeas corpus*. Processual Penal. Sentença absolutória proferida por Juiz da Infância e da Juventude. Ocorrência de trânsito em julgado. Representado maior de idade. Remessa à Justiça Comum. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. *A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.*

2. *Incide, na espécie, o princípio do ne bis in idem, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente.*

3. Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal *pro societate*, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.

4. Ordem concedida.

(HC n. 36.091-RJ, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 24.02.2005)

D - Habeas corpus. Roubo contra empresa pública federal. Competência da Justiça Federal. Competência *ratione personae*. Nulidade absoluta. *Ne reformatio in pejus*. Prescrição. Ordem concedida.

1. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes cometidos em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de qualquer de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, na qual se inclui, por indúvidoso, a Caixa Econômica Federal.

2. A violação da competência *ratione personae* dá ensejo à nulidade absoluta do feito.

3. *Em não se podendo ultrapassar o limite imposto na sentença penal anulada, em face do princípio ne reformatio in pejus, é de se declarar a prescrição da pretensão punitiva quando satisfeito o lapso temporal extintivo.*

4. Ordem concedida para declarar a nulidade do processo, desde a denúncia, e a conseqüente a prescrição da pretensão punitiva.

(HC n. 23.352-SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 10.02.2003)

Essa orientação encontra amparo, ainda, na jurisprudência da Suprema Corte:

Ação penal. Duplicidade de processos sobre o mesmo fato. Feitos simultâneos perante a Justiça Militar e a Justiça Estadual. Extinção da punibilidade decretada nesta. Trânsito em julgado da sentença. Coisa julgada material. Incompetência absoluta do juízo comum. Irrelevância superveniente. Falta, ademais, de coexistência dos requisitos previstos no art. 9º do CPM. Extinção da ação penal em curso perante a Justiça Militar. HC deferido para esse fim. Precedentes. Se, no juízo comum, que seria absolutamente incompetente, foi, com coisa julgada material, decretada a extinção da punibilidade pelo mesmo fato objeto de ação penal perante a Justiça Militar, deve essoutra ação ser extinta, sobretudo quando não coexistam os requisitos capitulados no art. 9º do Código Penal Militar.

(HC n. 87.869-CE, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJU de 02.02.2007)

Diante do exposto, e em consonância com o douto parecer do Ministério Público Federal, concedo o *habeas corpus* para tornar sem efeito a decisão proferida nos autos da Ação Penal n. 2002.82.00.6582-7, que tramita perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 147.541-RS (2009/0180525-3)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Impetrante: David Rechulski e outros

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

Paciente: Paulo Domingos

EMENTA

Crime ambiental. Art. 60 da Lei n. 9.605/1998. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa para ação penal. Ordem concedida.

1. O trancamento de uma ação penal, no âmbito do *habeas corpus*, só é admissível excepcionalmente, quando evidente a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Quando falta à denúncia a descrição individualizada da conduta do acusado, com a exposição do fato criminoso e todas as suas circunstâncias, isto é, se não reúne a peça as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, é formalmente inepta.

3. Na espécie, a peça acusatória não relata, nem singelamente, o nexo de imputação correspondente, não esclarece de que forma o gerente de redes da empresa de telefonia celular teria contribuído para a consecução do delito – instalar e fazer funcionar as Estações de Rádio Base (ERB) potencialmente poluidoras –, tampouco aponta o eventual dolo na ausência de licença ou de autorização dos órgãos ambientais competentes.

4. Além disso, para a caracterização do delito previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/1998, a poluição gerada deve ter a capacidade de, ao menos, poder causar danos à saúde humana. No caso, não se justifica a ação penal, pois o próprio Ministério Público estadual atestou que “os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos”.

5. Como somente se admite a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais nas hipóteses de imputação simultânea

da pessoa física que atua em seu nome, responsável por sua gerência, *in casu*, concedida a ordem em relação ao gerente da *TIM Celular S.A.*, não há como manter o feito apenas em relação à empresa.

6. Ordem concedida a fim de trancar a ação penal.

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 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.

Sustentaram oralmente o Dr. David M M Rechulski, pela parte Paciente: Paulo Domingos e Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. Brasilino Pereira dos Santos.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 14.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Consta dos autos que, em 09.08.2006, a 1ª Promotoria de Justiça Especializada Defesa Comunitária instaurou o Inquérito Civil n. 33/2006 “com o fim de esclarecer o seguinte fato: ‘ausência de licenciamento ambiental das estações de rádio-base instaladas” na cidade de São Leopoldo-RS (fl. 46).

Em 25.01.2008, o mencionado inquérito foi arquivado por estas razões (fls. 147-150):

Um dos efeitos biológicos que mais causa preocupação à população é a indução de cânceres pela exposição de longa duração à radiação emitida pelas ERB's e pelos aparelhos celulares. No entanto, até o presente momento os casos relatados na mídia e na literatura técnica aberta, e examinados à luz da ciência,

não são suficientes ainda para se afirmar, de forma categórica, que as radiações emitidas pelas ERB's e pelos aparelhos celulares provocam o aparecimento de doenças no ser humano. As partes do organismo humano mais sensíveis à ação das radiações são os tecidos transparentes dos olhos e os testículos, além daqueles que possuem atividade elétrica, como o cérebro, o coração e o sistema nervoso central, que podem sofrer a interferência de radiação externa, sob determinadas condições, cujos reais efeitos são ainda pouco conhecidos e alvo de intensas pesquisas em todo o mundo. Por outro lado, o estímulo de músculos e nervos periféricos e a elevação da temperatura nos tecidos do corpo humano, chamados de efeitos térmicos, são melhor conhecidos e nortearam os trabalhos consolidados pela ICNIRP e que são amplamente divulgados pela Organização Mundial da Saúde.

Considerando que os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos, não há como ajuizar Ação Civil Pública com base única e exclusivamente no princípio da precaução.

Nesse sentido, cita-se:

[...]

Assim, considerando que as estações de rádio-base instaladas no município de São Leopoldo pelas operadoras Telet, Tim, Nextel e Brasil Telecom estão regularizadas, pois obtiveram o licenciamento ambiental, e que não há comprovação de efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas geradas pelas ERB's, entendo resolvida a questão.

Na esfera criminal, determinada a instauração de Procedimento Investigatório Criminal.

Em 07.02.2008, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul instaurou o Procedimento de Investigação Criminal n. 01/08, com o objetivo de apurar a instalação de seis antenas de telefonia celular (ERB), na cidade de São Leopoldo-RS, pela *TIM Celular S.A.*, sem o respectivo licenciamento ambiental (fl. 45).

Sob a alegação de que, em 30.03.2007, teria sido firmado entre a *TIM Celular S.A.* e a Prefeitura Municipal de São Leopoldo o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta n. 001/07, e já teria sido cumprido o acordo de que procederia, no prazo de cento e oitenta dias, à obtenção das respectivas licenças para a operação de suas ERB's, a empresa requereu, sem sucesso, o arquivamento do procedimento de investigação criminal por falta de justa causa.

Concluída a investigação, o Ministério Público local, em 10.07.2008, requereu a designação de audiência preliminar com *TIM Celular S.A.* e Paulo

Domingos (apontado como gerente da Rede da Tim Celular da Região Sul), tendo em vista a ocorrência, em tese, do delito previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/1998 (fls. 262-263).

Em 1º.08.2008, o Juizado Especial Criminal Adjunto à 2ª Vara Criminal da comarca de São Leopoldo, nos autos do Procedimento n. 033/2.08.0003937-8, incluiu *Paulo Domingos*, ora paciente, como autor do fato e designou a audiência preliminar para o dia 21.08.2008 (fl. 265).

Em 12.08.2008, o Ministério Público, em relação à *TIM Celular S.A.*, ofereceu transação penal, consistente na doação de cinquenta salários mínimos para o Fundo Municipal do Meio Ambiente, e, em relação a *Paulo Domingos*, a doação seria de vinte salários mínimos ou quatro meses de prestação de serviços à comunidade (fls. 269-270).

Após a apresentação da recusa da proposta de transação penal (fls. 282-307), em 10.12.2008, o *parquet* ofereceu denúncia contra a empresa e o gerente territorial, *Paulo Domingos*, como incurso nas sanções do art. 60 da Lei n. 9.605/1998 c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal. A acusação foi recebida em 16/4/2009, nestes termos (fl. 359).

Aberta a audiência pelo(a) MM. Pretor foi dito que passava a palavra à defesa do(a) acusado(a), para apresentação da prévia, tendo sido apresentada defesa por escrito, bem como, juntados documentos aos autos. Após, pelo MM. Julgador foi dito que *recebia a denúncia* apresentada legalmente exigidos pelo ordenamento processual, e presente justa causa à ação penal. A seguir, pelo MM. Pretor foi dito que passava à fase do art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Como o(a) acusado(a) e seu (sua) defensor(a) não aceitaram a proposta apresentada pelo Ministério Público, trazida aos autos com a denúncia, pelo MM. Julgador foi dito que determinava o prosseguimento do feito, designando o dia 15.10.2009, às 16 horas, para audiência de instrução e julgamento, ficando intimados os presentes. Intime-se as testemunhas arroladas pela defesa e MP. Em relação ao acusado Paulo Domingo, aguarde-se o retorno da carta precatória a fim de verificar-se quanto ao cumprimento da mesma. Caso haja necessidade de expedição de precatória, concede-se o prazo de 45 dias para cumprimento. A parte ré fica alertada de que não poderá transferir residência sem prévia comunicação ao juízo, sob pena de revelia. Nada mais. OF. Escrevente.

Sobreveio, então, *habeas corpus*, sob o argumento de que *Paulo Domingos* e *TIM Celular S.A.*, na audiência que culminou com o recebimento da denúncia, teriam apresentado defesa escrita, sem, contudo, tenha sido apreciada pela autoridade coatora. Além disso, alegou-se falta de justa causa para o

prosseguimento do procedimento criminal, tendo em vista o seguinte: (I) a atipicidade dos fatos, pela retroatividade mais benéfica do complemento à norma penal em branco; (II) a assinatura e o cumprimento de termo de compromisso de ajustamento de conduta; e (III) a inexistência de demonstração de nexos de causalidade entre os supostos fatos delituosos e a conduta do ora paciente. Requereu-se, diante disso, ou o trancamento da ação penal ou a anulação do procedimento criminal (fls. 468-512).

A Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul denegou a ordem. Eis a ementa do julgado (fl. 460):

Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Incabível a análise de prova que diz com o mérito. Falta de justa causa não demonstrada.

Ainda não apreciada pelo julgador monocrático as matérias arguidas, não há que se falar em ilegalidade ou abuso de poder, tampouco estando o paciente na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. A falta de justa causa para a ação penal não estão evidenciadas a priori na via estreita do *writ*.

Habeas corpus denegado.

Contra tal ato, impetrou-se outro *habeas corpus*, e a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de igual modo, negou a ordem (HC n. 70031348519), consoante acórdão assim ementado (fl. 635):

Habeas corpus. Art. 60 da Lei n. 9.605/1998. Justa causa para a ação penal. Fato típico, em tese. Ordem denegada.

Descrito fato típico, em tese, há justa causa para a ação penal, devendo ser afastado o pedido de trancamento. A via estreita do *habeas corpus* não comporta exame de prova, legislação doméstica e matéria jurídica controvertida. Ordem denegada.

Daí a presente impetração substitutiva de recurso ordinário, buscando, liminarmente, sobrestar o prosseguimento do procedimento criminal, “*especialmente* a audiência de instrução e julgamento designada para o próximo dia 15 de outubro de 2009”; e, no mérito, o trancamento do feito.

Insistem os impetrantes para que seja anulado o feito “a partir da audiência realizada em 16 de abril de 2009 (fl. 313), ocasião em que foi apresentada a defesa escrita do Paciente e da TIM Celular S.A. (fls. 314-358), não tendo sido apreciada pelo MM. Juízo processante” (fl. 3).

Reiteram os argumentos anteriormente apresentados, asseverando, em suma, a falta de justa causa para o prosseguimento do procedimento criminal. Em defesa de *Paulo Domingos* alegam: (I) atipicidade da conduta; (II) assinatura e efetivo cumprimento do Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta n. 001/07, devendo ser observado o princípio da proibição do *bis in idem* e o princípio do Direito Penal como *ultima ratio*; e (III) ausência de demonstração de nexa causal entre os fatos delituosos e a conduta do paciente. Ademais, aduzem que

(...) a Lei Municipal n. 6.079/06, que complementa o artigo 60 da Lei n. 9.605/1998, além de abordar especificamente “situações fáticas já consolidadas” e dispensar o atendimento de requisitos anteriormente fixados – leiam-se os contidos na Lei Municipal n. 4.957 “A” de 2001, alterada pela Lei n. 5.518 “A” de 2002 –, desde que celebrado o Termo de Compromisso do Ajustamento de Conduta, o qual não há dúvida de que foi feito (fls. 94-100), e revogar expressamente as disposições em sentido contrário contidas na aludida lei, por ser posterior e mais benéfica, tem necessariamente que retroagir para atingir situações pretéritas, conforme é premissa básica do Direito (fl. 14);

Finalmente, sustentam que, “em um outro procedimento criminal idêntico, de n. 033/2.08.0003770-7, oriundo também do Inquérito Civil supracitado [n. 33/06], mas tendo como autora dos fatos a empresa BCP S.A., no decorrer da audiência, a denúncia foi rejeitada pelo mesmo Juiz de Direito” (fl. 9).

Num primeiro momento, o pedido de liminar foi indeferido (fls. 742-743).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, e o parecer portou esta ementa (fl. 746):

Habeas corpus. Crime ambiental. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Impossibilidade. Inépcia da denúncia.

O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, somente admissível quando emerge clara, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não plenamente evidenciadas no caso.

Todavia, não foram atendidos os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, pelo que a denúncia é inepta. A inicial acusatória não demonstra, sequer de passagem, porque a Estação de Rádio-Base pode causar degradação ambiental; também não indica qualquer ato normativo que classifique dita atividade como **potencialmente poluidora**, lembrando que o Inquérito Civil Público foi arquivado à consideração de não se poder Propor a Ação Civil Pública apenas

com base no **princípio da precaução**. A denúncia, de outro lado, não descreve convenientemente em que consistiu a conduta do paciente para consumação do crime ambiental previsto no art. 60, da Lei n. 9.605/1998, referindo-se apenas à sua condição de Gerente Territorial de Rede da Região Sul (RS, SC e PR), *TIM Celulares S/A*, primeira denunciada.

Parecer pela concessão parcial da ordem para anular a ação penal, a partir da denúncia, por sua inépcia formal.

Em 08.10.2009, reconsiderando decisão anterior, concedi a liminar a fim de sobrestar a ação penal proposta contra o paciente até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Devido às informações dando conta de que fora deferido o requerimento do Ministério Público estadual de cisão do feito em relação ao paciente, para que pudesse prosseguir contra a pessoa jurídica, em 25.02.2010, tendo em vista haver litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica e a pessoa física, determinei o sobrestamento da ação penal também relação à *TIM Celular S.A.*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A Lei n. 9.605/1998 dispõe sobre condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, razão pela qual não creio que a conduta exposta pelo denunciante se enquadre no art. 60 (construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes). Confira-se, no ponto, a denúncia (fls. 321-322):

Desde meados de 2002 até novembro de 2007, na Rua Independência, n. 189, Centro; na Rua Primeiro de Março, n. 330, Centro; na Rua Seminarista Wendelino Plein, n. 63, Bairro Campina; na Avenida Unisinos, n. 950, Bairro Cristo Rei; na Rua Clemente Pinto, n. 317, Bairro Fião, e, ainda, na Rua Viamão esquina com Ijuí, Bairro Santa Teresa, ambas nesta Cidade, os denunciados, *TIM Celular S/A* e *Paulo Domingos*, em comunhão de esforços e conjunção de vontades, instalaram e fizeram funcionar 06 (seis) Estações de Rádio-Base - ERBs, sem licença e autorização do órgão ambiental competente.

Nas ocasiões, a pessoa jurídica *TIM Celular S/A*, prestadora de serviços de telefonia celular, e *Paulo Domingos*, Gerente Territorial de Rede da Região Sul (RS,

SC e PR) da 1ª denunciada, instalaram e mantiveram em pleno funcionamento as supracitadas Estações de Rádio-Base para prestação de serviços e atividades potencialmente poluidoras sem o licenciamento ambiental necessário, qual seja, a licença de operação emitida pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente - SEMMAN, em desacordo com as Leis Municipais n. 4.957/01, 5.158/02 e 6.079/06.

