



---

Jurisprudência da **Quinta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 92.307-MS (2007/0239277-9)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi  
Impetrante: José Roberto Batochio e outros  
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região  
Paciente: Mauro Suaiden  
Advogado: Francisco Leite Chaves e outro(s)  
Paciente: Ney Agilson Padilha  
Paciente: Geraldo Antônio Prearo  
Paciente: Jelicoe Pedro Ferreira  
Paciente: Milton Prearo  
Paciente: José Adilson Melan  
Paciente: Maurício Suaiden Júnior

---

**EMENTA**

Habeas corpus. *Formação de quadrilha. Sonegação fiscal. Sonegação de contribuição previdenciária. Apropriação indébita previdenciária. Falsidade ideológica. Corrupção ativa. Lavagem de dinheiro. Julgamento do anterior writ. Inobservância da competência por prevenção. Nulidade relativa. Ausência de arguição oportuna e demonstração do prejuízo. Eiva não reconhecida.*

1. O desrespeito à competência firmada por prevenção gera nulidade relativa (Precedentes).

2. Constatando-se que a Desembargadora Relatora para a qual foi distribuída a anterior impetração não foi oportunamente alertada acerca da aventada inobservância à regra de competência por prevenção, já que a irresignação apenas foi manifestada após o julgamento do seu mérito, não há como se reconhecer a alegada nulidade, mormente porque os impetrantes não demonstraram qual teria sido o prejuízo suportado pelos pacientes.

*Falta de fundamentação do acórdão objurgado. Ofensa ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Declinação das razões e fundamentos legais que formaram a convicção do órgão colegiado. Ilegalidade não evidenciada.*

1. Embora seja certo que a Constituição Federal, no seu artigo 93, inciso IX, exige que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas, não há como se reputar ilegal o acórdão objurgado que, ainda que de forma sucinta, declina as razões e fundamentos legais que formaram a convicção dos magistrados integrantes do órgão colegiado no sentido de afastar as teses sustentadas na anterior impetração.

*Ausência de constituição definitiva das exações no âmbito administrativo. Intecptações telefônicas. Linha de investigação que incluía a prática dos crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Ilegalidade. Inocorrência.*

1. Segundo entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, os crimes de sonegação fiscal, sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, por se tratarem de delitos de caráter material, somente se configuram após a constituição definitiva, no âmbito administrativo, das exações que são objeto das condutas (Precedentes).

2. Embora não seja lícito à autoridade policial proceder a atos de investigação sem a ocorrência da aludida condição objetiva de punibilidade, não se reputa ilegal o procedimento inquisitorial no qual também são investigadas a prática de outros crimes conexos com aqueles, tampouco a interceptação telefônica deferida nos termos da legislação aplicável, em respeito às garantias individuais previstas na Constituição Federal.

*Atipicidade das condutas atribuídas aos pacientes. Ausência de dolo. Exações consideradas indevidas por decisão judicial. Pagamento dos créditos tributários. Inexistência de prova inequívoca. Trancamento da ação penal. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Improriedade da via eleita. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.*

1. Inviável o reconhecimento da alegada atipicidade das condutas atribuídas aos pacientes, seja em razão da alegada ausência de dolo ou do alegado pagamento das exações que foram objeto da exordial acusatória, já que, para se acolher os referidos pleitos seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto probatório, providência inadequada na via estreita do *habeas corpus*, sendo certo que tais alegações deverão ser melhor deliberadas no âmbito do processo criminal.

2. É cediço que na estreita via do remédio heróico só se admite o trancamento da ação penal caso exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade (Precedentes).

3. Na hipótese, não há nos autos nenhuma prova inequívoca de que as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito que deram embasamento à deflagração da ação penal se referiam à falta de recolhimento aos cofres da autarquia previdenciária da exação que foi alvo de discussão em mandado de segurança no qual declarou-se a inconstitucionalidade de determinada contribuição.

4. Da mesma forma, inviável o reconhecimento da alegada causa de extinção da punibilidade em razão do pagamento dos tributos tidos por sonegados, já que também não há nos autos prova inequívoca da mencionada quitação, ônus do qual não se desincumbiram os impetrantes.

5. Ordem denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP).

Sustentaram oralmente: Dr. José Roberto Batochio (p/ pactes) e Ministério Público Federal.

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

Ministro Jorge Mussi, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Mauro Suaiden, Ney Agilson Padilha, Geraldo Antônio Prearo, Jelicoe Pedro Ferreira, Milton Prearo, José Adilson Melan e Maurício Suaiden Júnior, contra decisão proferida pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que ao apreciar o writ n. 2007.03.00.034710-7, denegou a ordem em que objetivava o trancamento da Ação Penal n. 2002.60.00.007757-0, da 3ª Vara Federal da Comarca de Campo Grande, em que os pacientes respondem pela suposta prática dos delitos de formação de quadrilha, sonegação fiscal, apropriação indébita previdenciária, sonegação de contribuição previdenciária, falsidade ideológica, corrupção ativa e lavagem de dinheiro, restando o aresto assim ementado:

*Habeas corpus*. Sonegação fiscal. Apropriação indébita previdenciária. Formação de quadrilha. Falsidade ideológica. Corrupção ativa. Lavagem de valores. Inépcia da denúncia. Ordem denegada.

1. As investigações realizadas demonstram a existência de empresa, constituída em nome de interpostas pessoas, criada pela quadrilha com o propósito de sonegar tributos e contribuições sociais, no intuito de imunizar o patrimônio dos verdadeiros sócios.

2. Afastada a alegação de inépcia da denúncia, uma vez que contém a exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, possibilitando aos pacientes o exercício pleno do direito à ampla defesa.

3. Não prospera a alegação de que as interceptações telefônicas foram realizadas de forma ilegal, já que o magistrado de primeiro grau informou que o procedimento foi efetuado mediante autorização judicial.

4. A questão referente à compensação realizada pela empresa é questão que demanda a análise de provas, incabível em sede de cognição sumária, onde não se permite dilação probatória.

5. Ordem denegada. (fls. 653)

Alegam os impetrantes, inicialmente, que os pacientes são vítimas de constrangimento ilegal, sustentando violação ao princípio do juiz natural, ante a constatação de que o *habeas corpus* originário “foi distribuído equivocadamente a Desembargadora Federal Vesna Kolmar, quando o juiz natural seria a Desembargadora Suzana Camargo, por força da anterior distribuição do Habeas Corpus n. 2004.03.00.071337-8, originário do procedimento criminal diverso n. 2004.60.00.008748-1 (medida incidental), que é dependente da Ação Penal n. 2002.60.007757-0 (feito principal), de que se origina esta impetração” (fl. 39).

Discorrendo a respeito dos fatos, sustentam que os elementos de informação que deram embasamento à denúncia teriam sido obtidos ilegalmente, argumentando que os procedimentos administrativos instaurados contra o frigorífico administrado pelos pacientes estavam em pleno andamento e, mesmo diante da ausência de certeza sobre a exigibilidade dos tributos, “a autoridade Policial logo vislumbrou uma organização criminosa voltada para a prática do crime de sonegação fiscal e representou pela quebra do sigilo telefônico, fiscal e financeiro da empresa” (fl. 45), contrariando o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, que consideram a constituição definitiva da exação como condição objetiva de punibilidade para os crimes materiais contra a ordem tributária.