Os denunciados, apesar de terem pleno conhecimento da legislação municipal sobre o assunto e das regulamentações da *Anatel*, que impõem à operadora a observância das leis municipais e estaduais, instalaram e fizeram funcionar 6 (seis) Estações de Rádio-Base, as quais somente obtiveram licença de operação em novembro de 2007, conforme os documentos das fls. 144-159.

No meu modo de entender, a inicial acusatória não descreve em que teria consistido a prática dos atos para a consumação do delito, deixando de demonstrar o nexos causal entre a conduta e o resultado previsto no supracitado dispositivo. Ora, é inadmissível que se atribua determinada conduta a pessoa pelo simples fato de exercer função de gerência, sem se especificar a relação existente entre a sua ação e o evento criminoso. Ademais, para a caracterização do delito, a poluição gerada deve ter a capacidade de, ao menos, poder causar danos à saúde humana. No caso, em que medida haveria a poluição, se o próprio Ministério Público estadual, quando do arquivamento do Inquérito Civil n. 33/2006, atestou que “os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos”? Não se justifica, pois, a ação penal, por ser evidente a atipicidade da conduta descrita, mal descrita, aliás.

A propósito, veja-se o que disse a parecerista (fls. 754-759):

Na hipótese dos autos, embora a acusação tenha narrado a conduta que entende delituosa e apontado o paciente como co-responsável, na condição de gerente de redes da empresa de telefonia celular, não relata, ainda que de forma singela, o nexos de imputação correspondente, deixando de descrever, notadamente, o elemento subjetivo, haja vista que não esclareceu de que forma ele contribuiu para a consecução do delito – instalar e fazer funcionar as ERB's potencialmente poluidoras –, nem apontou o eventual dolo na ausência de licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes.

Nesse particular, não há prova de que o paciente teria concorrido para a instalação das ERB's, até porque a própria Secretaria Municipal do Meio Ambiente de São Leopoldo não possui informação acerca da data em que foram instaladas as antenas de telefonia celular - se antes ou depois de 2006, quando o paciente teria assumido o Estado do Rio Grande do Sul -, conforme o Ofício/PGM n. 209/2008, de 24 de julho de 2008 (fl. 215).

É certo que, dentre as atribuições da gerência da rede, destacam-se funções como: supervisão e monitoração das sub-redes com seus equipamentos e recursos; medição da utilização dos recursos; configuração dos equipamentos para funcionamento; configuração dos canais de transmissão; disponibilidade de recursos; manutenção dos equipamentos; provisionamento; confidencialidade de dados; integridade de dados e controle de acesso.

Também não se desconhece que o paciente, juntamente com *Alcides Athadeu Silveira*, representou a *TIM Celulares S/A* no Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta n. 001/2207, firmado entre Prefeitura Municipal de São Leopoldo-RS e a empresa, em 30 de março de 2007 (fls. 137-143).

Não restou demonstrado, todavia, o vínculo, ainda que mínimo, entre o risco causado ao objeto penalmente tutelado - estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidor - e a efetiva conduta do denunciado - instalando ou fazendo funcionar as ERB's -, para que se pudesse dar início à ação penal com o recebimento da denúncia.

Outro não é o entendimento desta Colenda Corte de Justiça:

Criminal. HC. Crimes de responsabilidade. Prefeito. Inépcia da denúncia. Enumeração genérica dos acontecimentos criminosos. Inexistência de individualização da conduta. Necessidade de descrição mínima da relação do paciente com os fatos delituosos. Ofensa ao princípio da ampla defesa. Ordem concedida.

I. Hipótese na qual o paciente, ex-Prefeito do Município de Gurinhém-PB, processado pela suposta prática de crimes de responsabilidade, alega, em especial, a inépcia da exordial, a qual teria atribuído ao réu meras irregularidades, que não configurariam tipos penais, além de ter descrito genericamente as condutas a ele imputadas, prejudicando a ampla defesa.

II. Evidenciado que nada foi esclarecido na denúncia, estando os fatos genericamente enumerados, de modo a criar óbices à ciência do acusado acerca dos atos concretos que ocasionaram a imputação a ele dos crimes de responsabilidade, resta configurado o constrangimento ilegal.

III. Não se constata o atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP, pois os fatos delituosos não se encontram devidamente expostos, com suas circunstâncias, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

IV. *A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente, isso não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele atribuída.*

V. *O simples fato de o réu ser ex-Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações*

e a sua condição de gestor da municipalidade, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

VI. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. Precedentes.

VII. Deve ser anulada a ação penal instaurada contra o paciente, por ser inepta a denúncia.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 53.466-PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 25.04.2006, DJ de 22.05.2006)

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal. Desarquivamento de inquérito policial. Novas provas a lastrearem a medida. Denúncia. Inépcia. Ocorrência.

I - Reconhecida a falsidade ideológica de certidão comprovatória do pagamento integral de contribuição previdenciária, circunstância capaz de alterar o panorama probatório em que foi acolhido o pedido de arquivamento do inquérito policial, não há ilegalidade no seu desarquivamento. Inteligência do art. 18 do Código de Processo Penal e da Súmula n. 524 do STF.

II - *A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente no crimes societários, isso não significa que o Parquet possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada.*

III - *O simples fato de o paciente ser sócio da sociedade empresária não autoriza a persecutio criminis in iudicio por crimes praticados em sua gestão se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da instrução criminal, o mínimo vínculo entre as imputações e a sua atuação na qualidade de sócio, porquanto a inobservância de tal ônus por parte do órgão acusador ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.*

Habeas corpus parcialmente concedido.

(HC n. 47.124-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19.09.2006, DJ de 23.10.2006)

Habeas corpus preventivo. Crime ambiental. Art. 40 da Lei n. 9.605/1998. Inépcia da denúncia. Ocorrência. Ausência de descrição mínima da conduta do paciente que teria contribuído para causar dano direto ou indireto à unidade de conservação. Mera alusão ao fato de ser proprietário do terreno. Inamissibilidade. Ordem concedida.

1. A formulação de qualquer denúncia criminal se acha submetida a exigências legais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), sem cujo integral atendimento não pode ser validamente exercido o poder de denunciar ou restará a iniciativa denunciatória carente de aceitabilidade judicial, devendo ser prontamente rejeitada pelo Juiz que a examina.

2. *In casu*, a denúncia não descreve, de forma clara e objetiva, como seria de rigor, a conduta perpetrada pelo agente que teria dado causa, provocado ou desencadeado, de forma direta ou indireta, o dano à área inserida em unidade de conservação ambiental.

3. Colhe-se dos autos, especialmente das peças do Inquérito Policial, que a conduta não teria sido perpetrada diretamente pelo paciente, mas por um caseiro, que trabalha e reside no local, tanto que o *Parquet* aduziu que a responsabilidade do acusado derivaria de sua condição de proprietário do sítio (art. 2o. da Lei n. 9.605/1998); entretanto, ainda nessa hipótese, mostrava-se indispensável que se declinasse qual a atitude ou a conduta que teria concorrido para o dano, de forma direta ou indireta, sendo vedada a imputação tão-somente pela relação da pessoa com a coisa (possuidor, proprietário, gerente, etc).

4. Concede-se a ordem, para declarar a nulidade da denúncia oferecida em desfavor do ora paciente, por inépcia, facultando ao Ministério Público apresentar nova peça acusatória, perante o Juízo competente, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

(HC n. 86.259-MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 10.06.2008, DJe 18.08.2008)

Habeas corpus. Crime ambiental. Prefeito. Inépcia da inicial configurada. Responsabilidade penal objetiva. Ordem parcialmente concedida.

1. O trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

2. *Hipótese em que, embora tenha narrado o delito e apontado o paciente como responsável, na condição de prefeito, da pessoa jurídica poluidora, no caso a municipalidade, praticante de, em tese, conduta típica, a acusação não relata, ainda que de forma singela, o nexó de imputação correspondente, deixando de descrever, notadamente, a conduta subjetiva, haja vista que não esclareceu de que forma ele contribuiu para a consecução do delito e o eventual dolo específico na degradação do meio ambiente.*

3. A atribuição do delito ao paciente pelo fato, tão-somente, de ele ser o chefe da administração municipal, sem a demonstração da forma pela qual participou na operacionalização dos atos administrativos afetos ao recolhimento e à destinação do lixo da cidade, significa impor-lhe o odioso instituto da responsabilidade penal objetiva.

4. Ordem parcialmente concedida para anular a ação penal (PCO-CR 1.0000.05.425115-2/000) desde o recebimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, uma vez sanados os vícios.

(HC n. 71.071-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 28.08.2008, DJe 06.10.2008)

Lado outro, no que tange à conduta delituosa imputada ao paciente, penso que a denúncia não a descreve com os elementos previstos no art. 60, da Lei n. 9.605/1998, que estabelece como crime as ações de “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços **potencialmente poluidores**, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes”.

A denúncia alhures transcrita deixa de apontar circunstância elementar do tipo penal imputado ao paciente, qual seja, **a potencialidade poluidora** da obra ou serviço que instalou e fez funcionar. A denúncia não demonstra, sequer de passagem, porque a Estação de Rádio-Base pode causar degradação ambiental; também não indica qualquer ato normativo que classifique dita atividade como **potencialmente poluidora**.

Para caracterização do tipo penal em destaque, “faz-se necessário que o estabelecimento, obra ou serviço seja suscetível – de maneira virtualmente provável – de causar poluição – em sentido amplo, podendo ser hídrica, atmosférica, sonora, etc.” (Luiz Regis Prado, *in* Crimes contra o Ambiente, 2ª Ed., Ed Revista dos Tribunais, 2001, pág.181). Ainda como bem asseverou Guilherme de Souza Nucci, a lei fez questão de deixar clara a situação de perigo abstrato, pois não se está construindo, reformando, ampliando, instalando ou fazendo funcionar estabelecimento, obra ou serviço *efetivamente* poluidor, isto é, que gera sujeira, maculando o meio ambiente; mas, sim, *potencialmente* poluidor, ou seja, que tenha vigor, força, para poluir o meio ambiente (Leis penais e processuais penais comentadas. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 843).

Assim, a denúncia deve demonstrar, minimamente, a **possibilidade** de o empreendimento **causar poluição**, o que não se fez na denúncia.

Aliás, ao deixar de propor Ação Civil Pública contra a empresa, o Ministério Público consignou:

Considerando que os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em

seres humanos ainda não são completamente conhecidos, **não há como ajuizar Ação Civil Pública com base única e exclusivamente no princípio da precaução.**

Nesse sentido, cita-se:

(...)

Assim, considerando que as estações de rádio-base instaladas no município de São Leopoldo pelas operadoras Telet, Tim, Nextel e Brasil Telecom estão regularizadas, pois obtiveram o licenciamento ambiental, e que **não há comprovação de efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas geradas pelas ERB's, entendendo resolvida a questão.** (Fls. 147-150 - vol. 01)

Parece até contraditório que não tenha vislumbrado motivo para a propositura da ação civil pública – de repercussão mais branda para o indivíduo que a ação penal, com reflexos na liberdade de locomoção –, por falta de **comprovação de efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas geradas pelas ERB's**, e por conta dos mesmos fatos, pretenda perseguir criminalmente o paciente, imputando-lhe a prática da conduta de *instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores*, sem indicar, todavia, em que consiste tal risco.

A denúncia, portanto, não atende às exigências previstas no art. 41, do Código de Processo Penal.

À vista do exposto, opina-se pela concessão da ordem para anular o processo desde a denúncia, por sua inépcia formal.

Há, ainda, precedente da Sexta Turma segundo o qual fatos tais e quais o aqui relatado pela denúncia não interessam ao Direito Penal. Para o HC n. 148.061-SC (DJe de 23.08.2010) o Ministro Nilson Naves escreveu esta ementa:

Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção). Crime ambiental (caso). Antena de telecomunicações (instalação). Licença (deferimento). Estação de rádio (funcionamento). Autorização definitiva (concessão). Princípio da insignificância (adoção).

1. Determina a norma (constitucional e infraconstitucional) que se conceda *habeas corpus* sempre que alguém esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação; trata-se de dar proteção à liberdade de ir, ficar e vir, liberdade indubitavelmente possível em todo o seu alcance.

2. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Quando fundado, por exemplo, na alegação de falta de justa causa, impõe-se sejam as

provas verificadas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

3. A melhor das compreensões penais recomenda não seja mesmo o ordenamento jurídico penal destinado a questões menores.

4. Antes, falou-se, a propósito, do princípio da adequação social; hoje, fala-se, a propósito, do princípio da insignificância. Já foi escrito: "Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se."

5. É penalmente insignificante, dúvida não há, o funcionamento de estação de rádio no período de dois meses entre o vencimento de licença ambiental e a concessão, em definitivo, de nova autorização pela autoridade administrativa.

6. A insignificância, é claro, mexe com a tipicidade, donde a conclusão de que fatos dessa natureza evidentemente não constituem crime.

7. *Habeas corpus* concedido.

De mais a mais, é estranho que o Ministério Público archive o inquérito civil por não haver poluição e, ao mesmo tempo, sugira a abertura do inquérito policial, esquecendo-se de que o Direito Penal é residual, opera, somente, em *ultima ratio*.

Por fim, como somente se admite a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais nas hipóteses de imputação simultânea da pessoa física que atua em seu nome, responsável por sua gerência, *in casu*, concedida a ordem em relação ao gerente da *TIM Celular S.A.*, não há como manter o feito apenas em relação à empresa.

Acolhendo o parecer, voto pela concessão da ordem a fim de extinguir a ação penal (Procedimento n. 033/2.08.0003937-8), em trâmite no Juizado Especial Criminal Adjunto à 2ª Vara Criminal da comarca de São Leopoldo, resultante da denúncia de 10.12.2008.

HABEAS CORPUS N. 148.140-RS (2009/0184111-1)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)
Impetrante: Luiz Alfredo Schütz - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Márcio Rodrigues Portes da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Furto qualificado. Absolvição em primeiro grau. Acórdão condenatório amparado em provas produzidas exclusivamente na fase inquisitorial. Nulidade. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem concedida.

1. A função do inquérito é fornecer elementos tendentes à abertura da ação penal, a exemplo do que reza o art. 12 do Código de Processo Penal: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

2. A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz. O processo é judicial, e não é policial. Isso significa que a sentença condenatória há, sobretudo, de se fundar nos elementos de convicção da fase judicial.

3. Ordem concedida a fim de restabelecer a sentença absolutória.

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 Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Og Fernandes 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), 07 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 25.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Márcio Rodrigues Portes da Silva, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 70030370019).

Narra a impetração que o paciente e o corréu Vitor foram denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, porque no dia 22.01.2003 teriam subtraído, mediante rompimento de obstáculo, um aparelho de som, dois rádios de transmissão, uma sacola de viagem, três relógios de pulso e duzentos chicletes de diversos sabores, pertencentes a Silfredo Ari Tischer.

A denúncia foi recebida no dia 05 de dezembro de 2003.

Quanto ao denunciado Vitor, foi então o processo separado, tendo em vista a instauração de incidente de insanidade mental.

Data a sentença de 13.01.2009, e eis aqui a sua conclusão:

A autoria do delito não resta comprovada, no caso.

Conquanto as provas produzidas na seara extrajudicial tenham apontado o denunciado como um dos possíveis co-autores do furto, referidas provas não foram corroboradas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Importa referir que, em consonância com o art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, temos:

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

Nenhum depoimento prestado é conclusivo, no sentido de apontar, com segurança, a autoria do delito descrito na denúncia.

[...]

Conquanto o corréu interrogado tenha apontado o denunciado como autor do delito praticado, importa referir que o fez eximindo-se da culpa, imputando a Márcio toda a prática do delito. Por outro lado, mister referir que foi instaurado incidente de insanidade mental com relação ao denunciado Victor, “diante da existência de dúvida sobre a sua integridade mental”.

Assim sendo, tenho que o teor do interrogatório de fl. 59 não possui a credibilidade necessária de modo a suportar um decreto condenatório.

A vítima nada sabe acerca da autoria do fato, tendo em vista que não estava em casa quando de sua ocorrência.