Defendem, outrossim, que o Tribunal *a quo* não poderia manter a decisão que recebeu a denúncia, porquanto entendem que falta justa causa à ação penal, haja vista a atipicidade da conduta narrada pela acusação e ausência de dolo em relação aos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação previdenciária, aduzindo que a contribuição apontada como devida pelo Frigorífico Margem Ltda. teria sido declarada inconstitucional por sentença transitada em julgado, proferida nos autos do MS n. 1997.01.00.06294-2-GO, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Alegam, ainda, que a dívida que deu azo à exordial acusatória com relação ao crime de sonegação fiscal não mais existe, em razão da compensação de créditos e débitos tributários realizada pela empresa, requerendo, assim, a extinção da punibilidade, nos termos do art. 9º da Lei n. 10.684/2003.

Instruiu a inicial com documentos de fls. 169-635.

O pleito liminar foi indeferido pela então Relatora, a Desa. convocada Jane Silva, conforme decisão de fls. 640-641.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora foram juntadas às fls. 648-671.

Por meio da petição de fls. 673-674, os impetrantes trouxeram aos autos documentos faltantes, referentes à alegada incompetência da Desembargadora Federal Relatora do *writ* impetrado perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Em parecer acostado às fls. 691-694, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Com a petição de fls. 697, os impetrantes juntaram aos autos documentos referentes à alegada extinção dos créditos tributários que deram ensejo à acusação formulada contra os pacientes na exordial acusatória, seja pela compensação ou pelo parcelamento.

Instado a manifestar-se sobre a documentação acostada, o Ministério Público Federal ratificou as manifestações exaradas no primeiro parecer.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus* os impetrantes pretendem, em síntese, e em ordem de exposição das teses aventadas: *a)* o reconhecimento da apontada nulidade do acórdão proferido no anterior *writ* em razão da alegada falta de fundamentação, em afronta ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal; *b)* a declaração da nulidade do julgamento do anterior *writ*, o qual teria sido relatado por magistrado federal incompetente, já que supostamente não observadas as regras de distribuição por prevenção no Tribunal de origem; *c)* o reconhecimento da apontada ilicitude da interceptação telefônica autorizada pelo juízo singular em detrimento dos pacientes e a imprestabilidade dos elementos de informações colhidos por tal meio para dar embasamento à denúncia; *d)* que se reconheça a alegada ausência de justa causa para a ação penal em razão da sustentada atipicidade dos fatos atribuídos na exordial em desfavor dos pacientes; e *e)* a declaração da extinção da punibilidade dos pacientes tendo em vista o alegado pagamento dos débitos tributários que deram origem às acusações que lhes foram atribuídas na denúncia.

Inicialmente, no tocante à alegada nulidade do julgamento do anterior *writ* em razão da suposta inobservância às regras regimentais de distribuição por prevenção, destaco a importância deste instituto no ordenamento jurídico pátrio, que tem como escopo o resguardo do princípio do juiz natural e visa afastar suspeitas de parcialidade aos olhos da parte contrária e do público.

Sobre a matéria, se faz necessário trazer à colação a doutrina de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

Evitando-se a distribuição ou, fazendo-a, mas não respeitando a determinação do juízo para o qual foi remetido o inquérito e criando-se mecanismos para a eleição de magistrado diverso, está-se contrariando a lei processual penal e o



espírito do juiz natural, uma vez que, de algum modo, o magistrado pode ser escolhido por mecanismos subjetivos e não objetivos, como é o da distribuição. (Código de Processo Penal Comentado, 5ª edição, p. 231)

De outra borda, o Enunciado da Súmula n. 706 do STF preceitua: “É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

Assim, o desrespeito à competência firmada por prevenção gera nulidade relativa, que deve ser reconhecida somente quando demonstrado o prejuízo para a defesa.

No caso em apreço, a referida nulidade está sendo arguida em sede de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, ou seja, após o julgamento do *writ pelo Tribunal a quo*. Observa-se, também, que a relatora designada para o julgamento do *mandamus* originário não foi oportunamente alertada acerca da aventada inobservância ao princípio do juiz natural.

E, se a aludida irregularidade não foi apontada em momento oportuno, vindo a ser suscitada somente após o julgamento do *mandamus*, não há como reconhecê-la tardiamente, já que olvidou-se a defesa em demonstrar qual teria sido o prejuízo suportado pelos pacientes.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento desta Corte sobre o tema:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Trancimento de ação penal em curso. Nulidade do acórdão atacado por inobservância de prevenção. Nulidade relativa. Prejuízo não demonstrado. Ausência de justa causa para a ação penal. Atipicidade da conduta descrita na denúncia. Não-ocorrência. Recurso a que se nega provimento.

1. A inobservância da competência por prevenção regimental é causa de nulidade relativa, passível de ser reconhecida somente quando demonstrado prejuízo para a defesa. Precedentes.

2. O trancimento da ação penal por esta via justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.

Precedentes.

3. Recurso a que se nega provimento. (RHC n. 17.288-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 26.04.2005, DJ 1º.07.2005, p. 564)

Processual Civil. Agravo regimental. Ausência de ataque aos fundamentos da decisão recorrida. Enunciado n. 182 da Súmula do STJ. Art. 71, § 4º, RISTJ. Prevenção. Possibilidade de reconhecimento até o início do julgamento do recurso.

I. “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (Enunciado n. 182 da Súmula do STJ).

II. Nos termos do disposto no parágrafo 4º do art. 71 do RISTJ, a prevenção pode ser decretada de ofício pelo relator, ou provocada pelas partes ou Ministério Público até o início do julgamento do recurso. Assim não procedendo, ou, como no caso dos autos, se suscitada apenas com a interposição do agravo regimental, não há se falar em nulidade da decisão recorrida.

III. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 465.703-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29.03.2005, DJ 23.05.2005, p. 267)

Ademais, como bem lembrado pela D. Subprocuradoria-Geral da República, “o indigitado *habeas corpus* motivador da prevenção foi arquivado sem julgamento de mérito, por ter sido requerida a sua desistência, homologada em 04.02.2005, consoante pesquisa no site do Tribunal *a quo*” (fl. 693).

No que diz respeito à alegada ilegalidade do acórdão objurgado, em razão da apontada ausência de fundamentação idônea a refutar os argumentos expostos pela defesa dos pacientes na anterior impetração, é certo que a Constituição Federal, no seu artigo 93, inciso IX, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, exige que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de reputar-se nulo o ato praticado em inobservância a tal preceito.

Trata-se de disposição colocada no Texto Constitucional com a finalidade de dar maior efetividade aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, repudiando, assim, os atos praticados por motivos escusos e de forma arbitrária. Na hipótese dos autos, todavia, não se verifica que tenha a autoridade apontada como coatora obrado em dissonância com o disposto no aludido dispositivo constitucional, podendo-se constatar que, embora de forma sucinta, apresentou os fundamentos legais que, aplicados à hipótese posta em discussão, formaram a sua convicção para afastar as teses sustentadas na impetração, circunstância que, de acordo com entendimento jurisprudencial firmado nesta Corte, não se constitui em constrangimento ilegal.

A propósito:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Emissão de títulos mobiliários sem lastro ou garantias suficientes. Nulidade do acórdão impugnado por falta de

fundamentação. Inocorrência. Fundamentação sucinta. Prisão preventiva. Nulidade. Pedido indeferido pelo magistrado. Recurso em sentido estrito. Exercício do juízo de retratação sem que a defesa fosse intimada para apresentar contrarrazões. Ausência de prejuízo processual. Cautela que pode ser determinada a qualquer momento, inclusive, de ofício pelo juiz. Ausência de previsão legal sobre prévia manifestação defensiva acerca do pedido. Ordem denegada.

1. Satisfaz a exigência prevista no artigo 93, IX da Constituição da República o acórdão que motiva suficientemente as razões pelas quais refuta a pretensão defensiva, ainda que sucintamente. Precedentes.

(...)

6. Ordem denegada. (HC n. 108.843-RJ, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, julgado em 23.09.2008, DJe 28.10.2008)

Transpostas estas questões, passa-se à análise do mérito dos demais pedidos deduzidos no *writ*.

Para a melhor compreensão daquilo que se alega neste remédio constitucional, se faz necessário breve resumo do até então processado na ação penal objurgada.

Infere-se dos autos que, em razão de *notitia criminis* anônima atribuindo à empresa Frigorífico Margem Ltda. a suposta prática de crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária, o Ministério Público Federal requisitou à autoridade policial a instauração de inquérito para apuração dos fatos apontados como criminosos. Deflagrado o procedimento inquisitorial aos 25.10.2002 (fl. 225), o Delegado de Polícia Federal responsável pelo caso expediu ofícios à Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, com a finalidade de obtenção de cópias do contrato social e respectivas alterações das empresas Frigorífico Margem e Magna Administração e Participações Ltda., bem como à Receita Federal e ao Instituto Nacional do Seguro Social, visando a obtenção de informações acerca de eventuais procedimentos administrativos originados de diligências fiscais realizadas na primeira empresa (fls. 236-239).

Segundo se depreende da exordial acusatória, com base nas informações prestadas pelos aludidos órgãos, verificou-se a possibilidade da referida empresa estar sendo utilizada para a prática de crimes em razão das peculiaridades verificadas nas sucessivas alterações contratuais e, diante da notícia de que havia no âmbito da Receita Federal alguns procedimentos administrativos instaurados para apuração de débitos fiscais, a autoridade policial representou pela quebra do sigilo fiscal do citado frigorífico (fl. 249), o que foi deferido pelo Juízo da 3ª

Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande-MS, conforme decisão acostada às fl. 251-252.

Com isso, obteve-se a informação de que perante a Receita Federal a mencionada empresa respondia a processos administrativos, originados de autuações do aludido órgão em razão da falta de recolhimento de IRPJ, Cofins e PIS, cuja dívida com o Fisco representaria o montante aproximado de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Noticiou-se, ainda, que perante o Instituto Nacional do Seguro Social existiam outros procedimentos administrativos, originados de Notificações Fiscais de Lançamento de Débito, nos quais se discutiam dívidas da referida empresa com a aludida autarquia no montante aproximado de R\$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais).

Na posse destas informações, conjugadas com a análise do contrato social da empresa investigada e suas respectivas alterações, indicando que os seus verdadeiros administradores seriam os pacientes *Ney Agilson Padilha*, *Geraldo Antonio Prearo e Mauro Suaiden*, a autoridade policial, aos 09.06.2004, representou pela quebra dos sigilos fiscal, financeiro e telefônico, dentre outros investigados, dos pacientes já citados, bem como de *Milton Prearo e Jelicoe Pedro Ferreira*, os quais também figuram como pacientes nesta impetração. O excepcional afastamento das aludidas garantias fundamentais foi deferido pelo magistrado singular, em decisão proferida aos 14.06.2004 (fls. 291-299).

A síntese dos fatos merece uma pausa, para pontuar que a exordial acusatória atribuiu aos pacientes *Mauro Suaiden*, *Ney Agilson Padilha*, *Geraldo Antônio Prearo e Jelicoe Pedro Ferreira* a prática do crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal), em razão da dívida apurada junto ao Instituto Nacional de Seguro Social nos procedimentos administrativos deflagrados a partir das Notificações Fiscais de Lançamento de Débitos n. 35.373.901-4; n. 35.373.902-2; n. 35.373.903-0; e n. 35.373.904-9, as quais diriam respeito aos períodos de Março/1996 a Dezembro/1998; Janeiro/1999 a Abril/2002; Agosto/1998 a Dezembro/1998; e Janeiro/1999 a Março/1999, respectivamente.

O crime de sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990), por sua vez, lhes foi atribuído em razão da constituição de débito tributário no Procedimento n. 19515.02696/2003-98, no qual apurou-se a suposta redução, mediante a omissão de informações à autoridade fazendária, do pagamento da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Já o delito de sonegação de contribuições previdenciárias, previsto no artigo 337-A do Código Penal, estaria caracterizado, conforme relata a exordial acusatória, em razão da constituição de débito nos autos do Processo Administrativo n. 35.373.905-7, em decorrência de omissão de receitas decorrentes da comercialização de produtos rurais, que importaram na supressão de contribuição social previdenciária.

Feito este aparte, conforme se infere do documento acostado à fl. 257, a Secretaria da Receita Federal informou à autoridade policial, aos 16.12.2004, que perante a Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo ainda tramitava o Processo n. 19515-002696/2003-98, o qual encontrava-se, à época, pendente de análise. E ainda, de acordo com o documento de fl. 260, o Processo Administrativo n. 35.373.905-7 somente foi confirmado pelo Conselho de Recursos da Previdência Social por decisão proferida aos 24.02.2005.

A análise da tese de ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas nos autos em apreço, passa, contudo, necessariamente, pela discussão acerca da natureza jurídica dos crimes de sonegação fiscal, sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, sendo certo que, sobre este último, existem correntes jurisprudenciais e doutrinárias dissonantes, uma atribuindo-lhe a característica de delito material e outra a de formal, circunstância que, a depender da tese adotada, importa em consequências totalmente diversas no que diz respeito à punibilidade do agente pela prática da conduta.

No que diz respeito ao primeiro ilícito, previsto no artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, firmou-se na jurisprudência o entendimento de que, em razão do seu caráter material, a sua consumação só ocorre após a constituição definitiva do tributo sonegado, situação entendida como aquela na qual não seja cabível mais nenhum recurso na esfera administrativa para se discutir o lançamento.

De tão pacífico, o entendimento é objeto da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, cuja observância, como se depreende do próprio nome dado ao instituto, vincula a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta de todos os entes federados. Confira-se, a propósito, a sua redação:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso I a IV, da Lei n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

O mesmo entendimento vem sendo aplicado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores com relação à segunda figura típica imputada aos pacientes, qual seja, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A do Código Penal, cuja caracterização, também em razão do seu caráter material, depende da constituição definitiva do montante sonegado.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Penal. Recurso especial. Apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Ação penal. Prévio esgotamento da instância administrativa. Necessidade. Orientação do Supremo Tribunal Federal.

1. Consoante recente orientação do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, o procedimento administrativo de apuração de débitos se constitui em condição de procedibilidade para a instauração da ação penal.

2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 875.897-CE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 15.12.2008)

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 337-A do Código Penal. Necessidade de prévio esgotamento da via administrativa. Condição objetiva de punibilidade.

I - Esta Corte, em outras oportunidades, destacando a mudança de entendimento do Pretório Excelso em relação a existência de justa causa para a apuração do delito de apropriação indébita previdenciária, que só se verificaria após o esgotamento da via administrativa com a constituição definitiva do crédito tributário, passou a adotar o mesmo raciocínio em relação ao delito de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art. 337-A do Código Penal.

II - Desta forma, no caso, é de se determinar o trancamento da ação penal instaurada para apurar a prática, em tese, de delito de sonegação de contribuição previdenciária, quando além de certidão expedida pelo Ministério da Fazenda, também o e. Tribunal *a quo* reconhece expressamente que a *persecutio criminis in iudicio* se deu quando ainda pendente processo administrativo instaurado em face da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito mencionada na exordial acusatória.