O policial militar ouvido em juízo também declarou nada saber acerca da autoria.

As testemunhas, portanto, não apontam uma única circunstância capaz de assegurar a autoria do réu.

Portanto, diante da dissonância existente entre as provas produzidas na investigação e as colhidas em juízo, a tese esposada na denúncia não se sustenta.

Ademais, importa salientar que a condenação deve estar alicerçada em juízo de certeza, que inexistente ante a prova produzida, tornando impositiva a absolvição, em face do princípio *in dubio pro reo*, mormente tendo em vista que o Direito Penal busca pela verdade real e não admite o exercício intelectual da presunção como fundamento condenatório.

Irresignado, recorreu o Ministério Público ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A Quarta Câmara Criminal deu provimento ao apelo, e os fundamentos foram estes:

A materialidade do delito está consubstanciada nos vários documentos acostados durante a fase inquisitorial, como boletim de ocorrência (fls. 08), autos de apreensão, arrecadação e restituição (fls. 11, 14 e 23), além da prova oral colhida na delegacia.

Não se pode fechar os olhos e dizer que faltam provas, pois ambos os agentes confessaram na polícia (fls. 15 e 18) e a companheira do réu Márcio, foi entregar parte da *res furtiva* na delegacia (fls. 14). Ainda, o relato dos agentes converge com o depoimento do lesado, sendo compatível com as demais provas do processo. Inclusive, a qualificadora do rompimento de obstáculo ficou estampada no relato do corréu Vítor, ao confirmar que o réu/apelado Márcio “estourou” uma janela dos fundos (fls. 18), fato também referido pelo lesado, tanto na delegacia (fl. 19) como em juízo (fls. 89), sendo suficiente a prova oral para comprová-la.

Em juízo, o corréu Vítor (fls. 59-60) teceu relato semelhante àquele prestado na delegacia, confirmando a autoria dos dois, mas imputando a iniciativa do delito a Márcio, revel, cuja condenação o Ministério Público pede nas razões recursais.

Contudo, foi instaurado incidente de insanidade mental em relação ao corréu Vitor, com suspensão do processo em relação ao mesmo, prosseguindo a ação penal somente contra o réu Márcio.

De qualquer forma, o que sobressai é a autoria por parte dos dois réus e a necessidade de condenação do réu Márcio, estando igualmente comprovada a qualificadora do concurso de pessoas. É certo que o art. 155 do CPP dispõe que a condenação criminal não pode se basear somente na prova produzida na delegacia. Porém, as novas disposições do Código de Processo Penal, se forem interpretadas unicamente de forma literal, reduzem significativamente as chances de punição. No caso, há confissão integral na fase inquisitorial, além de comprovação de que a *res furtiva* realmente estava em poder dos agentes, tanto que a maior parte foi devolvida, sendo impositiva a condenação do réu Márcio, nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV do CPP.

Sopesando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, sobressai negativa a certidão de antecedentes, fls. 103-104, com outras duas denúncias contra o réu Márcio, o que indica má conduta social.

Assim, a pena-base deve ser fixada em 03 (três) anos de reclusão, tornando-se definitiva nesse patamar, na ausência de causas modificadoras da pena. A multa vai fixada em 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo e, em razão da certidão de antecedentes, o regime de cumprimento de pena é o semi-aberto e fica vedada a substituição por penas restritivas de direitos.

Por tais fundamentos, voto pelo provimento do recurso do Ministério Público.

Vieram ter o Superior Tribunal de Justiça os impetrantes do atual *habeas corpus* com estas conclusões:

Com a devida venia, o argumento utilizado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para condenar o réu é manifestamente inidôneo. Não é admissível que se diga que se pode condenar um acusado somente com a prova produzida na delegacia porque do contrário “se reduzem significativamente as chances de punição”.

Há flagrante constrangimento ilegal na condenação imposta.

[...]

Além de condenar o réu passando por cima do art. 155 do CPP, o Tribunal Gaúcho ainda estabeleceu a pena-base 01 ano acima do mínimo legal de 02 anos, ao fundamento de que o réu apresenta má conduta social por ter outras duas denúncias contra ele.

Porém, ação penal em andamento não deve ser levada em consideração na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, conforme a firme jurisprudência dos Tribunais Superiores a tal respeito.

[...]

Pelo exposto, demonstrado o constrangimento ilegal que sofre o condenado ora apontado como paciente, requer-se a Vossa Excelência a concessão da ordem de habeas corpus, conforme o disposto no art. 647, c.c. o art. 648, inciso I, do CPP, para que seja cassado o acórdão atacado e restabelecida a sentença absolutória de primeiro grau ou, assim não sendo, seja redimensionada a pena, com o afastamento do reconhecimento como desfavorável a circunstância judicial da conduta social pela só consideração de processos em andamento.

O pedido de liminar foi deferido. Eis o teor da decisão:

Este Superior Tribunal de Justiça entende que é vedado ao Magistrado proferir sentença condenatória baseada exclusivamente em elementos de convicção colhidos nos autos do inquérito policial, em razão do artigo 155 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008.

No entanto, a existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório.

A propósito: AgRg no HC n. 118.761-MS, de minha relatoria, DJe 16.03.2009; HC n. 68.193-PE, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 04.05.2009.

No presente caso, o acórdão impugnado está assim fundamentado:

[...]

Assim, baseando-se o aresto exclusivamente em elementos de convicção colhidos na fase do inquérito policial, entendo estar justificada a concessão da cautela de urgência.

Por outro lado, o pedido de redução da pena, em face da ausência de maus antecedentes do paciente, possui natureza inteiramente satisfativa, sendo incompatível com o juízo antecipado e superficial.

Desta forma, concedo a liminar, apenas para suspender os efeitos do acórdão impugnado, mantendo a decisão de primeiro grau, até o julgamento final do presente *writ*.

O Ministério Público Federal é pela concessão da ordem, e o parecer recebeu esta ementa:

Habeas corpus. Apelação. Furto qualificado. Condenação respaldada em confissão extrajudicial. Inobservância do art. 155 do CPP. Pela concessão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Concluiu o Juiz da sentença, quanto a Márcio, que a ação penal era improcedente. Eis, em repetição, o que disse o Juiz sobre a autoria do crime de furto qualificado:

Nenhum depoimento prestado é conclusivo, no sentido de apontar, com segurança, a autoria do delito descrito na denúncia.

[...]

Conquanto o corréu interrogado tenha apontado o denunciado como autor do delito praticado, importa referir que o fez eximindo-se da culpa, imputando a Márcio toda a prática do delito. Por outro lado, mister referir que foi instaurado incidente de insanidade mental com relação ao denunciado Victor, “diante da existência de dúvida sobre a sua integridade mental”.

Assim sendo, tenho que o teor do interrogatório de fl. 59 não possui a credibilidade necessária de modo a suportar um decreto condenatório.

A vítima nada sabe acerca da autoria do fato, tendo em vista que não estava em casa quando de sua ocorrência.

O policial militar ouvido em juízo também declarou nada saber acerca da autoria.

As testemunhas, portanto, não apontam uma única circunstância capaz de assegurar a autoria do réu.

Portanto, diante da dissonância existente entre as provas produzidas na investigação e as colhidas em juízo, a tese esposada na denúncia não se sustenta.

Segundo o que visto do relatório, o Ministério Público Federal é pela sentença, de sorte que é pela concessão da ordem. Veja-se:

De fato, mesmo antes da reforma do processo penal a confissão extrajudicial possuía valor probante relativo, não servindo por si só como elemento de condenação em juízo. A nova redação do art. 155 do CPP tornou expresso o que já vinha sendo consagrado na jurisprudência, ao expor que, em regra, o juiz deve proferir sua decisão baseando-se na prova produzida na fase judicial, e excepcionalmente, os elementos colhidos na fase do inquérito policial poderão ser utilizados pelo julgador para fundamentar sua decisão, desde que não sejam os únicos, e, evidentemente, devem ter sido colhidos com a garantia do contraditório.

No caso vertente, a confissão obtida na fase extrajudicial e não confirmada em juízo não serve por si só como elemento de prova, não podendo, por isso, ser utilizada para respaldar a decisão condenatória proferida pelo TJRS.

Como vimos das transcrições acima, o acórdão está amparado somente na prova do inquérito. Confirmo-lo: (I) “ambos os agentes confessaram na polícia (fls. 15 e 18) e a companheira do réu Márcio, foi entregar parte da *res furtiva* na delegacia (fls. 14)”;

e (II) “É certo que o art. 155 do CPP dispõe que a condenação criminal não pode se basear somente na prova produzida na delegacia. Porém, as novas disposições do Código de Processo Penal, se forem interpretadas unicamente de forma literal, reduzem significativamente as chances de punição”.

A função do inquérito é fornecer elementos tendentes à abertura da ação penal, a exemplo do que reza o art. 12 do Código de Processo Penal: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.” Na Exposição de Motivos do Código, escreveu-se o seguinte: (I) “foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais”; (II) “há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal”; (III) “por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo?”. Funcionando, pelo visto, como processo preliminar ou como instrução provisória, o inquérito, por si e somente, isto é, por somente o que nele se colheu, bastaria, é a pergunta que se impõe, para a condenação? Noutras palavras, o inquérito seria elemento de convicção – elemento tendente a dar suporte à sentença condenatória?

Tenho minhas dúvidas. Escreveu, todavia, Espínola “que prevalecem os inquéritos policiais, com valor probatório, se não são invalidados por prova em contrário”. Escreveu antes: (I) “embora seja o inquérito – policial, militar ou administrativo – uma peça destinada, precipuamente, a instruir a denúncia, ou a queixa, o juiz não o despreza, na apreciação da prova, ao proferir a sentença”; (II) “firmou-se, pois, a direção da jurisprudência, no sentido de atender ao inquérito, no conjunto dos seus elementos, e mesmo aos depoimentos de testemunhas que nele se tomaram, sob condição de não encontrarem a oposição de prova formada em juízo, inutilizando-os ou os modificando” (“Código de Processo Penal brasileiro anotado”, 1965, vol. I, p. 253-5).

Todavia o meu convencimento é outro. É o de um antigo acórdão também citado por Espínola: “A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei”. É de 1927, da então Corte de Apelação do Distrito Federal. Assim, o meu convencimento, encontra amparo neste

acórdão, também o encontra na Exposição de Motivos e na redação dada ao art. 155 do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.690/2008. Ora, se o feito é o de instrução provisória, não cabe ao inquérito o feito de instrução definitiva, aquela processada, por isso legítima, perante juiz natural e competente. Cabe à acusação acusar; sem dúvida, incumbe-lhe fazer a prova, fazê-la no curso da instrução criminal ou formação da culpa, respeitado, evidentemente, o contraditório. Tal não acontece na instrução provisória. Há mais: em meu sentir não cabe à defesa destruir, em juízo, o que só ficou apurado no inquérito. A tarefa de construir em direção à sentença condenatória é da acusação, é trabalho a ser desenvolvido principalmente em juízo. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz. O processo é judicial, e não é policial. Isso significa que a sentença condenatória há, sobretudo, de se fundar nos elementos de convicção da fase judicial.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de roubo circunstanciado. Absolvição em primeiro grau. Acórdão condenatório, amparado em provas produzidas exclusivamente na fase inquisitorial. Impossibilidade. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

1. O inquérito policial é procedimento meramente informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante ao indiciado o exercício da ampla defesa, afigurando-se, portanto, nulo o decreto condenatório que não produz, ao longo da instrução criminal, qualquer outra prova hábil para fundamentá-lo. Precedentes desta Corte.

2. O Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial para condenar os Pacientes, amparou-se no auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, depoimento da vítima colhido na fase inquisitorial, bem como na confissão extrajudicial de um dos acusados, que não restou ratificada em juízo. Não houve, assim, qualquer prova desfavorável produzida na fase judicial, evidenciado, com isso, flagrante constrangimento ilegal na condenação imposta.

3. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, restabelecer a sentença de primeiro grau que absolveu os ora Pacientes. (HC n. 112.577-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 03.08.2009.)

Habeas corpus. Direito Penal. Furto qualificado. Sentença. Absolvição. Acórdão condenação com base na prova produzida na fase inquisitorial. Incabimento.

1. Fundada a condenação, na prova produzida no inquérito policial, é de rigor a sua desconstituição, por violado o *due process of law*.

2. Ordem concedida. (HC n. 24.950-MG, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 04.08.2008.)

Condenação (fundamentos). Provas (fase inquisitorial). Contraditório e ampla defesa (inobservância). Nulidade (ocorrência).

1. É condição infastável do devido processo legal a observância do contraditório e da ampla defesa. Não se concebe, dessa maneira, possa haver legítima condenação quando o Poder Judiciário se embasar somente em provas colhidas, unilateralmente, na fase do inquérito policial, embora suficientes para o oferecimento da denúncia.

2. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz, o que não ocorreu na espécie.

3. *Habeas corpus* deferido para se restabelecer a sentença absolutória. (HC n. 44.305-SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 04.06.2007.)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Roubo. Concurso de pessoas. Condenação amparada, exclusivamente, nas declarações prestadas pelos acusados na fase inquisitorial. Ausência de outras provas produzidas com observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Absolvição como única solução. Ordem concedida.

1. O fato de os acusados terem afirmado, na fase inquisitorial, que o paciente emprestou a arma, mediante o pagamento de R\$ 100,00, para que fosse praticado o delito narrado na denúncia, não se mostra suficiente para sustentar o decreto condenatório, principalmente quando, em Juízo, houve a retratação dessas declarações, além de não ter sido produzida, ao longo da instrução criminal, nenhuma outra prova que pudesse firmar a conduta delitiva denunciada.

2. O inquérito policial é procedimento meramente informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante aos indiciados o exercício da ampla defesa, razão pela qual se impõe, na hipótese, a absolvição do paciente.

3. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória. (HC n. 56.176-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves, DJ de 18.12.2006.)

Tal a situação, concedo a ordem a fim de restabelecer a sentença absolutória.
É como voto.



HABEAS CORPUS N. 157.812-MG (2009/0247906-7)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Advogado: Daniel Alysson Marra Pereira - Defensor Público
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Rafael Luiz Perpétuo

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Crime praticado na vigência das Leis n. 11.343/2006 e 11.464/2007. Estabelecimento de regime prisional diverso do fechado. Possibilidade. Reprimenda inferior a quatro anos, reconhecimento de primariedade, presença da confissão e inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Comando legal que deve ser compatibilizado com os princípios da individualização da pena e proporcionalidade. Substituição da sanção corporal por restritivas de direitos. Viabilidade. Precedentes do STJ e STF.

1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; a presença da atenuante da confissão espontânea; a pequena quantidade de entorpecentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos.

3. Ordem concedida para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções.

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

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

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 21.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Rafael Luiz Perpétuo, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negou provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33 c.c. art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, pois guardava 19 (dezenove) pedras de *crack*, “pesando 3,50 g (três gramas e cinquenta) centigramas” (fls. 11).

Ao final da instrução, sobreveio sentença, condenando-o à pena de 1 (ano) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, improvida pela Corte Estadual.

Neste *writ*, requer o impetrante a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal, sob o argumento de que “a estipulação, a priori, do regime de cumprimento de pena, como previsto na lei de crime hediondo, é uma ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena” (fl. 5).

Pleiteia, ainda, a concessão de sursis, alegando que ele “não foi vedado para a hipótese prevista no artigo 33, § 4, da lei de tóxicos, tampouco pela lei de crimes hediondos”.

O parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada é pela *denegação* da ordem (fls. 30-35), conforme ementa abaixo:

Direito Penal. Legislação especial. Tráfico qualificado privilegiado. *Sursis*. Regime aberto.

- A conduta típica pela qual restou condenado o paciente foi praticada em 08.09.2008, quando já se encontrava em vigor a Lei n. 8.072/1990, para fixar o regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados por força constitucional, como é o caso do tráfico de substâncias entorpecentes.

- Vedação legal à concessão do *sursis*. Art. 44, da Lei n. 11.343/2006.

- Julgamento do HC n. 97.256-RS afeto ao Pleno do C. Supremo Tribunal Federal.

- Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, para melhor delinear a questão, recupero trecho da sentença condenatória na parte em que fixou a pena e o regime prisional, *in verbis*:

Por tal, fixo ao réu a *pena-base* em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias/multa. Deixo de aplicar a atenuante da confissão, eis que a pena-base já foi fixada em seu mínimo legal. Em face da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, tal seja 03 (três) anos e 04 (quatro) meses e 333 dias/multa, *passando-a para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa*. Em face da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, aumento-a em 1/6, tal seja, 03 (três) meses e 10 (dez) dias a pena corporal e 28 dias a pecuniária, **concretizando-a em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa**. Em face da inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou outras agravantes, bem como de causas de diminuição e outras de aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime **inicialmente fechado**, na esteira do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela novel Lei n. 11.464/2007, que dispõe que: "A pena por crime previsto neste artigo (dentre eles o tráfico de entorpecentes), será cumprida inicialmente em regime fechado" (fl. 15).

Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, o fato é que, mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados –, a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias

judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

O legislador pátrio, atento à referida evolução jurisprudencial, editou, em 28.03.2007, a Lei n. 11.464, que, modificando a redação da Lei n. 8.072/1990, **derrogou a vedação à progressão de regime**, estabelecendo que a pena a condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo devem ser descontadas apenas **inicialmente** no regime fechado.

No entanto, persistiu – e ainda persiste – a odiosa ofensa ao princípio da individualização pena. Ora, **se o dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos** – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – **que iniciem a expiação no regime mais gravoso**.

Ainda mais. A Lei não anda em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

É certo que neste Colegiado já contamos com alguns julgados no sentido ora defendido. Sejam exemplos, os *Habeas Corpus n. 130.113-SC*, Relator Ministro Nilson Naves; *Habeas Corpus n. 154.570-RS*, Relatora Ministra Maria Thereza; e *Habeas Corpus n. 128.889-DF*, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Deste último precedente, recupero a ementa:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n. 11.464/2007. Aplicação do regime inicial fechado. Pena de curta duração. Ambiente deletério e prejudicial à recuperação da condenada. Ordem concedida.

1. *Verifica-se que o delito fora praticado em 04.10.2007, quando a Lei n. 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor*. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. *Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea c, deve ser o aberto*.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

(HC n. 128.889-DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 05.10.2009)

Na hipótese, vimos que a pena-base foi fixada no patamar mínimo, dada a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Também a pequena quantidade de droga – lembro: 3,5 gramas de *crack* –, aliada à presença da atenuante da confissão espontânea, levam-me a entender pela viabilidade do estabelecimento do regime aberto para o desconto da expiação.

Atento às mesmas balizas, tenho que é possível a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

É certo que num momento anterior, quando da apreciação da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* n. 120.353-SP, defendi na Corte Especial a possibilidade da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos também aos condenados na vigência da Lei n. 11.343/2006, ficando vencido, juntamente com o ilustre Ministro Nilson Naves.

Contudo, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.776-RS (sessão de 18.03.2010 – acórdão pendente de publicação), esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.

Vale lembrar que essa orientação encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte. Senão, vejamos:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Art. 44 da Lei n. 11.343/2006: impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/1988). Ordem parcialmente concedida.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do

razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convação em causa, na concreta situação do paciente.

(HC n. 97.256-RS, *Tribunal Pleno*, Relator Ministro Ayres Britto, DJe de 16.12.2010)

Pelo exposto, *concedo a ordem* para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à

comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 161.660-PR (2010/0021213-8)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Alexandre Longo

Advogado: Rosa Marina Tristão Rodrigues Longo

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Alexandre Longo

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990, art. 325 e 319 do Código Penal. Interceptação telefônica. Nulidade. (1) Embasamento em notícia anônima. Existência de outros elementos informativos, como depoimentos colhidos perante o Ministério Público. Irregularidade. Não verificação. (2) Ausência de prévio inquérito. Pleito formulado no curso de procedimento investigatório ministerial. Constrangimento. Ausência. (3) Decreto da interceptação. Motivação concreta. Reconhecimento. (4) Prorrogações. Fundamentação idoneidade. (5) Atuação irregular da polícia. Correção pelo magistrado. Ilegalidade. Ausência. (5) Referências em relatórios policiais a fatos desligados da persecução. Não utilização pelo magistrado para as prorrogações nem pelo *Parquet* para denunciar. Constrangimento. Não verificação.

1. O anonimato, *per se*, não serve para embasar a instauração de inquérito policial ou a interceptação de comunicação telefônica. Contudo, *in casu*, ao escrito apócrifo somaram-se depoimentos prestados perante o Ministério Público, que, só então, formulou o requerimento respectivo.

2. Por mais que o requerimento de interceptação telefônica tenha sido formulado antes da instauração de inquérito policial, como o pleito teve origem no seio de procedimento investigatório ministerial, não há falar em ilegalidade. De mais a mais, nesta impetração não se insurge contra os poderes investigatórios do Ministério Público.

3. Na espécie, a decretação da interceptação telefônica atendeu aos pressupostos e fundamentos de cautelaridade. O crime investigado era punido com reclusão, havia investigação formalmente instaurada, apontou-se a necessidade da medida extrema e a dificuldade para a sua apuração por outros meios, além do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.

4. A interceptação telefônica é medida cautelar penal, marcada, ontologicamente, pela necessidade e pela brevidade. Ao magistrado se exige esmero na fundamentação de sua decretação e da prorrogação, sob pena de se malograr em banalização da constrição à privacidade. *In casu*, houve algumas irregularidades na execução da medida, todas corrigidas pelo magistrado. As decisões de prorrogação de interceptação retomaram os fundamentos da interceptação, evidenciando a necessidade da medida. Diante da continuação do quadro de imprescindibilidade da providência cautelar, não se apura irregularidade na manutenção da constrição por período de sete meses, dado que lastreada em decisão motivada.

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: “Proseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi denegando a ordem, e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) 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), 05 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 25.04.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em favor de *Alexandre Longo*, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (HC n. 2009.04.00.042915-9).

Consta dos autos que o paciente responde à Ação Penal n. 2007.70.09.001531-6-PR, pela suposta prática dos delitos tipificados no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990, por seis vezes, em concurso material, art. 325, § 1º, II, art. 325, § 1º, II, cumulado com art. 319, em concurso formal, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

A defesa ajuizou prévio *writ*, perante o Tribunal de origem, buscando o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas por meio de interceptações telefônicas e telemáticas (*e-mail*) e sua retirada dos autos, mas a ordem foi denegada, de cujo aresto se extrai o seguinte:

Trata-se de *habeas corpus* objetivando “decretar a ilicitude desses meios de prova [interceptação telefônica], e, no mesmo passo, a nulidade das decisões judiciais que os decretaram”, bem como, “de conseguinte, determinar a exclusão dos autos da ação penal de todos os documentos e mídias relativos a essas interceptações telefônicas e de e-mails, a fim de que sejam oportunamente destruídos”.

Consta dos autos que Alexandre Longo foi denunciado, juntamente com outros três indivíduos, pela suposta prática dos delitos do artigo 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 em concurso material por seis vezes, artigo 325, § 1º, inciso II, artigo 325, *caput*, combinado com o artigo 319, na modalidade de concurso formal, combinado com o artigo 71, todos do Código Penal.

O impetrante sustenta a nulidade da prova obtida mediante a interceptação das comunicações telefônicas e por “e-mails” que “o Paciente manteve ao longo dos meses de março a outubro de 2007”. Refere que o vício decorre “por violação desproporcional e indevidamente motivada aos direitos-garantias fundamentais do Paciente ao segredo de suas comunicações telefônicas e informatizadas, e a não fornecer prova contra si mesmo, bem como por extrapolação de limite temporal razoável à duração das interceptações autorizadas e prorrogadas na

espécie". Nesse aspecto, aduz que "diversos terminais telefônicos fixos e móveis do Paciente, bem como seu endereço eletrônico, sofreram interceptações durante lapso de 240 dias, ou 8 meses, sem que em momento algum tal extensão cronológica houvesse sido devidamente justificada nos autos", sendo que ocorreram "interceptações a terminais não autorizados" e "escutas em períodos não cobertos pelos sucessivos alvarás judiciais". Postula a concessão de medida liminar "tão só para vedar provisoriamente qualquer utilização e/ou valoração das provas ora aqui inactivadas até que esta Colenda Turma aprecie o mérito da ordem impetrada".

(...)

Na decisão que indeferiu a pretensão liminar, a matéria foi examinada nos seguintes termos:

A Constituição Federal giza que o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (artigo 5º, inciso XII).

Havendo, portanto, previsão legal para que se promova a interceptação de comunicações telefônicas, não se evidencia vício nesse tipo de prova, desde que observados os respectivos preceitos legais, pois em muitos casos o direito privado é relativizado frente ao interesse público, que prepondera sobre aquele. Consoante consignou o Supremo Tribunal Federal, "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros" (MS n. 23.452-RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJU, ed. 12.05.2000).

A respeito da duração, importa destacar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "As prorrogações da interceptação telefônica, autorizadas pelo Juízo, de fato não podem exceder 15 dias; porém, podem ser renovadas por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes, em que possa ocorrer a renovação, desde que comprovada a necessidade" (HC n. 34.701-SP, STJ, 6ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU, ed.

19.12.2005, p. 473), bem como que "A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo Juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela Polícia" (HC n. 60.809-RJ, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJU, ed. 22.06.2007, p. 261).

A Lei n. 9.296/1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Com efeito, do exame perfunctório dos autos, constata-se que as decisões judiciais que autorizaram, e que renovaram, as interceptações das comunicações telefônicas e informatizadas foram, em princípio, devidamente fundamentadas, atendendo, aparentemente, os preceitos legais para a medida. Além da autoridade impetrada destacar que inexistem "nos autos outros dados que permitam inferir que a investigação pode prosseguir por seus meios ordinários", acrescenta que "A urgência na apuração dos delitos, até mesmo para que eventuais conseqüências sejam minimizadas, impõe que a prova pretendida seja obtida por meio das medidas requeridas". Ainda que de forma sucinta, a decisão inaugural da medida em apreço declina as razões que autorizaram a quebra do sigilo daquelas comunicações. Tendo em vista os resultados obtidos com as interceptações, foram deferidas as respectivas renovações.

Vale destacar que o juízo impetrado estava atento aos pedidos de prorrogação formulados pelo órgão encarregado da investigação, uma vez que requereu esclarecimentos quando constatou possíveis irregularidades na condução das interceptações autorizadas (fl. 140 do volume I do Apenso), prestadas nas fls. 144-145. Ato contínuo, determinou que "Tudo que foi apurado a partir da interceptação do terminal (...) no período compreendido entre 20.04.2007 e 04.05.2007 não pode servir para qualquer finalidade, haja vista que tal interceptação não estava lastreada pela indispensável autorização judicial", determinando a respectiva inutilização do respectivo material produzido (fl. 172).

Tais fatos denunciam a perspicácia e preocupação da autoridade impetrada na condução das medidas que resultaram na produção de provas decorrentes das interceptações das comunicações, telefônicas e informatizadas, do paciente.

Portanto, não se pode, desde já, concluir que a apontada prova produzida, cuja ilegalidade não resta, nesta oportunidade de exame sumário da matéria, flagrantemente demonstrada, irá servir de base para eventual sentença condenatória. O que o impetrante pretende é que se faça juízo prematuro acerca da legalidade de prova cuja utilização para o fim antes referido pode não se concretizar. Tal exame deve ser realizado pelo juiz da causa e, posteriormente, se for o caso, pelo competente tribunal de apelação, que poderão, frente a todos os elementos de prova apurados durante a investigação e instrução processual, melhor examinar a matéria.

De qualquer forma, verifica-se que o processo teve por encerrada a fase para as partes requererem a realização de diligências (artigo 402 do CPP), não se evidenciando iminente perigo à liberdade de ir e vir do paciente a justificar a concessão da medida de urgência ora pleiteada.

Isso posto, indefiro a liminar requerida.

Nas informações prestadas, referiu o juízo *a quo*:

As interceptações levadas a cabo no bojo deste feito, ainda quando em incipiente fase (pré-processual) deste caso penal, que já caminha para a apresentação das alegações finais, foram integralmente cumpridas, observando-se os relevantes requisitos constitucionais e legais para concessão da medida excepcional de interceptação.

Vale dizer, a decisão inaugural de interceptação (cuja cópia encaminho em anexo) tratou, com esmero, a situação prática apresentada, evidenciando-se a sobreposição do interesse público na apuração dos fatos ao direito individual relativo ao sigilo das comunicações.

Além disso, todas as prorrogações das medidas investigativas basearam-se em razoáveis indícios do cometimento de infração penal, tanto é verdade que este juízo decretou a prisão preventiva dos acusados Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley, conforme decisão exarada em 21.09.2007 (cópia em anexo).

(...)

No tocante ao período de interceptação não contemplado pelo alvará, cumpre ressaltar as três decisões proferidas (cujas cópias seguem em anexo), onde se verifica o cuidado deste juízo no trato da questão em comento, bem como a ativa e diligente correção dos fatos, conforme se vê dos seguintes trechos das indigitadas decisões (...)

No parecer lançado nos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem:

8. De qualquer modo, na linha do que já firmado pela decisão indeferitória da pretensão liminar, não há como acolher o pleito.

9. Primeiro porque não há qualquer violação de proporcionalidade no caso em comento. Os delitos aqui apurados em sede de ação penal são "absolutamente graves", notadamente como praticados. Têm efeitos deletérios para o interesse coletivo, perpassando o mero interesse individual, que, ao que parece, é o que norteia a concepção da impetração para a definição do que é crime grave e o que não é.

10. De outro bordo, não há nenhum excesso nas investigações, que duraram aproximadamente 08 meses. Todas as interceptações foram deferidas mediante fundamentadas decisões (aos olhos impetração, parece novamente, concisão seria sinônimo de ausência de fundamentação). Muito bem reconhecido na decisão monocrática neste writ, a autoridade coatora foi muito minuciosa em todos os detalhes, procurando evitar exatamente que fosse produzida alguma prova desbordando dos limites legais e constitucionais.

11. Efetivamente, traz-se na impetração cópia de ementa de julgado do STJ (6ª Turma, que teria acolhido argumentos parciais insertos neste writ. Desbordando de unísono entendimento no STF, da 5ª Turma do STJ e da grande maioria dos tribunais pátrios acerca da matéria, houve o trancamento de ação penal por crimes graves supostamente por ausência de fundamentação e prorrogação injustificada das investigações.

(...)

13. Posteriormente aos julgados retromencionados, ratificou, a 5ª Turma do STJ, a possibilidade das prorrogações tantas quantas forem necessárias. Confira-se:

(...)

14. Também não se verifica qualquer ilicitude na circunstância de que, na origem, as investigações partiram de denúncia anônima. Houve coleta inicial de provas que, ulteriormente, diante da comprovação mínima da procedência do que denunciado, redundou nas quebras de sigilos. O procedimento se coaduna estreitamente com o entendimento dos tribunais.

Decorrentemente, por todos os fundamentos antes expostos, não se evidencia a existência de coação ilegal a ser sanada na via eleita.

Ante o exposto, voto por denegar a ordem de *habeas corpus*. (fls. 101-104, destaquei).

Alega o impetrante que o acórdão impugnado restringiu-se a transcrever a manifestação do próprio juiz de primeiro grau, o parecer do Ministério Público e as digressões constantes do indeferimento da liminar.

Aduz que a ilegalidade reside em “adotar fundamentos totalmente equivocados e superados pela novel jurisprudência e doutrina pátria para lastrear sua decisão, muitas delas que sequer se adequam ao caso”.

Sustenta, em síntese, que foram contrariados os critérios da proporcionalidade e da subsidiariedade, previstos nos arts. 2º, inciso II e parágrafo único, e 5º da Lei n. 9.296/1996.

Defende que a denúncia anônima não poderia embasar um pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, salientando que sequer foram feitas investigações mais aprofundadas em relação ao teor daquela denúncia.

Argumenta que são ilícitas as interceptações sem motivação adequada e antes de esgotarem-se os outros meios de buscas por elementos probatórios, assim como as prorrogações subsequentes.

Invoca precedentes desta Corte, quais sejam, os *HHCC* n. 76.686 e n. 116.375.

Alega, ainda, que qualquer restrição a direito fundamental deve ser devidamente delimitada temporalmente; entretanto, no caso em apreço, as interceptações perduraram por mais de 240 (duzentos e quarenta) dias.