*Habeas corpus* concedido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 2007.51.01.8066341-3 em trâmite perante a 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

(HC n. 132.803-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 31.08.2009)

Aliás, o caráter material do crime de sonegação de contribuição previdenciária e a sua similitude com o ilícito previsto no artigo 1º da Lei n. 8.137/1990 já era sustentada pela doutrina, conforme se depreende dos seguintes apontamentos:

Da mesma forma como ocorre com o crime de sonegação fiscal, trata-se de crime de dano ou crime material. Não basta que o agente realize as condutas omissivas ou comissivas previstas nos incisos o art. 337-A do Código Penal, para que se tenha o crime. Há necessidade ainda de que a tais condutas se siga supressão ou redução de contribuição previdenciária. Suprimir a contribuição previdenciária, tal como ocorre com suprimir (qualquer outro) tributo, significa nada pagar do valor devido. Reduzir a contribuição previdenciária significa efetuar seu pagamento apenas parcial. (DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a ordem tributária. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 342)

A adoção da Lei n. 8.137/1990 como modelo para a criminalização da sonegação de contribuição previdenciária: Salta aos olhos que o legislador, para estabelecer as figuras penais de sonegação de contribuição previdenciária no art. 337-A do Código Penal, inspirou-se, felizmente, nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27.12.1990, que define os crimes contra a ordem tributária.

Abandonou, definitivamente, a previsão de condutas erigidas à condição de figuras delituosas, construindo crimes de mera conduta, em que a só manifestação do comportamento previsto na lei já caracterizava o delito, independentemente da ocorrência de um resultado no mundo físico, como ocorria com as figuras estabelecidas no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24.07.1991, agora expressamente revogada pela Lei n. 9.983, de 14.07.2000. Esta, além de prever figuras típicas de sonegação fiscal, em que não basta a conduta, exigindo-se intenção e resultado, pulverizou as demais figuras do revogado art. 95 da lei anterior e inúmeras normas autônomas, disseminadas no Código Penal (arts. 313-A, 313-B, 168-A e outros acréscimos em normas já existentes).

(...)

Consumação: Cuidando-se de crime material, consuma-se com a efetiva supressão ou redução de contribuição previdenciária e não apenas com a realização das condutas omissivas descritas nos incisos I a III. Aliás, como antes observado, a conduta omissiva é apenas meio e modo para se obter o fim buscado, ou seja a sonegação. A conduta omissiva existe apenas para a realização do tipo. (STOCO, Rui e STOCO; Tatiana de O. Dos crimes contra a administração pública. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). Código penal e sua interpretação, Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.597-1.604).

Com relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, contudo, a definição da sua natureza jurídica ainda é alvo de discussões pelos operadores do

direito, a qual divide opiniões entre os que se posicionam pelo seu caráter material, assim como os crimes de sonegação fiscal e de contribuição previdenciária, e aqueles que entendem tratar-se de crime formal, cuja consumação independe da verificação do resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.

Imperioso ressaltar que esta Corte posicionou-se, inicialmente, no sentido de que o ilícito em questão estaria consumado com a simples omissão do agente que, na qualidade de responsável pela arrecadação de contribuição previdenciária, deixa de recolhê-la aos cofres da autarquia previdenciária, entendendo, portanto, tratar-se de crime formal.

Apenas a título de ilustração, confira-se:

Processual Penal. Recurso especial. Apropriação indébita previdenciária. Crime formal. Encerramento do procedimento fiscal para o início da ação penal. Desnecessidade.

Na linha de precedentes desta Corte, nos crimes de apropriação indébita previdenciária, o procedimento administrativo de apuração de débitos não se constitui em condição de procedibilidade para a instauração da ação penal, tendo em vista a natureza formal do delito (Precedentes). A simples omissão no recolhimento das contribuições descontadas dos empregados consome o delito previsto no art. 168-A do CP.

Recurso desprovido. (RHC n. 23.152-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 1º.04.2008, DJe 02.06.2008)

Todavia, em sessão de julgamento realizada aos 10.03.2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental no Inquérito n. 2.537-GO, entendeu que o ilícito em questão é omissivo material, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

*Apropriação indébita previdenciária. Crime. Espécie.* A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. *Inquérito. Sonegação fiscal. Processo administrativo.* Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado. (Inq n. 2.537 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2008, DJe-107 Divulg 12.06.2008 Public 13.06.2008 Ement Vol-02323-01 PP-00113 Ret v. 11, n. 64, 2008, p. 113-122 *LexSTF* v. 30, n. 357, 2008, p. 430-441)



Com base no aludido precedente, esta Corte Superior de Justiça passou a perfilhar o mesmo entendimento do Pretório Excelso, considerando o crime de apropriação indébita previdenciária como delito omissivo material, cuja comprovação do resultado lesivo - necessário para a configuração do ilícito - só ocorre com a constituição definitiva, na instância administrativa, das contribuições previdenciárias supostamente apropriadas de forma indevida pelo agente responsável pelo seu recolhimento.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes:

*Habeas corpus*. Processual Penal. Crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária. Mudança de entendimento. Delito material. Prévio esgotamento da via administrativa. Imprescindibilidade. Condição de procedibilidade para a instauração de inquérito policial. Trancamento do inquérito policial por falta de justa causa. Precedente do STF.

1. Nos termos do entendimento recente da Suprema Corte, os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária também são crimes materiais, exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a Previdência.

2. O prévio esgotamento da via administrativa constitui, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, já que o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, impedindo a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

3. No caso dos autos, constata-se o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos tributários, ainda não havia chegado ao seu termo final, quando da instauração do inquérito policial para apurar a prática do suposto delito.

4. Ordem concedida para trancar o inquérito policial relativo à NFLD DEBCAD n. 37.018.027-5, diante da ausência de justa causa para a sua instauração, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal, ficando suspenso o prazo prescricional até o julgamento definitivo do processo administrativo. (HC n. 96.348-BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 04.08.2008)

*Habeas corpus*. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CPB). Crime omissivo material. Débito em discussão no INSS. Aplicação do art. 83 da Lei n. 9.430/1996. Decisão administrativa definitiva. Condição objetiva de punibilidade. Ação penal iniciada antes do encerramento do processo administrativo-fiscal. Falta de justa causa. Constrangimento ilegal evidenciado. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem concedida, no entanto, para trancar a ação penal.

1. O crime de apropriação indébita previdenciária é espécie de delito omissivo material, exigindo, portanto, para sua consumação, efetivo dano, já que o objeto jurídico tutelado é o patrimônio da previdência social, razão porque a constituição definitiva do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade, tal como previsto no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, aplicável à espécie.

Precedentes do STF e do STJ.

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

3. Ordem concedida, no entanto, para trancar a Ação Penal n. 2005.61.81.005020-0, em curso perante a 4ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, sem prejuízo de sua ulterior renovação, em sendo cabível. (HC n. 102.596-SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 09.03.2010, DJe 12.04.2010)

Sobre o assunto, confira-se a lição de José Paulo Baltazar Junior:

Na verdade, porém, sempre que omitido o recolhimento no prazo da lei haverá um dano efetivo à seguridade social pela falta do ingresso daqueles valores. Quer dizer, há um resultado naturalístico, embora não seja este exigido para a configuração do tipo. Além disso, se um dos dirigentes da empresa se omite em efetuar o recolhimento, mas outro o faz com recursos próprios, não haverá crime. Daí a existência de corrente doutrinária que entende ser de resultado o delito. (Crimes federais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29).

Com estas considerações, rememora-se que o inquérito policial foi instaurado aos 25.10.2002 para “apurar o cometimento, em tese, do crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990” (fl. 224) por parte da pessoa jurídica Frigorífico *Margem*. No mesmo ato, a autoridade policial, buscando averiguar a existência de procedimentos administrativos fiscais contra a aludida empresa, expediu ofícios à Delegacia da Receita Federal e à Gerência Regional do INSS, ambas de Campo Grande-MS. Em resposta (fl. 241), o Delegado Substituto da Receita Federal informou que perante a aludida delegacia não havia nenhum procedimento administrativo, ressaltando, ainda, que a matriz da empresa estava localizada no Estado de São Paulo. O Gerente Executivo do INSS, por sua vez, atestou a inexistência, à época, de débitos cadastrados em nome da aludida empresa (fl. 243).

Em razão da notícia da inscrição do estabelecimento matriz em outro Estado da Federação, a autoridade policial oficiou à Delegacia da Receita Federal no Estado de São Paulo, oportunidade na qual informou-se a existência de quatro fiscalizações encerradas e uma em andamento (fl. 245), sem fornecer,

contudo, maiores detalhes, em respeito ao sigilo fiscal. Tal circunstância motivou o Delegado de Polícia Federal representar pela quebra do aludido sigilo, para que fosse franqueado o acesso aos respectivos procedimentos administrativos mencionados pela autoridade fazendária, pleito que foi deferido pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande-MS, aos 20.02.2004 (fls. 251-252).

Com base na documentação a que teve acesso via ofícios expedidos e a referida quebra de sigilo fiscal, a autoridade policial, aos 09.06.2004, representou pela quebra dos sigilos fiscal, financeiro e telefônico dos pacientes *Mauro Suaiden, Ney Agilson Padilha, Geraldo Antônio Prearo, Jelicoe Pedro Ferreira e Milton Prearo*, o que foi deferido pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande-MS aos 14.06.2004 (fls. 291-308).

O primeiro objeto desta impetração reside na alegada ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas, já que à época ainda não havia a constituição definitiva dos tributos e contribuições previdenciárias que teriam sido alvo das supostas condutas delituosas investigadas.

Todavia, embora o alvo das investigações fosse a apuração de crimes contra a ordem tributária e o patrimônio da autarquia previdenciária, é certo que no momento da representação da autoridade policial pela quebra dos sigilos fiscal, financeiro e telefônico já existiam também indícios da prática pelos investigados de crimes de quadrilha e lavagem de dinheiro, conforme se infere dos seguintes excertos:

Iniciou-se os trabalhos nesta Polícia, oficiando as Juntas Comerciais de São Paulo e Mato Grosso do Sul visando obter a cópia do contrato social da Empresa, bem como ao INSS e Receita Federal indagando sobre a existência de débitos fiscais do Frigorífico *Margen* perante aqueles Órgãos.

A Junta Comercial do Estado de São Paulo encaminhou cópia do Contrato Social do Frigorífico *Margen*, folhas 147-148, onde se constatou que a Empresa está registrada em nome do **Sr. Jelicoe Pedro Ferreira** e da pessoa jurídica **Eldorado Participações Ltda.**, folhas 147-156. Já a pessoa jurídica **Eldorado Participações Ltda.** está registrada em nome do Sr. *Lourenço Augusto Brizoto*, Sr. *Aldomiro Lopes de Oliveira* e ao mesmo **Sr. Jelicoe Pedro Ferreira** (*situação suspeita*). Outro fato observado ao examinar o contrato social da firma, foi que o Frigorífico *Margen* iniciou suas atividades no ano de 1990, sendo fundado pelo **Sr. Ney Agilson Padilha, Sr. Milton Prearo e a Sra. Verena Maria Banwart Suaiden**, os quais deixaram a sociedade, transferindo suas cotas aos atuais proprietários. Logo, comprovou-se parte das informações do denunciante quanto a propriedade do frigorífico por possíveis "laranjas".

(...)

Importante frisar, que os AFPS's *Mario Roberto Menegassi e Marcelo Takashi Yamaji* confeccionaram um relatório, folhas 06-16 do Volume I do *Apenso I* do Persecutório, onde eles apontam o Sr. *Ney Agilson Padilha*, Sr. *Milton Prearo* e Sra. *Verena Maria Banwart Suaiden* como os sócios de "fato" do Frigorífico *Margen*. Segundo o relatório, tais pessoas sempre alternaram na composição societária das seguintes empresas: *Frigorífico Margen Ltda*; *Água Limpa Transportes Ltda*. e *Magna Participações Ltda.*, constituindo as referidas Empresas num "Grupo Econômico de Fato".

Também foi apensado aos Autos, cópia do IPL n. 016/99-DPF-TLS-MS o qual tramita na Delegacia de Polícia Federal de Três Lagoas-MS (*Apenso I*). No bojo do Persecutório foi reduzido a termo as declarações do Sr. *Jelicoe Pedro Ferreira*, folhas 318-320. Em suas declarações, ele reportou que as instalações físicas da unidade do Frigorífico *Margen* na cidade de Paranaíba-MS, pertenceria a Empresa *Magna Administração e Participações Ltda.*, tendo o *Frigorífico Margen Ltda.* locado as instalações para abate de gado bovino.

Nas folhas 138-145, juntou-se ao Persecutório cópia do Contrato Social da Empresa *Magna Administração e Participações Ltda.*, onde se constatou que a Empresa em tela pertence ao Sr. *Ney Agilson Padilha*; Sra. *Verena Maria Banwart Suaiden*; Sr. *Milton Prearo* e Sra. *Rosângela de Lourdes Prearo*, tendo como objeto social a *gestão de participações societárias "holding", gestão empresarial e aluguel de imóveis*, logo, pairando fortes suspeitas de fraude na constituição da Empresa, uma vez que a mesma é oriunda da cisão Empresa *Água Limpa Transportes Ltda.*, isso no ano de 1998; por sua vez, a empresa *Água Limpa Transportes Ltda.* é oriunda de cisão parcial do *Frigorífico Margen Ltda.*, ocorrida no ano de 1995 com a transferência de parte de seu patrimônio (vide relatório da Fiscalização do INSS, *Apenso III*).

Continuando as investigações, consultou-se os bancos de dados deste Departamento de Polícia Federal, visando verificar se o Sr. *Jelicoe Pedro Ferreira*, Sr. *Aldomiro Lopes de Oliveira* e Sr. *Lourenço Augusto Brizoto* possuíam registrados em seus nomes, veículos, imóveis rurais ou mesmo aeronaves, bens os quais normalmente são adquiridos por empresários que explorem como atividade econômica a pecuária. Para surpresa, foi constatado que tais pessoas não são proprietários de veículos, imóveis ou aeronaves. Tal situação é bastante suspeita, uma vez que os nacionais são proprietários do *segundo maior grupo frigorífico do Brasil*, responsável pelo abate diário da quantia de seis mil cabeças de gado bovinos (informação do site do grupo), além de ser devedor da quantia de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) ao Fisco Federal, débito oriundo da movimentação financeira, *faturamento*, do grupo. Ora não é crível, que os proprietários "de direito" do *Frigorífico Margen*, não possuam nenhum veículo, nenhum imóvel rural, nem mesmo sejam proprietários das instalações físicas das unidades industriais!!!! Não serão laranjas???