Afirma que alguns números foram interceptados sem a devida autorização judicial e que vários números, apesar de terem autorizações em dado momento, foram escutados ininterruptamente por períodos não amparados pelas autorizações. Assevera, ainda, que os relatórios fornecidos pela operadora não foram anexados ao inquérito policial.

Requer, liminarmente, a suspensão do processo ou da “abertura da fase do art. 403 do Código de Processo Penal” na ação que tramita na 1ª Vara Federal de Ponta Grossa, determinada na audiência do dia 25.01.2010, até o julgamento definitivo deste *writ*.

No mérito, pretende:

- a) seja decretada a ilicitude desses meios de prova e a nulidade das decisões judiciais que os decretaram;
- b) seja determinada a exclusão dos autos da ação penal de todos os documentos e mídias relativos a essas interceptações telefônicas e de e-mails,

a fim de que sejam oportunamente destruídos, bem como decretar a sua imprestabilidade para qualquer outro incidente processual.

Impetrou-se, anteriormente, em favor do paciente, o HC n. 128.599-PR, cujo pedido liminar foi indeferido, sendo, contudo, concedida a ordem, em aresto, de minha relatoria, assim ementado:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária e contra a administração pública. Prisão preventiva revogada com determinação de afastamento do cargo. Art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992. Aplicação no processo penal. Inviabilidade. Poder geral de cautela no processo penal para fins restritivos. Inexistência.

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, previsto para casos de improbidade administrativa.

2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.

3. Ordem concedida para revogar a providência do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, determinada pelo Tribunal *a quo*, no seio da Ação Penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1ª Vara Federal de Ponta Grossa-PR. (j. 07.12.2010, ainda pendente de publicação).

Ajuizou-se, ainda, perante esta Corte, o HC n. 135.048-PR, em favor do corréu Manoel Lacerda Cardoso Vieira, cujo pedido liminar também foi indeferido.

A liminar neste *writ* foi indeferida, fls. 933-935.

Interposto agravo interno, fls. 938-947, restou a insurgência improvida, fls. 984-989.

As informações foram prestadas às fls. 951-960 e 965-983.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 994-1.003, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner N. Batista, opinando pela denegação da ordem.

Já tendo sido apresentadas as alegações finais na ação penal em testilha, após a concessão da ordem de *Habeas Corpus* n. 128.599, converteu-se o julgamento em diligência para o cumprimento do determinado por esta colenda Sexta Turma, aguardando-se, nesta quadra, somente a prolação da sentença.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da presente impetração cinge-se à verificação do acerto da determinação/execução de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas promovida em desfavor do paciente.

A regularidade da medida cautelar é atacada na impetração sob diversos ângulos, em alentada petição, que enfoca não só a primeira constrição e subseqüentes prorrogações, mas, também suas circunstâncias, mediante considerações acerca da atuação da autoridade policial e do Ministério Público Federal.

Assim, para melhor enfrentar as questões levantadas, serão elas destacadas.

1. A NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO E A NOTÍCIA ANÔNIMA

Este tema já foi tratado mais de uma vez por esta Corte, inclusive nos precedentes colacionados na impetração.

No seio do *Habeas Corpus* n. 53.703-RJ, tive oportunidade de me manifestar em hipótese assemelhada à presente.

Em tal ocasião, salientei:

Pois bem, é importante precisar se, de fato, a maneira pela qual se viabilizou a comunicação dos fatos, em tese criminosos, foi, realmente, apócrifa.

Segundo o vernáculo, é apócrifo o texto “que não apresenta autenticidade; falso”.

De acordo com a primeira acepção, os impetrantes buscam negar a existência de real autoria à comunicação, que teria sido subscrita por alguém de nome Carlos Gallo. Argumenta-se que tal nome não representaria, efetivamente, uma pessoa, inexistindo dados que lhe conferissem individualidade.

A Procuradora-Geral do Trabalho, à fl. 23 do inquérito (constante do apenso) afirma que teria havido “expediente subscrito pelo Sr. Carlos Gallo”. Todavia, efetivamente tal pessoa não subscreve os papéis constantes dos autos, havendo, em um dos escritos a referência na parte inferior da folha a:

Carlos Gallo

Comerciário Carioca (fl. 177 do apenso).

Ressuma ainda dos autos do inquérito policial, que foram instaurados dois procedimentos investigatórios no âmbito estadual, os quais culminaram unificados, cf. fl. 257 do apenso.

No curso do inquérito policial a suposta pessoa de nome Carlos Gallo não foi ouvida.

O aresto atacado, registrou, reportando-se ao parecer ministerial, que a persecução penal foi inaugurada para a elucidação de crime em tese:

A eminente Procuradora de Justiça Cláudia Maria O. dos Santos, em exaustiva análise da questão, entendeu deva ser denegada a ordem, fls. 31-38, porque não se pode impedir a atuação da Polícia Judiciária para apurar os fatos constantes dos documentos trazidos com a inicial, que, em tese, são penalmente típicos, eis que fazem referência a “esquema milionário” de desvio, pelos pacientes, de dinheiro do Sindicato (fl. 256).

Em seguida, a autoridade apontada como coatora aponta a relevância de providências de política criminal como o “disque-denúncia”, por meio do qual se preserva a identidade dos informantes, identificando-se um sem-número de ocorrências delitivas.

No entanto, como bem decidiu esta colenda Sexta Turma, acolhendo-se o brilhante voto do Ministro Nilson Naves, é necessário precisar-se os contornos da “denúncia anônima”. Trata-se, sim, de expediente valioso para elucidar vários crimes, ao tempo em que também cuida de preservar vítimas e/ou testemunhas. Mas, é de bom alvitre impor limites e esclarecer o âmbito de legitimidade da providência. Destina-se ela a conduzir a autoridade policial a hipóteses em que se deparará com a flagrância ou, ao menos, com a materialidade delitiva.

Assim, diante de comunicação apócrifa, não é possível instaurar-se inquérito policial para se averiguar sua veracidade. O que tal providência possibilita é a condução da autoridade para um cenário em que, se o caso, *per se*, diante do encontrado, possa se iniciar formalmente o procedimento investigatório.

Neste sentido, confira-se o entendimento do Pretório Excelso:

Anonimato. Notícia de prática criminosa. Persecução criminal. Impropriedade. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente. (HC n. 84.827-TO, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-147 DIVULG 22.11.2007 PUBLIC 23.11.2007).

Consigne-se, então, o entendimento acolhido por esta Sexta Turma:

Procedimento criminal (acusação anônima). Anonimato (vedação).

Incompatibilidade de normas (antinomia). Foro privilegiado (prerrogativa de função). Denúncia apócrifa (investigação inconveniente).

1. Requer o ordenamento jurídico brasileiro – e é bom que assim requeira – que também o processo preliminar – preparatório da ação penal – inicie-se sem mácula.

2. Se as investigações preliminares foram iniciadas a partir de correspondência eletrônica anônima (e-mail), tiveram início, então, repletas de nódoas, tratando-se, pois, de natimorta notícia.

3. Em nosso conjunto de regras jurídicas, normas existem sobre sigilo, bem como sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

4. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida.

5. Deve-se, todavia, distinguir cada caso, de tal sorte que, em determinadas hipóteses, esteja a autoridade policial, diante de notícia, autorizada a apurar eventual ocorrência de crime.

6. Tratando-se, como se trata, porém, de paciente que detém foro por prerrogativa de função, ao admitir-se investigação calcada em denúncia apócrifa, fragiliza-se não a pessoa, e sim a própria instituição à qual pertence e, em última razão, o Estado democrático de direito.

7. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de determinar o arquivamento do procedimento criminal.

(HC n. 95.838-RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 17.03.2008).

Apesar de me alinhar com o entendimento vertido nos arestos transcritos, penso que a realidade trazida no *writ* é dotada de particularidades que afastam a aplicabilidade de tais precedentes.

Na hipótese, a Autoridade Policial, em atenção à requisição ministerial, não iniciou o inquérito policial tão-apenas com fulcro em material apócrifo. Não. Antes da determinação da instauração de inquérito policial, o *Parquet* fluminense, instado pela Procuradoria-Geral do Trabalho, procedeu a diligências, determinando a colheita de manifestação do Sindicato dos Empregados do Comércio no Rio de Janeiro (fl. 33 do apenso). Foram, então, apresentadas as informações pelo Sindicato às fls. 34-39. Somente após é que se requisitou a instauração do inquérito policial.

Com a instauração do inquérito, foram colhidos vários depoimentos sendo, inclusive, relacionados os automóveis de propriedade dos investigados, fls. 261-283 do apenso. Os autos demonstram, ainda, a dificuldade enfrentada pela Autoridade Policial para cumprir suas diligências, conforme os relatórios constantes do feito em que se aponta não estar a Defesa a cooperar de maneira pronta e efetiva para a elucidação do crime de apropriação indébita.

De acordo com recentes informações prestadas pela Autoridade Policial:

(...)

Saliente-se que além da comunicação à Procuradoria do Trabalho e dos panfletos, também foram carreadas várias matérias jornalísticas dando conta de sinais patentes de enriquecimento, como a propriedade de aviões e um helicóptero (fl. 173 do apenso).

Assim, não se está diante de simples caso de anonimato, circunstância que afasta a legitimidade da instauração de persecução penal. Pelo contrário, houve, antes, trabalho de colheita de provas que desvestiu a hipótese da pecha de ilegitimidade.

Portanto, reputo prematuro determinar o trancamento das investigações diante do teor das reportagens produzidas e dos elementos coligidos até o momento.

Eis o teor da notícia anônima:

Denuncio o fiscal Alexandre Longo da Gerência da Receita Federal de Ponta Grossa e a empresa Polísul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. que fica em União da Vitória-PR por fazerem "acerto". O fiscal que devia multar a empresa acertou de fazer um documento de alto valor que eles anulariam na justiça e a Polísul ainda ia receber dinheiro de volta. O fiscal se encarregou de arrumar os advogados que defenderiam a empresa e combinou o acerto em dinheiro. Vocês tem que tomar uma providência. O fiscal que deve ganhar bem, chega num carrão importado (acho que é um Corola) e ainda rouba o dinheiro do povo. E a empresa também. Vocês tem que mandar aquela família dos Passos pra cadeia também. Vocês são a esperança do assalariado honesto que paga seus impostos com dificuldades vendo a corrupção enriquecer esses criminosos. (fl. 152).

Após o recebimento do documento apócrifo, a fim de instruir a peça de informação criminal instaurada perante a Procuradoria da República no Município de Ponta Grossa-PR, o *Parquet*, por meio do ofício de fls. 154-155, requereu ao Delegado da Receita Federal, Fernando Antonio Gonçalves Celestino Saraiva:

a) encaminhar cópia integral de procedimento fiscalizatório instaurado em desfavor do contribuinte “Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.” (...); b) informar se houve impugnação administrativa ou judicial do respectivo crédito tributário e, em caso positivo, encaminhar cópia da documentação pertinente à impugnação, acaso arquivada no âmbito administrativo dessa Delegacia da Receita Federal; c) informar se o auditor fiscal acima nominado utilizou-se de veículo oficial para o deslocamento até o Município de União da Vitória, com o fim de realizar a respectiva ação fiscalizatória.

Por oportuno, requeiro, ainda, o envio de documentos ou informações complementares que Vossa Senhoria entender pertinentes para a elucidação dos fatos acima narrados, bem como a manutenção do caráter sigiloso do presente requerimento. (fls. 154-155).

Posteriormente, a Delegacia da Receita Federal, em resposta (fl. 156) ao ofício ministerial, enviou cópia integral do procedimento fiscalizatório realizado na empresa Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. (fls. 177-217). Foram apresentados, ainda, dados relativos à ação ordinária com antecipação de tutela deferida em favor da empresa fiscalizada (fls. 161-177). Foram fornecidas, ainda, informações relativas ao meio de transporte do paciente, que não costumava solicitar viatura oficial, utilizando meios próprios. Esclareceu-se, ainda, que normalmente o paciente vinha trabalhar com veículo modelo Corolla.

Seguiu-se, então, novo ofício ministerial à autoridade fiscal, solicitando que não fosse formulada, ao menos por lapso temporal suficiente ao prosseguimento da investigação, representação à Corregedoria-Geral da Receita Federal, a fim assegurar o caráter sigiloso da investigação (fl. 157).

Forte em tais argumentos, acredito que, tanto em tal feito quanto no presente, houve outros elementos que à notícia anônima se juntaram anteriormente à tomada de providências investigativas criminais, de tal forma a não apurar, neste particular, mácula nos fatos trazidos a exame.

In casu, note-se que o Ministério Público, além do relato apócrifo, cuidou de colher depoimentos de uma outra suposta vítima - Silval Ferreira da Silva, além de Delegado da Receita Federal, Doutor Fernando Antonio Gonçalves Celestino Saraiva.

Confira-se, ainda, o entendimento do Pretório Excelso:

Habeas corpus. Constitucional e Processual Penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito.

Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal. 1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC n. 84.827-TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23.11.2007), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa “denúncia” são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos “denunciante”. Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. 3. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 95.244, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23.03.2010, DJe-076 DIVULG 29.04.2010 PUBLIC 30.04.2010 EMENT VOL-02399-05 PP-00926 RSJADV jun., 2010, p. 36-47 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 480-501).

Assim, não se esgotando em mero anonimato a fonte das providências investigativas, não há falar em violação ao disposto no comando constitucional do art. 5º, inciso IV, do Texto Maior.

2. A DETERMINAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Neste tópico, deve-se proceder a uma segmentação de exame, visto que a impetração afronta, inicialmente, o fato de a providência invasiva ter sido ordenada sem ao menos haver a prévia instauração de inquérito policial.

2.1 A AUSÊNCIA DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

Ao que se depreende, o requerimento da providência constritiva deu-se no seio de procedimento instaurado pelo Ministério Público, Procedimento Investigatório n. 1.25.008.000010/2007-25, no qual foram colhidos os já citados depoimentos da autoridade fazendária e de outra indigitada vítima da atuação do paciente, na qualidade de auditor fiscal da Receita Federal.

Desta forma, verifica-se que, a despeito de inexistir, no nascedouro da interceptação, inquérito policial, apura-se que o pleito respectivo foi vertido no curso de procedimento ministerial investigatório. Como não se ataca por

meio do *writ* a legalidade dos poderes investigatórios do *Parquet*, não se colhe qualquer afronta aos comandos de regência da medida cautelar em comento, em relação à inoportunidade de procedimento no qual se viabilizou a interceptação.

2.2. A MOTIVAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO

Eis a motivação pela qual o juiz de primeiro grau ordenou a interceptação de comunicações, no primeiro momento, apenas telefônicas:

O *Parquet* Federal fundamenta o pleito a partir de indícios de irregularidades na conduta funcional de Alexandre Longo, consistentes na exigência de vantagem pecuniária indevida em razão do exercício da função de Auditor-Fiscal da Receita Federal, e para Carlos Alberto Franco Wanderley, com a intermediação deste último e o escopo de deixar de lançar tributo ou fazê-lo parcialmente.

Afirma o MPF que a primeira conduta delitiva de Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley consistiria na lavratura do Auto de Infração n. 16408.001135/2006-43, em desfavor da empresa Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., com valor superior a R\$ 6 milhões. Segundo *notitia criminis* anônima feita ao MPF, o lançamento teria sido efetuado por valor superior ao correto com o intuito de ser impugnado judicialmente através de advogado indicado pelo próprio Alexandre Longo.

Em resposta ao Ofício n. (...) do MPF (...), o Delegado da Receita Federal afirmou (...) que *não há registro de impugnação administrativa ao lançamento efetuado, havendo, isto sim, Ação Ordinária que corre sob n. 2006.70.14.002672-5 com antecipação de tutela deferida em favor do fiscalizado, conforme extrato retirado do sítio eletrônico da Justiça Federal do Paraná*. Os documentos de fls. 18-34 demonstram que tal ação ordinária é patrocinada pelo advogado Carlos Alberto Franco Wanderley. A notícia crime anônima e o respectivo envelope foram juntados às fls. 09-10.

A segunda conduta delitiva, continua o *Parquet*, consistiria na exigência feita por Alexandre e Carlos Alberto de receberem, respectivamente, R\$ 70.000,00 e R\$ 20.000,00, para que não fosse lançado tributo, ou fosse com valor inferior ao correto, ao final da ação fiscal que há havia sido instaurada em face da empresa rural dos sócios Sinval Ferreira Silva, Zélio Betim e Aloizio Francisco de Moura. A indevida exigência teria sido feita em reunião ocorrida nas dependências do escritório do advogado Carlos Alberto Franco Wanderley, onde estaria presente o AFRF Alexandre Longo. Esses fatos foram narrados em depoimento prestado ao MPF pelo Sr. Sinval Ferreira Silva no último dia 20 (fls. 15-16).