Por outro vértice, o **Sr. Mauro Suaiden, Sra. Verana Maria Banwart Suaiden, Sra. Rosângela de Lourdes Veronesi Prearo (esposa de Geraldo Prearo), Sr. Ney Adilson Padilha e Sr. Milton Prearo**, possuem registrados em seus nomes, conjuntamente, 24 veículos (diversos tipos) e oito imóveis rurais.

Conclui-se que pairam *fortes indícios* que o Frigorífico *Margen* esteja registrado em nome de “laranjas”, tendo tal situação a única finalidade de deixar o Fisco Federal e Estadual em erro, impossibilitando uma futura cobrança judicial dos créditos tributários, uma vez que *seus sócios de “direito”*, incluindo a pessoa jurídica *Eldorado Participações Ltda.*, não possuem patrimônio suficiente para honrar o pagamento das dívidas fiscais da Empresa, as quais atualmente giram em torno de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais). Caso confirmado tal suspeita, estaremos diante de uma verdadeira *Organização Criminosa* a qual está estruturada única e exclusivamente para a prática do crime de sonegação em larga escala e “lavagem de dinheiro”. (fls. 283-286)

Da extensa, mas necessária transcrição dos excertos extraídos do pedido de interceptação telefônica em detrimento dos investigados, entre os quais encontravam-se os ora pacientes, infere-se que os delitos envolvendo tributos e contribuições previdenciárias não foram o único móvel da ampliação das investigações - momento no qual requereu-se a mitigação das aludidas garantias constitucionais individuais -, já que os elementos de informação até então colhidos evidenciavam a existência de um complexo conjunto de atos, envolvendo diversos agentes, voltados “para a prática do crime de sonegação em larga escala e ‘lavagem de dinheiro’.” (fl. 286).

E ainda, depreende-se que o objetivo da autoridade policial com o pedido de interceptação telefônica dos investigados era desvendar a estrutura montada pelos investigados para a prática das condutas ilícitas, conforme se depreende do trecho final da representação, *verbis*:

Posto isto, visando a continuidade das investigações, objetivando comprovar os indícios de fraude (“estelionato”) em prejuízo da União, bem como a existência da *Organização Criminosa* voltada para a prática do crime de sonegação fiscal e “lavagem de dinheiro”, formada pelos sócios de “fato” e “direito” da Empresa investigada, torna-se essencial a realização de um acompanhamento das comunicações telefônicas e de dados dos suspeitos, visando comprovar a existência de vínculos estáveis da referida *Organização*, bem como qual seu “*modus operandi*” relativamente a administração das várias Empresas, e como é realizada a transferência de valores, “*pro-labore*”, entre os sócios “de direito” e “de fato”. (fl. 286)

Aliás, o próprio magistrado singular, ao deferir a representação formulada pela autoridade policial, o faz com base em razão da demonstração da existência de indícios da prática pelos investigados não só de crimes contra a ordem tributária e a propriedade da autarquia previdenciária, mas também de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, conforme se depreende do seguinte excerto:

Nos autos, existem indícios suficientes da ocorrência das práticas delitivas apontadas pelas investigações até aqui realizadas. Tratam-se de valores altíssimos, que refletem sobre a ordem econômica do País. Em tese, pois, haveria os crimes de sonegação fiscal, de lavagem de dinheiro e de formação de quadrilha. Como bem sustenta o Ministério Público Federal, é imperiosa a necessidade de se buscar a verdade real sobre os fatos, não havendo outra solução senão através da quebra do sigilo requerida pela polícia federal. (fls. 294-295)

Importante consignar que o aludido meio de prova, regularmente autorizado pelo Poder Judiciário, foi o meio pelo qual a autoridade policial logrou êxito em desvendar o suposto estratagema adotado pelos pacientes na consecução de seus objetivos, conforme se depreende dos seguintes excertos extraídos da exordial acusatória:

A “denúncia” de que a empresa *Frigorífico Margen* encontra-se atualmente registrada em nome de “laranjas” também foi levada a cabo, havendo confirmação inequívoca nos autos nesse sentido, especialmente a partir do relatado pela Coordenação Geral de Pesquisa e Investigação da Receita Federal (volume I, apenso XXVI) que, em análise à capacidade econômica das pessoas físicas que figuram como sócios do frigorífico, concluiu que os mesmos não possuem quaisquer condições de serem os proprietários de uma empresa cujo faturamento declarado à Receita Federal no ano de 2002 foi de R\$ 972.000.000,00 (novecentos e setenta e dois milhões de reais).

Apurou-se, então, que o *Frigorífico Margen* é um vértice do “grupo econômico” formado também pelas empresas *Água Limpa Transportes e Magna Administração e Participação*, as quais eram geridas, de fato, por um poder de controle único, exercido por alguns dos ora denunciados, que se revezaram na composição societária das referidas empresas.

Observou-se, ainda, que as ações praticadas pela *Organização Criminosa* tendiam à diminuição do lucro do frigorífico e ao superfaturamento de suas despesas, com o intuito de favorecer as demais empresas integrantes do “grupo econômico”, responsáveis pelas instalações físicas onde funcionavam as unidades de abate do *Margen (Magna Administração e Participação)* e pelo transporte da matéria-prima e produtos produzidos no frigorífico (*Água Limpa Transportes*).

Confirmaram-se, assim, as notícias de que o *Margem* “nasceu para explodir”, diante da constatação de que seus responsáveis legais - verdadeiros “laranjas” - não possuíam quaisquer condições de eventualmente arcar com as dívidas da pessoa jurídica ou mesmo serem proprietários de uma empresa de tal porte, conforme demonstram os relatórios confeccionados pela Coordenação Geral de Pesquisa e Investigação da Receita Federal e por fiscais do INSS (volume I, apenso III); bem como sua propriedade, de fato, é dos ora denunciados *Mauro Suaiden, Ney Agilson Padilha e Geraldo Prearo*, tal como parcialmente narrado na representação anônima.

As interceptações telefônicas autorizadas por esse Juízo permitiram, além da constatação dos reais proprietários do “grupo econômico”, a confirmação dos fortes indícios (eram indícios ao início da investigação) de que o *Frigorífico Margem* foi constituído com a finalidade precípua de sonegar todas as espécies de tributos e contribuições sociais, contatando-se que todas as decisões inerentes à administração do frigorífico não ficavam a cargo dos “testas-de-ferro” (proprietários de direito), mas de seus verdadeiros proprietários acima nominados que, após a constituição da sociedade, transferiram suas cotas para pessoas que não têm e nem terão a menor condição de arcar com o pagamento dos tributos devido aos cofres públicos federais, para isentarem-se das eventuais repercussões penais e patrimoniais decorrentes de suas condutas criminosas.

Por derradeiro, é importante ressaltar que, à exceção do denunciado *Jelicoe*, os demais “sócios de direito” da empresa *Eldorado Participações Ltda.* (proprietária de 99% (noventa e nove por cento) das cotas do *Frigorífico Margem*), quais sejam *Lourenço Augusto Brizoto e Aldomiro Lopes de Oliveira*, nunca foram localizados ou identificados, pairando fortes indícios de que os mesmo sequer tenham conhecimento de serem “proprietários” do terceiro maior frigorífico do país. (fls. 186-188)

Tais considerações, somadas aos elementos de informação transcritos, são aptas a afastar a ilegalidade sustentada, já que, conforme demonstrado, embora não houvesse decisão definitiva acerca da exigibilidade dos tributos e contribuições sociais que foram objeto de condutas atribuídas aos paciente, é certo que outros delitos também faziam parte da linha de investigação tomada pela autoridade policial, circunstância que confere legitimidade ao ato praticado, conforme vem decidindo esta Corte:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Inquérito policial para apuração de crimes contra a ordem tributária, de falsidade ideológica e formação de quadrilha. Quebra de sigilo bancário autorizada judicialmente. Investigação que objetiva elucidar a prática de outros delitos graves. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso desprovido.



1. Esta Corte, bem como o colendo STF, tem determinado o trancamento de Inquérito Policial que apura crimes contra a ordem tributária antes do lançamento definitivo do crédito tributário, o que conduziria à decretação de ilegalidade da ordem de quebra de sigilo bancário deferida no bojo da investigação 2. Todavia, na hipótese, a quebra de sigilo bancário não visa a descortinar somente eventual prática do crime de sonegação fiscal, mas, e principalmente, o de falsidade ideológica e de formação de quadrilha. Nesses casos, não se afirma qualquer ilegalidade (RHC n. 19.083-SP, Relator o Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04.12.2006 e HC n. 48.822-SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 23.06.2008).

3. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

4. Recurso desprovido. (RMS n. 26.091-SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 23.02.2010, DJe 22.03.2010)

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Apuração de condutas que transcendem a mera prática de crime contra a ordem tributária. Pendência de recurso administrativo. Trancamento de inquérito policial. Impossibilidade. Recurso improvido.

1. Segundo orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n. 81.611-DF), a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade, consistindo elemento fundamental à exigibilidade da obrigação tributária, tendo em vista que os crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 são materiais ou de resultado.

2. Nessa linha, consoante recente posicionamento da Terceira Seção (RCL n. 1.985-RJ), deve ser reconhecida a ausência de justa causa para a instauração de inquérito policial na pendência de recurso na esfera administrativa, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC n. 83.353-5 e n. 86.120-2).

3. Contudo, tratando-se de inquérito policial em que a investigação transcende a mera apuração do delito de sonegação fiscal, uma vez que as demais condutas não guardam relação com a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, não há falar em trancamento do inquérito.

4. Recurso improvido. (RHC n. 19.083-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 14.11.2006, DJ 04.12.2006, p. 337)

Por esta razão, afasta-se também a alegada ilegalidade dos demais elementos de informação obtidos por meio da interceptação telefônica, por meio do qual a autoridade policial tomou conhecimento de indícios da prática pelos denunciados de crimes de falsidade ideológica, corrupção ativa, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro.



E, ainda que se possa argumentar que a empresa cuja propriedade e administração é atribuída a alguns dos pacientes estaria agindo de acordo com decisão judicial alcançada pelo trânsito em julgado, proferida nos autos da Apelação em Mandado de Segurança n. 1997.01.00.006294-2-GO, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não há nestes autos nenhuma prova inequívoca de que as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito que deram embasamento à deflagração da ação penal se referiam à falta de recolhimento aos cofres da autarquia previdenciária da contribuição que foi alvo de discussão no aludido *mandamus*.

Ademais, embora o Juízo da Primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em decisão proferida aos 10.03.2009 (fls. 878-883) tenha determinado a autoridade fazendária dar integral cumprimento ao acórdão proferido no citado mandado de segurança, não o fez no sentido de declarar a nulidade dos lançamentos objurgados, conforme se depreende do seguinte excerto:

Com o trânsito em julgado do acórdão, estava a Administração impedida de lançar os créditos relativos às contribuições. De qualquer forma, não há possibilidade de se declarar a nulidade dos lançamentos uma vez que não se pode dizer, com segurança, que se referem apenas à contribuição incidente sobre a receita bruta da comercialização da produção da pessoa física e jurídica que explora atividade rural. E isto é mais relevante uma vez que a decisão não alcança as contribuições devidas pelo produtor rural segurado especial.

Ante o exposto, acolhi em parte os requerimentos de fls. 202-213 e 688-706 para determinar à autoridade impetrada que dê integral cumprimento ao acórdão de fls. 156-161 excluindo do lançamento os débitos alcançados pela coisa julgada, no prazo de 15 (quinze) dias. (fl. 883)

Ou seja, sequer o juízo singular tem certeza da natureza das contribuições previdenciárias que foram alvo das notificações fiscais de lançamento de débito que deram origem à exordial acusatória, sendo certo que não se tem notícia nos autos sobre o cumprimento da referida decisão pela autoridade fazendária, a quem cabe dizer quais débitos passaram a ser inexigíveis.

Aliás, mister salientar que o exame da insurgência exposta na impetração, por esta razão, demandaria aprofundada incursão no conjunto probatório, enquanto que para o trancamento da ação penal é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera a doutrina, a exemplo da ensinança de Vicente Greco Filho, o qual expõe:

No *habeas corpus*, não se deve fazer o exame da prova de processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita (GRECO FILHO, VICENTE. **Manual de processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 394).

Conveniente registrar que, como orientam a doutrina e a jurisprudência, somente deve ser repelida a exordial acusatória quando não houver indícios da existência de crime, ou quando, de início, puder-se reconhecer, indubitavelmente, a inocência do denunciado, ou quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando encontrar-se extinta a punibilidade do agente.

E como o remédio constitucional não é o instrumento adequado à discussão aprofundada a respeito de provas e fatos, não há como se valorar os elementos probatórios até então colacionados, como pretendem os impetrantes para perquirir a aventada ausência de dolo na conduta dos pacientes, porquanto, para debate dessa natureza, reserva-se-lhes o processo criminal, ocasião em que as partes podem produzir aquelas provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além daquela a ser feita pelo Juiz da causa, e não nesta oportunidade e instância, no âmbito estreito do *writ*.

Portanto, concluir-se de forma diversa, na via eleita, consoante vem decidindo esta colenda Turma, inevitavelmente levaria à vedada análise de provas em sede de *habeas corpus*, leia-se:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. [...] Trancamento de ação penal. Falta de justa causa não demonstrada. Ordem denegada.

[...].

3. Incabível o trancamento de ação penal, na via estreita do *habeas corpus*, quando os fatos a serem apurados se revestem de tipicidade e os indícios de autoria estão devidamente demonstrados, não existindo causa de extinção da punibilidade.

4. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado ao paciente constitui crime, tendo em vista que a estreita via eleita não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

5. Ordem denegada (HC n. 39.070-SE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 17.05.2005).

Da mesma forma, inviável o reconhecimento do último pleito formulado na impetração, qual seja, a declaração da extinção da punibilidade dos pacientes em razão do alegado pagamento dos débitos tributários decorrentes da sonegação que lhes é atribuída, tendo em vista que tal providência somente seria possível diante de prova inequívoca da quitação da dívida, a qual não se acha encartada nestes autos.

Com efeito, embora tenham os impetrantes afirmado na exordial que os débitos referentes ao Processo Administrativo n. 19515.02696/2003-98 foram quitados mediante compensação de créditos existentes com o Fisco, é certo que, posteriormente, peticionaram informando que “os créditos tributários a que se refere a acusação nos autos da ação penal a que responde perante a 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS se acham com a ‘exigibilidade suspensa’, nos termos do artigo 151 do Código Tributário Nacional” (fl. 820), acostando, para a comprovação do alegado, certidão extraída da página da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional localizada na *internet* (fl. 822).