Conclui o *Parquet* dizendo que Alexandre Longo está em exercício na Delegacia da Receita Federal de Ponta Grossa há pouco tempo (desde setembro de 2006), sendo que, mesmo assim, teria praticado as duas condutas narradas em

outubro de 2006 e fevereiro do corrente, havendo fortes indícios de continuidade da prática delitiva investigada. Por visualizar indícios da prática, em tese, do crime previsto no art. 3º, II c.c. art. 11 da Lei n. 8.137/1990, o Ministério Público Federal requer esta medida.

(...)

A investigação criminal iniciada pelo Ministério Público Federal teve origem na notícia crime anônima, nas informações prestadas pelo Delegado da Receita Federal e nas declarações firmadas ao MPF pelo Sr. Sinval Ferreira Silva. Não obstante o cuidado que se deve ter com “denúncias” feitas através de documentos apócrifos, no caso em tela a situação narrada em tal documento foi confortada pelos indícios posteriormente colhidos pelo *Parquet*.

Com efeito, afirmou o Sr. Sinval perante o I. Procurador da República que (termo de depoimento de fls. 15-16):

(...)

A gravidade dessas declarações, por sua vez, encontra ressonância, ao menos nessa fase das investigações, nas informações prestadas pelo Delegado da Receita Federal, relativamente ao procedimento fiscal realizado em face da outra empresa (Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.).

Desse modo, tenho que o pleito do MPF deve ser deferido. Com efeito, os fatos relatados podem caracterizar, se comprovados, a prática do crime tipificado no art. 3º, II, c.c. art. 11 da Lei n. 8.137/1990, cuja pena é de reclusão de 03 a 08 anos, além de multa. Outrossim, há indícios razoáveis de cometimento da infração penal por Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley.

Além disso, a diligência apresenta-se indispensável à investigação de tais fatos, pois não há nos autos outros dados que permitam inferir que a investigação pode prosseguir por seus meios ordinários. A urgência na apuração dos delitos, até mesmo para que eventuais consequências sejam minimizadas, impõe que a prova pretendida seja obtida por meio das medidas requeridas.

O interesse público concernente à efetiva apuração dos fatos sobrepõe-se ao direito individual relativo ao sigilo das comunicações telefônicas. De fato, forte no princípio da proporcionalidade, penso que o sigilo telefônico cede espaço para o interesse maior da sociedade na obtenção dos elementos que viabilizem a apuração de fatos tidos como delituosos, desde que se mostrem necessárias e adequadas as medidas, como ocorre aqui, exauridos ou inviáveis os meios ordinários para o sucesso da investigação.

(...)

Ante o exposto, defiro o pedido de interceptação telefônica dos seguintes terminais:

a) (42) 9915-6766 e (42) 9128-3123, pertencentes a Alexandre Longo; (...)
(fls. 219-223).

Da leitura do *decisum*, não deflui carência de motivação. No tocante aos pressupostos para a decretação da interceptação, estariam eles satisfeitos. De um lado, se tratava a investigação, formalizada em procedimento ministerial, de crime punido com reclusão - art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990 -, e, de outra volta, tendo em vista que tal modalidade de concussão costuma se dar à portas fechadas, em reuniões privadas (de acordo com o *modus operandi* indicado no depoimento da indigitada vítima Sinval), estar-se-ia satisfeita a imprescindibilidade da providência.

Já os fundamentos de cautelaridade, a meu sentir, também se encontrariam atendidos, dado o substancial *fumus comissi delicti*, além do risco de reiteração delitiva a empolgar o *periculum in mora*.

Portanto, não vislumbro, na inauguração da medida constritiva, irregularidade a conduzir à sua invalidação.

3. A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS CONSTRITIVAS

A impetração bate-se, de forma contundente, contra a maneira pela qual vieram a lume tanto as prorrogações da interceptação telefônica, quanto a interceptação das comunicações telemáticas.

Aduz que, em 18.04.2007, o Procurador da República, sem trazer nenhum fato que corroborasse a necessidade de continuidade das escutas telefônicas, em texto padronizado, solicitou a prorrogação pelo prazo de mais 15 dias. Então, o Juiz *a quo*, sem a mínima motivação que revestisse de legalidade sua decisão, teria deferido o pedido. Não teria sido apresentado qualquer relatório, não se enunciando sequer um fato novo.

A primeira prorrogação foi deferida nos seguintes termos:

O Ministério Público Federal representou, às fls. 106-107, pela prorrogação da interceptação das comunicações tão somente do telefone móvel n. (42) 9128-3123, entendendo desnecessária a continuidade de interceptação em relação aos demais telefones, a saber (...).

Requeru, ainda, a interceptação telefônica do terminal n. (42) 9131-0882, repisando os fundamentos que embasaram o pedido de fls. 02-07.

Os autos vieram-me conclusos.

É o breve relatório. Passo a decidir.

A prorrogação da interceptação em relação ao terminal n. (42) 9128-3123 deve ser deferida, bem como a interceptação do terminal n. (42) 9131-0882.

Trata-se de pretensão com amparo constitucional e legal, justificada no caso concreto porque há indícios razoáveis de cometimento da infração penal por Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley; a prova não pode ser obtida por meios ordinários; os fatos investigados podem constituir, acaso comprovados, infrações punidas com pena de reclusão; há previsão legal da possibilidade de prorrogação da interceptação (Lei n. 9.296/1996, art. 5º, segunda parte). (fl. 254).

Ao que se percebe, o magistrado de primeiro grau retomou a motivação vertida quando da primeira determinação. Nota-se, desta maneira, que, diante da manutenção do cenário que teria conduzido à medida constritiva, foi ordenado o seu prosseguimento.

É de se ter em foco não prosperar a alegação de que não haveria elementos nos autos a embasar a prorrogação.

Segundo o Ministério Público:

Outrossim, tendo em vista as informações prestadas no Ofício n. 23.243/2007 (fl. 97) do Núcleo de Inteligência Policial, bem como o conteúdo do *Compact Disc* (CD) com as gravações interceptadas no período de 28 de março a 10 de abril, revela-se desnecessária a continuidade da interceptação em relação aos números (42) 9915-6766, no qual foram registrados apenas algumas tentativas de ligações, (42) 9115-9741, no qual não foram registradas ligações e ainda no telefone (42) 3222-0668, o qual, por pertencer ao escritório de Carlos Alberto Franco Wanderley, recebe um volume muito grande de ligações sem relação com os fatos investigados, dificultando sobremaneira os trabalhos dos agentes policiais. (fl. 252).

Portanto, não apuro ilegalidade na primeira prorrogação.

Quando do segundo pedido de prorrogação, o magistrado de primeiro grau indagou da autoridade policial acerca da necessidade da constrição (fls. 283-284), ao que sobreveio a seguinte resposta:

Senhor Juiz Federal,

(...)

a) *Realmente houve erro*. O analista responsável pela transcrição dos diálogos relevantes e também por cuidar dos prazos *não observou que no último encaminhamento não havia alvará para o n. 42 32220658*. Outro fato que também não costuma acontecer e que contribuiu para o erro foi a continuidade de emissão dos áudios pela Operadora que, via de regra, faz rigorosa conferência das autorizações para interceptações. E, por último, *erro também desta autoridade que, em virtude da coincidência com operação de grande porte a cargo deste Núcleo*

(Campo Verde), não conferiu, como devia, o relatório encaminhado. Desta forma, caso seja entendimento de Vossa Excelência, solicito devolução do relatório para a devida correção;

b) *O pequeno período interceptado, duas quinzenas, tal como costumeiramente ocorre nas operações de alvos sensíveis e cuidadosos, não costuma descortinar, à primeira vista, condutas delituosas.* Somente após a escuta de vários diálogos, com o reconhecimento de voz dos interlocutores e seus modos de agir e se comunicar, é que o analista, em conjunto com a equipe vai formando sua linha investigativa;

c) conforme exposto na resposta anterior, pediu-se a prorrogação para, em mais um período, tentar apurar as condutas criminosas atribuídas a *Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley*;

d) também é praxe monitorar todos os meios possíveis de comunicação dos alvos, assim que detectados. *A interceptação telefônica já não traz os mesmos resultados de alguns anos atrás.* Muitos investigados somente conversam sobre assuntos relevantes por e-mail por intermédio de apelidos na *Internet* e por telefones denominados “bombinhas”, que são celulares clonados ou sem cadastro fidedigno, adquiridos no mercado alternativo. (fls. 287-288).

Diante de tal quadro, assentou o juiz:

Tudo o que foi apurado a partir da interceptação do terminal n. (42) 3222-0658 no período compreendido entre 20.04.2007 e 04.05.2007 não pode servir para qualquer finalidade, haja vista que tal interceptação não estava lastreada pela indispensável autorização judicial. Foi realizada, segundo admitiu a própria autoridade policial (fl. 144 - item “a”), por erro, vale dizer, por indevida continuação da interceptação autorizada para os quinze dias iniciais, que estava lastreada pelo Alvará Judicial n. 001/2007 (fl. 80).

Além disso, deve a autoridade policial se ater exclusivamente aos fatos objeto dessa investigação e, eventualmente, àqueles que lhes sejam conexos ou em que haja relação de continência (CPP, artigos 76 e 77). Ao que parece, os trechos de conversas destacados no relatório de fls. 133-137 nada têm a ver com o objeto do presente procedimento investigatório e, sendo assim, não podem ter qualquer utilização.

(...)

Assentadas as premissas acima, tenho que as razões que ensejaram o deferimento das interceptações (fls. 76-78 e 108) permanecem incólumes, considerando-se as respostas dadas pela autoridade policial nos itens “b”, “c” e “d” de fls. 144-145, corroboradas pelo Ministério Público Federal (fl. 147).

Note-se que o produto do labor policial, no referido período, acabou sendo “desentranhado e destruído (triturado)” (fl. 280).

Ao contrário da tonalidade conferida pela impetração ao evoluir processual, a meu sentir, a atuação do magistrado de primeiro grau, diante do desvio na execução da medida cautelar, foi exemplar. Prontamente esquadrinhou-se o equívoco, chamando o feito à ordem e corrigindo os rumos da persecução penal.

Assim, vendo a permanência da necessidade da providência constritiva, o juiz manteve a constrição.

Portanto, não colho ilegalidade, também, na segunda prorrogação.

No tocante à terceira prorrogação, aponta-se que autoridade policial teria tentado ilaquear a boa fé do magistrado, tentando aproximar do nome do paciente a outra atuação da Polícia Federal, acontecida em Manaus-AM, nominada Operação Hiena. Demais disso, foi apontado que o paciente dispunha de telefone naquela localidade. Todavia, ao que se percebe da decisão de fl. 335, não há referência a tais fatos, não havendo falar, portanto, em maior relevância na ilação empreendida pela autoridade policial, *verbis*:

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal pugnou pelo deferimento das medidas solicitadas pela autoridade policial, haja vista “a prática, *a priori*, em tese, de graves condutas ilícitas perpetradas pelos alvos ora investigados”.

Tenho que a interceptação dos referidos meios de comunicação deve ser deferida. Veem-se, ante os resultados até agora obtidos, razoáveis indícios de cometimento de infração penal pelos investigados.

De tal forma, nos estritos termos das decisões proferidas às fls. 76-78 e 148-150, defiro o pedido de prorrogação/autorização da interceptação dos seguintes meios de comunicação, pelo prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir de sua efetivação. (fl. 335).

No pertinente à quarta prorrogação, é destacado que a autoridade policial perdeu-se em digressões relativas à existência de um cofre com fundo falso, além de sublinhar que o paciente possuiria fazendas e gado, que seriam indícios de atuação ilícita. Igualmente, como tais particularidade não ingressaram na motivação da nova prorrogação, não vislumbro ilegalidade na continuação da interceptação, *verbis*:

Com vista dos autos o Ministério Público Federal pugnou pelo deferimento dos pedidos formulados pela autoridade policial. Assevera o *Parquet*, sucintamente, que o monitoramento tem tido profícuo resultado na colheita de elementos probatórios.

É o sucinto relatório. Decido.

O terminal n. (42) 9908.9529 pertence a Armando França de Araújo que, conforme relatório confeccionado pela autoridade policial, “é o braço direito” de Alexandre Longo, efetuando várias negociações em nome deste. Ademais, o investigado Alexandre, por diversas vezes, alertou Armando para que ligasse em seu “número seguro”, demonstrando, de tal forma, o estreito vínculo entre ambos.

Infere-se dos relatórios até o momento aduzidos aos autos, fortes indícios de uma empreitada delituosa.

Assim, tenho que a prorrogação/autorização de interceptação dos referidos meios de comunicação é medida que se impõe, devendo ser deferida. (fls. 388-389).

Relativamente às demais decisões que se seguiram, o magistrado, a meu sentir, não incorreu em ilegalidade, porquanto iterativamente reportava-se à primeira situação de necessidade, motivando, destarte, a contento a providência cautelar.

Em situações tais, colaciona-se a jurisprudência acerca do tema:

(...)

Interceptações telefônicas. Prorrogações sucessivas. Diligências que ultrapassam o limite de 30 (trinta) dias previsto no artigo 5º da Lei n. 9.296/1996. Possibilidade de várias renovações. Existência de decisões fundamentadas. Ilícitude não caracterizada.

1. Apesar de no artigo 5º da Lei n. 9.296/1996 se prever o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes.

(...)

2. Ordem denegada. Pedido de extensão indeferido.

(HC n. 118.803-SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 13.12.2010)

HC liberatório. Narcotraficância e associação para o tráfico. (...) Mandado de busca e apreensão e decisão de autorização de interceptação telefônica devidamente fundamentados. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem.

(...)

8. Encontram-se devidamente fundamentadas as decisões que autorizaram a busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica, bem como suas sucessivas prorrogações, porquanto ancoradas em elementos concretos que

apontam para a imprescindibilidade das medidas como forma de identificação de todos os envolvidos na prática delituosa em diversas cidades do Estado de Goiás, tudo devidamente registrado pelo Magistrado supervisor das medidas, não se vislumbrando qualquer irregularidade apta a fulminar de nulidade a prova colhida durante o Inquérito Policial.

9. A ausência da assinatura do Magistrado em uma das folhas de uma das decisões que prorrogou a interceptação telefônica constitui mera irregularidade, já devidamente sanada pelas decisões que a sucederam e mantiveram a prorrogação da escuta, não sendo razoável a pretensão do impetrante em ver declarada a nulidade de toda a investigação realizada.

10. *Habeas Corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem, em conformidade com o parecer ministerial.

(HC n. 144.303-GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 06.05.2010, DJe 07.06.2010).

Por fim, é imperioso ter como certo que todas as prorrogações que se seguiram, pelo período de março a outubro de 2007, foram justificadas, tendo sido apontada a sua imprescindibilidade para o monitoramento das ações do paciente. Nesta toada, a jurisprudência desta Casa de Justiça orienta-se no sentido de que as prorrogações podem ser autorizadas, em prazo razoável, enquanto a necessidade se mostrar presente:

Habeas corpus. Nulidade decorrente de condenação baseada em prova obtida mediante interceptação telefônica. Alegação de falta de fundamentação quanto à imprescindibilidade da medida e pela duração do monitoramento.

1) A necessidade da medida está demonstrada pela complexidade das investigações, porque trata a espécie de organização destinada ao tráfico internacional de entorpecentes, com grande número de integrantes.

2) Autorização de monitoramento devidamente fundamentada na natureza e gravidade do delito, tráfico internacional de entorpecentes, bem como no fato de ser a interceptação telefônica o único meio possível para a produção das provas.

3) Nenhuma ilegalidade há no deferimento de pedidos de prorrogação do monitoramento telefônico, que deve perdurar enquanto for necessário às investigações.

4) Não determinou o legislador que a prorrogação da autorização de monitoramento telefônico previsto na Lei n. 9.296/1996 pode ser feita uma única vez.

5) Coação ilegal não caracterizada. Ordem denegada.

(HC n. 133.037-GO, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 02.03.2010, DJe 17.05.2010).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes, associação para o tráfico e latrocínio, na forma tentada. Nulidade por inobservância do rito previsto na Lei n. 11.343/2006. Não-ocorrência. Crimes conexos. Adoção do rito ordinário. Maior amplitude de defesa. Interceptações telefônicas. Renovação. Possibilidade. Não-ocorrência. Ordem denegada.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem decidido que, nas hipóteses de conexão dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 com outros cujo rito previsto é o ordinário, este deve prevalecer, porquanto, sob perspectiva global, ele é o que permite o melhor exercício da ampla defesa.

2. A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado motivadamente pelo Juízo sentenciante, considerando os relatórios apresentados pela polícia. Precedentes do STJ e STF.

3. No processo penal pátrio, no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal e o Enunciado Sumular n. 523 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem denegada.

(HC n. 116.374-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 1º.02.2010).

Desta maneira, não se tem por extrapolado o marco de razoabilidade fixado por esta colenda Sexta Turma no seguinte julgado:

Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação).

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

2. A Lei n. 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, “uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei n. 9.296/1996 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.

4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC n. 142.045-PR, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 15.04.2010, DJe 28.06.2010).

Portanto, a insurgência não se mostra em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Ministra Presidente, li, atentamente, o voto de V. Exa. e ouvi o bem lançado voto. Estou convencido de que o posicionamento que V. Exa. toma é o que está de acordo com o pensamento da jurisprudência deste Tribunal, notadamente desta Turma, de modo que acompanho o voto de V. Exa.

Denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Na assentada passada, após a sustentação oral, fiquei com a forte sensação de que a interceptação telefônica fora deferida, com base exclusiva na delação anônima. Após o voto da eminente Relatora, pedi vista, para examinar o tema.

Verifiquei, então, que essa delação anônima, cujo teor está copiado a fls. 152, data de 15 de janeiro de 2007. Depois dessa delação, a vítima Sinval Ferreira da Silva compareceu à Procuradoria da República, com o objetivo de narrar nova conduta delitiva atribuída ao paciente e a corrêu. Isso ocorreu em 20 de março de 2007. E o deferimento da interceptação telefônica data de 23 de março, sempre de 2007, a demonstrar que não se baseara exclusivamente na delação anônima, mas, sim, após início de prova produzida com a instauração de procedimento administrativo junto à Procuradoria da República, e, ainda, após a ouvida de Sinval Ferreira da Silva e do Delegado da Receita Federal, Dr. Fernando Antônio Gonçalves Celestino Saraiva.

Note-se que tais depoimentos foram coletados no Procedimento Investigatório n. 1.25.008.0000.10/82007-25 de iniciativa do Ministério Público, sem que, todavia, fosse discutida a legitimidade dessa instituição para abrir investigações, omissão que impede esta Corte Superior de examinar esse tema.

Seria, de certo, intolerável que se autorizasse a interceptação telefônica, sem prévias investigações, a permitir que a Polícia Federal ou Civil, o Estado-Administração, em suma, se limitasse, comodamente, a investigar com base exclusiva nas escutas.

Aliás, antes disso, convém consignar que a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 5º, XII, que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, disciplina a matéria e regulamenta o art. 5º, XII, referido. Seu artigo 2º traça os requisitos indispensáveis para a autorização da interceptação telefônica.

Na espécie, há indícios razoáveis de autoria, justamente o primeiro requisito. A delação anônima vem reforçada pela palavra da vítima Sinval Ferreira da Silva.

Outro requisito autorizador da interceptação está em que o crime a ser apurado seja punido com reclusão. E tal requisito também está atendido, pois os ilícitos imputados ao paciente são graves, a lavratura de Auto de Infração n. 16408.001135/2006-43, em desfavor da empresa Polissul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., com fundamento em erro formal de classificação de produto comercializado pelo contribuinte, o que refletiria diretamente na alíquota aplicada para a apuração do tributo devido. Na fundamentação legal desse auto consta: *“falta de lançamento de imposto por ter o estabelecimento industrial ou equiparado a industrial promovido a saída de produto tributado, com falta ou insuficiência de lançamento em relação ao produto **Redes Plásticas**”*. O resultado desse mecanismo foi o lançamento de créditos tributários no montante de R\$ 3.221.696,19, a título de imposto de IPI e R\$ 3.305.636,35, a título de juros de mora e multa. E consta que “o fiscal que devia multar a empresa acertou de fazer um documento de alto valor que eles anulariam na justiça e a Polissul ainda ia receber dinheiro de volta. O fiscal se encarregou de arrumar os advogados que defenderiam a empresa e combinou o acerto em dinheiro”.

O outro fato ilícito consistiu na exigência por parte do paciente e do advogado corrêu, após a instauração de ação fiscal em desfavor do depoente e de outros dois sócios, da quantia de R\$ 70.000,00 para o auditor fiscal e R\$ 20.000,00 para o advogado, quantias em dinheiro, para deixar de lançar tributo ou lançá-lo com valor menor ao término da ação fiscalizatória.

Esses delitos, como se verifica, são graves, tanto que apenados com reclusão (cf. art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990; e arts. 325 e 319, ambos do Código Penal).

E o outro requisito, não ser possível por outro meio que não as interceptações, também está presente, patente a dificuldade na produção de provas de certos fatos criminosos geralmente praticados na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, como os crimes de que são acusados o paciente o corrêu.

Gostaria de enfatizar: não aceito autorizações para interceptação telefônica, com base exclusiva em delação anônima. Esta pode servir para levar a autoridade policial ao encontro de prova material de crime e até mesmo pode proporcionar a prisão em flagrante. No entanto, não serve para violar direito constitucionalmente protegido por preservar a dignidade humana.

Essa é a tese que se afirma aqui, mais uma vez.

Na espécie, contudo, houve, antes da autorização judicial para a interceptação, um começo de investigação, embora não no inquérito policial, tema do qual não pode conhecer esta Corte Superior, por não ter sido suscitado anteriormente.

De qualquer forma, não nos esqueçamos de que, atendidos os requisitos da Lei n. 9.296/1996, as provas, como salientado pela eminente Relatora, são lícitas.

No tocante às prorrogações das interceptações, verificou-se que aquelas que se encontravam irregulares, foram corrigidas pelo MM. Juízo de primeiro grau. E tais autorizações foram devidamente justificadas, como demonstrado no douto voto da Relatora, registrando-se que prorrogações podem ser deferidas fundamentadamente. Cf. HC n. 83.515-RS, rel. Nelson Jobim, STF; HC n. 37.590-SP, José Arnaldo da Fonseca, STJ.

Em síntese, acompanho o voto da eminente Relatora.

HABEAS CORPUS N. 173.397-RS (2010/0091949-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Silvio Eduardo Martins Pinto

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

Paciente: Leomar Carvalho dos Santos

EMENTA

Direito Penal. *Habeas corpus*. Pedido de trancamento da ação penal. Arquivamento do feito. Reconhecimento de atipicidade do fato. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Persecução penal na Justiça Militar por fato analisado na Justiça Comum. Impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes. *Habeas corpus* concedido.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, entre outras hipóteses, a atipicidade do fato.

2. A decisão de arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Comum, em virtude de promoção ministerial no sentido da atipicidade do fato e da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal perante a Justiça Especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato, dando-o por atípico (precedentes). Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda. Precedentes.

4. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para trancar a Ação Penal n. 484-00.2008.921.0004, em trâmite perante a Auditoria Militar de Passo Fundo-RS.

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, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) 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), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 11.04.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, em favor de *Leomar Carvalho dos Santos*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul (HC n. 102.760-09).

A petição inicial foi protocolada via fac-símile e os originais posteriormente juntados às fls. 20-50.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 210, § 1º, do Código Penal Militar, perante a Auditoria Militar de Passo Fundo-RS, nos autos do Processo n. 484.08.02-02/4.

A Defesa ajuizou prévio *writ*, perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Pedido de trancamento de ação penal. Processo arquivado na Justiça Comum. Não há coisa julgada material. Decisão terminativa. Ordem denegada.

Alega o paciente haver coisa julgada material, uma vez que foi processado e julgado pelo mesmo fato na Justiça Comum. Assim, pleiteou o trancamento da ação penal do processo que tramita nesta Justiça Castrense.

Contudo, o arquivamento feito pelo juízo comum na comarca de Palmeira das Missões trata-se de uma decisão terminativa. Logo, não faz coisa julgada material e nem determina preclusão.

Decisão unânime. O Tribunal denega o presente *habeas-corpus*. (fls. 47-50.)

Alega o impetrante que o paciente já respondeu pelo mesmo fato perante a 3ª Vara Judicial da Comarca de Palmeira das Missões, nos Autos n. 0202.08.0001348-0, cujo inquérito foi objeto de arquivamento.

Argumenta que a denúncia ofertada perante a Justiça Castrense fundou-se essencialmente em elementos informativos já colhidos no inquérito arquivado.

Pretende, em síntese, o trancamento da ação penal que tramita perante a Justiça Especializada, com base no Enunciado Sumular n. 524 do Supremo Tribunal Federal e no princípio do “*non bis in idem*”.

Sustenta, em suma, que, se o inquérito foi arquivado perante a Justiça Comum em razão da inexistência de crime ou em decorrência do reconhecimento de uma excludente de ilicitude, a decisão de arquivamento faz, sim, coisa julgada material e põe fim ao caso, definitivamente.

Conclui que a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau da Justiça Comum, que determinou o arquivamento do feito, é definitiva e não terminativa.

Requer, liminarmente, a suspensão da Ação Penal n. 484.08.02-02/4, até o julgamento final do presente *writ*, e, no mérito, pretende seu trancamento.

A liminar requerida foi indeferida, conforme decisão de fls. 52-54.

O Ministério Público Federal, instado a se pronunciar, manifestou-se “pela concessão da ordem, para que seja trancada a Ação Penal n. 484.08.02-02/4, em trâmite na Auditoria Militar de Passo Fundo-RS”, nos termos do parecer do Suprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, de fls. 59-61.

Por informação telefônica colhida junto à Auditoria Militar de Passo Fundo-RS, na data de 10.03.2011, sabe-se que o processo está em fase de instrução, aguardando o retorno de carta precatória expedida para a oitiva de testemunha numerária referida na exordial acusatória.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Cinge-se a discussão trazida nesta impetração, em suma, à perquirição de três aspectos eminentemente processuais, quais sejam: (I) a natureza do pronunciamento judicial que determina o arquivamento do inquérito policial; (II) seus efeitos em

relação à formação da coisa julgada; e, (III) sua eficácia quando proferido por juiz incompetente.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, ao decidir, através de seu órgão fracionário, unanimemente, pela denegação do prévio *writ*, equivocou-se, a meu ver, por deixar de considerar expressiva doutrina pátria que aborda o tema, como também por distanciar-se da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da matéria.

Revisitando as lições do saudoso Professor Sérgio M. de Moraes Pitombo, eternizadas em sua obra *Inquérito Policial: Novas Tendências* (Belém: CEJUP, 1986) tenho, quanto à natureza do pronunciamento judicial que determina o arquivamento do inquérito policial, que:

O ato, que atendendo as razões invocadas pelo *Ministério Público*, determina o arquivamento de inquérito é decisão judicial, que tranca o processo (...). Na verdade, o Poder Judiciário exara, ao arquivar, um juízo de *suficiência*, ou *categórico*, sobre a questão penal. É ato de razão e de vontade. (...). Ao determinar o arquivamento de inquérito policial, decide sobre as provas nele coligidas e consoante pedido motivado (“as razões invocadas”), do *Ministério Público*. Verifica e declara, assim, que tais indispensáveis meios de prova:

- a) porque falhos, quanto ao fato e à autoria, não ensejam denúncia;
- b) demonstram que o fato é inexistente, atípico, ou mostram causa de extinção de punibilidade, obstaculando a ação penal condenatória.

Eis o possível teor do ato *decisório*, que manda arquivar *inquéritos policiais*. Encerra um juízo de convencimento, relativo à natureza do fato, sua extensão e respectiva autoria, alicerçado em *preliminar formação da culpa*. (...). Ora, a *decisão judicial*, que manda arquivar *inquérito policial*, pondo termo à primeira fase da *persecução penal*, pode só possuir a natureza de *sentença*. **Sentença**, diga-se, favorável ao indiciado, que estanca o **inquérito**, posto qual se acha; ou que decide, **liminamente**, sobre não ser caso de ação penal. (...). Em outras palavras, o arquivamento, como ato *decisório*, consiste em sentença *definitiva* ou *terminativa*, consoante atinja ou não o mérito, a qual extingue a fase procedimental da *persecutio criminis*. (...). As *decisões judiciais de arquivamento de inquérito* definem situações jurídicas dissemelhantes, assim afluindo ora *definitivas*, ora *terminativas*, logo produzindo *coisa julgada só formal*, ou, ainda, também *material*. (fls. 22-27 - grifei.)

E, consoante a obra acima referida, o ato judicial de arquivamento não seria, à toda luz, “despacho ordinatório da marcha procedimental”, tampouco “decisão interlocutória mista terminativa, na forma sem rigor do Código”, cujo legislador “não ficou célebre por se expressar em boa técnica e conveniência”, existindo,

no texto do diploma, “erros crassos” e defeitos terminológicos evidentes”. Ao revés, alertava, já nos idos de 1986, quanto a dizê-lo decisão interlocutória mista, que “tal linguagem, abstração feita ao sistema de classificação de atos decisórios do Código, tende ao esquecimento”, reafirmando que “o ato judicial de arquivamento, em colocação doutrinária mais moderna, não consiste em decisão interlocutória, posto que não deslinda questão processual incidente, sem finalizar o processo. É ato sentencial, que põe termo ao procedimento, pré-decidindo, ou não, o mérito da causa penal.” (*op. cit.* fls. 30-31).

Nesse ponto, cumpre analisar, *in casu*, se a decisão judicial que determinou o arquivamento do inquérito policial na Justiça Comum (fl. 46), datada de 24.07.2008, porquanto sentença, deve ser classificada como definitiva ou terminativa, para, então, dividir-lhe os efeitos em relação à coisa julgada.

Eis o teor da decisão da Juíza Katiuscia Kuntz Brust da 3ª Vara Judicial da Comarca de Palmeira das Missões-RS:

Acolho o parecer do Ministério Público, adotando seus fundamentos como razão de decidir, e para evitar tautologia, ao efeito de determinar o arquivamento do presente Inquérito Policial. (fl. 46.)

Ante a fundamentação indireta aposta no *decisum*, passo à transcrição de excerto do longo parecer emanado do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, na parte que o fundamenta:

(...) Compulsando detidamente os autos, percebe-se que o Policial Militar Leomar Carvalho dos Santos não incorreu em nenhum ilícito penal.

Observa-se que o fato ocorreu no dia 27 de março de 2008 e o adolescente somente registrou ocorrência no dia 02 de abril de 2008 (fl. 03), seis dias após o fato. nesse dia 02 de abril, o adolescente Gilberto Almeida dos Santos prestou depoimento na Delegacia de Polícia, pelo qual afirmou que foi prontamente socorrido pelos Policiais Militares, os quais o levaram até o hospital, compraram os medicamentos necessários e o acompanharam até a sua residência (fl. 05).

O auto de exame de corpo de delito de fl. 09 atesta que a lesão verificada no pé do adolescente possui características de ferimento por projétil de arma de fogo, mas que não resultou perigo de vida.

O médico legista Paulo Roberto da Luz Dias confirmou que o ferimento no pé do adolescente era superficial e não representava risco de perder a vida (fl. 14). O médico referiu, ainda, que os advogados do adolescente insistiam para que constasse no laudo o risco de vida.

O Policial Militar Flávio Almeida Ribeiro afirmou que receberam a notícia de que um estabelecimento comercial havia sido assaltado e o autor do assalto, conhecido como “*Bruxo*”, conduzia uma motocicleta, cor preta, e carregava uma mochila nas costas. Com essas características, os Policiais Militares realizaram uma barreira no Bairro Mutirão, já que sabiam que o assaltante utilizava-se desse caminho para ir até a sua casa. Ocorre que se aproximou da barreira policial, uma motocicleta, cor preta, com o condutor de posse de uma mochila, apresentando, assim, as mesmas características do assaltante. O condutor da motocicleta, no momento em que avistou a barreira policial, empreendeu fuga em atitude suspeita, ocasião em que o Policial *Leomar* efetuou um disparo de arma de fogo contra o pneu traseiro da motocicleta. A motocicleta, mesmo assim, empreendeu fuga. Minutos após, apareceu o condutor da motocicleta, pedindo socorro, já que teria machucado o pé numa pedra (fls. 16-17).

O Policial Militar Odacir Balbinot confirmou o que fora dito pelo seu colega, acrescentando que o adolescente, em nenhum momento, alegou que teria sido ferido por arma de fogo, nem mesmo no hospital ao médico legista. O adolescente até negou que seria ele o que conduzia a motocicleta. E mais, o mesmo adolescente, em momento posterior ao presente fato, empreendeu nova fuga durante uma blitz que ocorria em frente ao quartel da Brigada Militar, razão pela qual foi apreendida sua motocicleta. Nessa oportunidade, teria referido aos Policiais Militares que ganharia uma indenização relativa ao tiro no seu pé (fls. 18-20).

O Policial Militar Leomar Carvalho dos Santos reiterou os depoimentos prestados pelos seus colegas e afirmou que (fls. 21-23): “(...) a fim de defender-se e deter o provável foragido e assaltante *Bruxo* usou as técnicas policiais corretas e atirou na direção do pneu traseiro da motocicleta. A motocicleta não parou e nem foi detida. Posteriormente, quando ainda realizavam buscas nas proximidades, surgiu um cidadão dizendo que havia batido o pé numa pedra, pedindo socorro para ir até o Hospital”.

O auxiliar de enfermagem Carlos Marcelo Três, que atendeu o adolescente na noite dos fatos, disse que o adolescente havia sofrido uma escoriação no pé e que o próprio adolescente teria afirmado que machucou o pé ao cair de uma moto. O médico plantonista orientou-o a fazer apenas curativo e liberar o paciente, sendo certo que nem mesmo pontos foram necessários fazer (fl. 27).

O médico que atendeu o adolescente na noite dos fatos, Nicanor Reinaldo Dresch, referiu que o adolescente apresentava um ferimento no pé, mas que procedeu à limpeza e fez um curativo, não sendo necessária a realização de pontos (fl. 29). Após consultar o Livro do Plantão Médico, a testemunha deduz que a causa do ferimento não tenha sido disparo de arma de fogo, pois recordaria do fato (fl. 30).

O relatório de fl. 33 e documentos que o acompanham (fls. 34-53) confirmam o fato de o assaltante “*Bruxo*” estar sendo procurado pela Polícia Civil como autor

de roubos na cidade de Palmeira das Missões e possuir uma motocicleta, cor preta. Além disso, o autor do roubo foi capturado portando uma mochila nas costas, onde escondia uma arma de fogo, o que dá guarida aos depoimentos dos Policiais Militares.

Os documentos das fls. 54-75 atestam, por sua vez, que o adolescente Gilberto Almeida dos santos e sua mãe estão respondendo pela prática de ilícitos, respectivamente, dirigir sem habilitação e entregar veículo à pessoa não habilitada.

A certidão de fl. 76 e o documento da fl. 86 comprovam que é verídica a informação de que o Delegado de Polícia teria alertado os Policiais Militares sobre a existência de uma motocicleta, cor preta, em frente ao bar da Senhora Leonor Schumacher e que possuía as mesmas características da pertencente ao assaltante *Bruxo*. Na oportunidade, o Delegado pediu a adoção de providências aos Policiais Militares para que identificassem os ocupantes da motocicleta.

Dos depoimentos prestados e dos documentos constantes dos autos do presente inquérito policial, *conclui-se que não há nexos de causalidade entre o disparo da arma de fogo pelo Policial Militar e o ferimento no pé do adolescente.*

Com efeito, a lesão e o disparo ocorreram. Basta verificar o auto de exame de corpo de delito de fl. 09 e a prova oral produzida. Ocorre que *não há nem ao menos indícios de que as lesões foram provocadas por disparo de arma de fogo.* As pessoas ouvidas foram unânimes em afirmar que o adolescente referia como causa do ferimento a queda da motocicleta e a consequente lesão por uma pedra. O auto de exame de corpo de delito refere apenas características de ferimento por disparo, mas não impõe certeza.

O próprio médico e o enfermeiro que atenderam o adolescente, na noite dos fatos, esclarecem que o ferimento era superficial e exigiu um simples curativo.

Ora, se o adolescente tivesse sido atingido por um disparo de arma de fogo nem conseguiria se dirigir até os Policiais Militares para pedir socorro. E mais, o adolescente teria contado o fato ao médico ou ao enfermeiro que o atendeu, o que não fez. Além disso, foi registrar ocorrência policial apenas seis dias após o fato, o que retira credibilidade da sua versão.

Por outro lado, e mesmo que se admitisse a existência do nexos de causalidade entre o disparo e a lesão, a verdade é que a conduta adotada pelos Policiais Militares foi extremamente correta. Após receberem a informação de que o assaltante "*Bruxo*" estaria conduzindo uma motocicleta, cor preta, com uma mochila nas costas, dirigiram-se até o Bairro Mutirão, local onde "*Bruxo*" costumava se esconder, para realizar uma barreira policial. Na ocasião, surge uma motocicleta com as mesmas características do assaltante e um condutor com uma mochila nas costas que empreende fuga quando avista a viatura!!! É óbvio que qualquer pessoa desconfiaria de tal atitude e ligaria a pessoa ao assaltante, já que, no caso, se tratava de Policial Militar. Leomar utilizou-se da técnica policial e efetuou um

disparo em direção ao pneu traseiro da motocicleta, o que é confirmado pelos demais policiais presentes. E veja: foi apenas um disparo, e não dois como o adolescente referiu isoladamente.

Nessas circunstâncias, pode-se afirmar que o *Policia*l Militar Leomar Carvalho dos Santos praticou o fato em estrito cumprimento do seu dever legal e dele não se exigiria conduta diversa, causas que, por si só, já excluem a ilicitude do fato (art. 23, inciso III) e a culpabilidade do agente.

Assim, o Ministério Público requer o arquivamento do presente expediente. (fls. 40-45 - grifei.)

Da leitura conjugada das duas peças processuais acima transcritas, notadamente dos trechos em negrito, extrai-se que o arquivamento do inquérito policial na Justiça Comum apresenta a seguinte fundamentação: (I) atipicidade do fato, em razão de inexistência de nexo de causalidade entre o disparo de arma de fogo realizado pelo policial e a lesão constatada no pé do adolescente; e (II) presença de excludente de ilicitude e culpabilidade, face a atuação do policial em estrito cumprimento do dever legal, não lhe sendo exigível conduta diversa.

A depender da corrente doutrinária adotada, o reconhecimento da atuação no estrito cumprimento do dever legal pode significar *atipicidade conglobante* ou *excludente de antijuridicidade*, conforme já minudenciado pela Corte Especial desta Casa, no julgamento da Ação Penal n. 560-RJ (2009/0010215-8), de relatoria do eminente Ministro Felix Fischer, cujo excerto da ementa ora se transcreve:

Queixa. Calúnia, injúria e difamação. Renúncia tácita do direito de queixa. Inépcia da queixa.

I - (...).

II - A calúnia é a imputação falsa à alguém de fato definido como crime. O pedido de abertura de inquérito sobre fatos que ocorreram e que poderiam eventualmente configurar um ilícito penal não se enquadram na hipótese de imputação falsa. *Além do mais, pelos dados colhidos se verifica que incide ao caso concreto a hipótese do estrito cumprimento do dever legal, que para uns configura hipótese de excludente de antijuridicidade, e para outros de atipicidade conglobante.*

III - (...).

IV - (...).

V - (...).

Queixa julgada improcedente, com base no art. 395, incs. I e III, do CPP c.c. art. 6º da Lei n. 8.038/1990. (APn n. 560-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 16.09.2009, DJe 29.10.2009.)

Dessa forma, pode-se afirmar que a fundamentação da decisão que determinou o arquivamento do inquérito policial na Justiça Comum, em verdade, por qualquer viés que se analise, reconheceu, sim, a atipicidade do fato, o que faz ressaltar sua natureza de sentença favorável ao réu, com a produção de coisa julgada formal e material, consoante a doutrina supra transcrita.

Resta, pois, analisar o último aspecto processual trazido a debate nesta impetração, qual seja, a eficácia do ato judicial emanado de juiz incompetente, recorrendo ao magistério sempre atual dos ilustres Professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, na obra *As Nulidades no Processo Penal*. Os nobres doutrinadores, ao tratarem do tema da inexistência da sentença nos casos de incompetência constitucional, a despeito de divergirem da doutrina suso mencionada ao reconhecerem a inaptidão da decisão em testilha para a produção da coisa julgada, ressaltam:

(...) nova leitura merece o art. 564, I, do CPP, no que respeita à incompetência constitucional: nesse caso, não ocorrerá nulidade, mas inexistência dos atos praticados pelo juiz incompetente.

Como já se viu, a coisa julgada exerce o papel de sanatória geral dos atos nulos, e até dos inexistentes praticados no processo, antes da sentença; só mediante revisão criminal ou *habeas corpus* poderá ser arguida a nulidade ou a inexistência de atos processuais, cobertos pela coisa julgada material. Não haverá, assim, possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu. Mas, em se tratando de sentença inexistente (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o art. 5º, LIII, da CF), esta simplesmente não transitaria em julgado, sendo nenhuma sua eficácia. Poderia o vício ser declarado *pro societate*, formulando a acusação nova pretensão punitiva e, na arguição de coisa julgada oferecida pela defesa (arts. 95, V, e 110 do CPP), argumentar com a não-ocorrência desta, por ser a sentença inexistente?

Não. Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do favor rei e do favor libertatis. E o dogma do ne bis in idem deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de outra ação penal.

É certo que o *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa. E que, na hipótese de sentença juridicamente inexistente, não se forma a coisa julgada. Mas, no terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo valores supremos do indivíduo - vida, liberdade, dignidade - o *ne bis in idem* assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada.

(...).

Nessa ótica, “perseguido” que foi penalmente o acusado, ainda que perante juiz constitucionalmente incompetente, que o absolveu, não poderá ser novamente processado pelo mesmo fato, apesar de a sentença não ter aptidão para passar em julgado. Até porque a garantia do juiz constitucionalmente competente é erigida em favor do “processado” e do “sentenciado”.

A categoria da inexistência da teoria geral perde força no processo penal, sempre que haja uma absolvição, a qual acaba surtindo efeitos jurídicos para impedir um novo julgamento pelo mesmo fato apontado como delituoso. (fls. 43-44 - grifei.).

Assim, importa menos dividir se o pronunciamento judicial emanado de juiz incompetente, que manda arquivar o inquérito policial sob o fundamento da atipicidade do fato, é sentença de mérito, e, como tal, produz coisa julgada formal e material, ou se, é ato inexistente, e, desse modo, então, inapto à produção de coisa julgada, mas, antes, reconhecê-lo como uma manifestação favorável ao investigado, emanada do Estado-Juiz, que, por essa razão, fica impedido de manifestar-se novamente sobre o mesmo fato, sem que se altere o contexto fático anteriormente analisado, para preservar-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.

Mister se faz, sem sombra de dúvida, reafirmar a força normativa dos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, o que leva à conclusão de que, *in casu*, não pode a Justiça Especializada reapreciar o mesmo fato já exaustivamente analisado pela Justiça Comum, que o afirmou atípico, porque o faria em prejuízo do investigado, providência inadmissível no nosso ordenamento jurídico, pelas razões ora sustentadas.

Em consonância com o posicionamento por mim defendido, consulte-se a seguinte jurisprudência da Excelsa Corte, desta Casa e do Superior Tribunal Militar:

Habeas corpus. Processual Penal. Persecução penal na Justiça Militar por fato julgado no Juizado Especial de Pequenas Causas, com trânsito em julgado: impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Adoção do princípio do *ne bis in idem*. *Habeas corpus* concedido. 1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. 2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. *A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição*

da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes. 3. *Habeas corpus* concedido. (STF - HC n. 86.606, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22.05.2007, DJe-072 divulgado em 02.08.2007, publicado no DJ 03.08.2007, PP-00086 EMENT VOL-02283-04 PP-00638).

Habeas corpus. Direito Penal Militar. Constrangimento e lesões leves (arts. 222, § 2º, e 209, *caput*, ambos do CPM). Paciente que, pelos mesmos fatos, já cumpriu obrigação imposta em transação penal (prestação de serviços à comunidade), perante Juizado Especial Criminal, com extinção da punibilidade. Denúncia recebida pelo Juízo Militar. Alegação de incompetência absoluta da Justiça Comum. Princípio do *ne bis in idem*. Centralidade, em nosso ordenamento constitucional, dos direitos e garantias individuais. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar-RS.

1. A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente - ou, como se dá no caso, a homologação de transação penal proposta pelo *Parquet* -, embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. Assim, apesar de eivada de nula, a decisão do Juízo Especial Criminal tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

2. A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando contido na sentença. Na seara penal, a res judicata sustenta-se sobre a necessidade de segurança que a ordem jurídica demanda.

3. Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional.

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. (STJ - HC n. 90.472-RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 03.11.2009.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Pedido de trancamento da ação penal. Arquivamento do feito. Reconhecimento de causa excludente de ilicitude. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Precedentes do STJ.

2. No caso, resta evidenciada essa excepcionalidade. *O arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude.*

3. Embora o inquérito policial possa ser desarquivado em face de novas provas, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

4. *Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, nos termos do disposto no art. 9º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material.*

5. Recurso conhecido e provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 200.420.500.013, em trâmite na 5ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju-SE. (STJ - RHC n. 17.389-SE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20.11.2007, DJe 07.04.2008.)

Habeas corpus. Processual Penal. Sentença absolutória proferida por Juiz da Infância e da Juventude. Ocorrência de trânsito em julgado. Representado maior de idade. Remessa à Justiça Comum. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. *A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.*

2. *Incide, na espécie, o princípio do ne bis in idem, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente.*

3. *Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal pro societate, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.*

4. Ordem concedida. (STJ - HC n. 36.091-RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 24.02.2005, DJ 14.03.2005, p. 426.)

Habeas corpus. Processual Penal. Desacato a Juiz Estadual investido das funções eleitorais. Crime comum, de competência da Justiça Federal. Trancamento de ação penal. Coisa julgada material.

1. É da jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal que o desacato, cometido contra Juiz Estadual investido da jurisdição eleitoral, é crime comum, de competência da Justiça Federal, por atentar contra interesse da União, representada que está, em caso tais, por de um de seus órgãos.

2. *Em sede penal, é da tradição jurisprudencial, consentânea com a proteção constitucional da liberdade da pessoa humana, atribuir-se plena eficácia à coisa julgada, ainda quando produzida em juízo incompetente, ou mesmo à que falte jurisdição.*

3. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal. (STJ - HC n. 18.078-RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 18.04.2002, DJ 24.06.2002, p. 345.)

Correção parcial. Juiz-Auditor Corregedor. Agressão a membro do Corpo de Bombeiros por policial militar e soldados do Exército. Transação penal em Juizados Especiais. Coisa julgada. Arquivamento de IPM. Incompetência da Justiça Militar da União. Agressão a membro de equipe de Corpo de Bombeiros por policial militar e soldados do Exército, quando de serviço de socorro a vítimas em acidente de trânsito. *Ainda que declarada a competência da Justiça castrense pelo Superior Tribunal de Justiça, há de se levar em conta a existência de coisa julgada formal e material, decorrente de sentença homologatória de transação penal firmada em Juizados Especiais, mesmo sendo esses incompetentes. É a garantia fundamental do indivíduo insita no princípio constitucional ne bis in idem.* Inquérito arquivado na parte relacionada aos soldados do Exército. Obediência à coisa julgada. Policial Militar. Incompetência da Justiça Militar da União. Decisão não alterada pelo STJ nessa parte. Previsão legal: art. 124 da CF. Preliminar de não-conhecimento do pedido rejeitada. Maioria. Pedido de correção parcial indeferido. Maioria. (STM - CP-FO n. 2007.01.001965-3-DF, Rel. Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo, julgado em 26.11.2007, DJ 11.01.2008.)

Ante o exposto, acolhido o parecer ministerial, concedo a ordem para trancar a Ação Penal n. 484-00.2008.921.0004, em trâmite perante a Auditoria Militar de Passo Fundo-RS.

É como voto.