Em nova consulta realizada na referida página, tendo em vista que a certidão acostada aos autos perdeu a sua validade aos 29.07.2008, não foi possível a verificação da veracidade do quadro fático exposto na exordial em razão da impossibilidade de emissão de nova certidão em favor da pessoa jurídica Frigorífico Margen Ltda., circunstância que impede a verificação da plausibilidade jurídica do pleito, já que, repita-se, não há nos autos a prova inequívoca capaz de dar arrimo às alegações formuladas na impetração.

Até porque, conforme se depreende da documentação acostada às fls. 782-786, embora parte do débito oriundo do aludido procedimento administrativo tenha sido devidamente compensada, constatou-se a remanescência do valor de R\$ 380.715,86 (trezentos e oitenta mil, setecentos e quinze reais e oitenta e seis

centavos), não abrangido pela compensação, o qual continuou inscrito em dívida ativa (fl. 784). E, embora tenha sido alvo de pedido de parcelamento, não há nos autos nenhum documento válido que comprove a suspensão da exigibilidade do tributo, não se podendo esquecer que a denúncia foi recebida aos 06.12.2005 (fl. 219).

É cediço que o *habeas corpus*, por tratar-se de remédio constitucional destinado à tutela de eventual lesão ou ameaça de lesão ao direito ambulatorio do indivíduo, é dotado de rito sumário e desprovido de dilação probatória, razão pela qual o alegado constrangimento ilegal deve vir acompanhado dos elementos de informação necessários à sua comprovação, os quais devem ser capazes de dar segurança à formação da convicção do órgão do Poder Judiciário responsável pela prestação jurisdicional invocada, ônus do qual não se desincumbiram os impetrantes, já que, conforme se depreende da exordial acusatória, “no âmbito da Secretaria da Receita Federal, em que figura no pólo passivo o *Frigorífico Margem*, somente os autos n. 19515.02696/2003-98 (cujas cópias constam do volume III, do apenso II, do inquérito policial) encontram-se definitivamente julgados na esfera administrativa, conforme consta das informações prestadas à fl. 1.044-1.045 (volume IV, dos autos principais), constituindo, apenas com relação a este, a materialidade delitiva do crime de sonegação fiscal” (fl. 191).

Não havendo nos autos prova inequívoca do que foi alegado na impetração, não há como se reconhecer o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, *denega-se a ordem*.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 112.042-RJ (2008/0166642-5)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Braz Fernando Sant’Anna

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Fernando Luis Oliveira da Costa Maia

## EMENTA

*Habeas corpus*. Execução penal. Paciente semi-inimputável. Medida de segurança. Liberdade provisória concedida pelo magistrado singular condicionada à internação do paciente. Sentença absolutória imprópria que impôs tratamento ambulatorial. Acórdão que determinou a internação. Pedido de aplicação da regra da detração. Impossibilidade. Pedido de realização de exame de cessação de periculosidade. Inexistência de constrangimento ilegal no acórdão proferido pela Corte *a quo*. Ordem denegada.

1. Quando o magistrado de 1ª instância defere o pedido de liberdade provisória ao Paciente, condicionando a expedição do alvará de soltura à internação do Paciente para tratamento em clínica especializada – posteriormente convertida em tratamento em regime ambulatorial – não se caracteriza o instituto da medida de segurança provisória, inexistente, no direito pátrio, desde a reforma penal de 1984. Portanto, não há como aplicar a regra da detração, com a compensação do período de liberdade provisória condicionada à internação com a medida de segurança aplicada pelo acórdão ora vergastado.

2. Quanto ao pedido de realização de exame de cessação de periculosidade, o art. 176, da Lei de Execução Penal, concede ao Juiz da execução o poder de determinar a realização de exame de cessação de periculosidade “em qualquer tempo”, todavia, desde que o Interessado já tenha iniciado a medida de segurança, pelo que se infere da expressão “*ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança*”. Contudo, como a execução sequer foi iniciada, forçoso concluir pela impossibilidade de se verificar constrangimento ilegal no acórdão proferido pela Corte *a quo*.

3. Ordem denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro

(Desembargador convocado do TJ-AP) e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 13.09.2010

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Fernando Luis Oliveira da Costa Maia*, em face de acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação n. 2007.050.04751 (fls. 08-14 e 50-57), que, negando provimento ao apelo defensivo e dando parcial provimento ao recurso da acusação, fixou o regime prisional mais severo (semiaberto) e agravou a medida de segurança inicialmente imposta ao Paciente, determinando a internação.

Consta dos autos que o Paciente – denunciado por roubo circunstanciado e resistência – foi beneficiado pelo deferimento da liberdade provisória, nos seguintes termos:

A documentação acostada à comunicação do flagrante indicia ser o preso dependente químico, com internações por tal motivo em clínicas especializadas, e possuir condições econômicas para arcar com o tratamento.

Pelo visto, o indiciado necessita muito mais de assistência médica do que de prisão, pois esta em absolutamente nada resolverá, ao contrário, certamente agravará a situação.

Assim, não estando presentes os requisitos do art. 312 CPP, concedo a *Fernando Luis Oliveira da Costa Maia* a liberdade provisória, condicionando o cumprimento do alvará de soltura ao termo de compromisso assumido por ele de que sairá do cárcere diretamente para se internar na UTAD - Unidade Terapeutica de Adictos, situada na Est. Eng. Velho n. 1.075, Taquara, Jacarepaguá.

Será comunicado ao indiciado, também, que deverá este juízo ser informado, quinzenalmente, da evolução de seu tratamento, através de documento oficial da UTAD, e que deverá comparecer a todos atos do processo, sob pena de revogação do benefício.

Expeça-se Alvará de soltura. (fl. 20)

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a exordial acusatória para condenar o Paciente, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 anos de reclusão, substituída por medida de segurança a ser cumprida em regime de tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 01 ano e 06 meses.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem houve por bem dar parcial provimento ao recurso ministerial para determinar o cumprimento da medida de segurança em regime de internação. Eis a ementa:

Crime de roubo simples. Réu condenado a quatro (04) anos de reclusão, em regime aberto e a quarenta e cinco (45) dias-multa. Pena privativa de liberdade substituída por tratamento ambulatorial, fixado pelo prazo mínimo de um (01) ano e seis (06) meses, sujeito ao acompanhamento e revisão do Juízo da VEP. Recurso do Ministério Público pleiteando o reconhecimento da majorante do emprego de arma de fogo e a reforma do *decisum* para condenar o acusado pelo crime previsto no artigo 329 do Código Penal, ajustando-se a reprimenda, cassando-se a substituição da sanção afliativa e agravando-se o regime prisional. Apelo defensivo pretendendo a desclassificação para o crime previsto no artigo 155 do CP e a decretação da extinção da medida de segurança pelo seu cumprimento.

1 - Ambos os recursos preencheram os pressupostos de admissibilidade, devendo ser recebidos. No que tange ao mérito, não há provas a respeito da existência e do emprego da arma, que não foi vista por ninguém desde o fato até a prisão do acusado. É certo que a majorante não depende da apreensão ou perícia do artefato bélico, mas é necessário que seja evidenciada a sua existência ou emprego por outros meios probatórios, o que não ocorreu nos presentes autos.

2 - Com referência ao crime de resistência, os policiais que efetivaram a prisão do réu, em momento algum, descreveram qualquer ato dele no sentido de configurar tal infração penal.

3 - No que toca à substituição da sanção afliativa, em vista do histórico do acusado ela necessita ser agravada. A medida de segurança mais indicada em tal hipótese é a internação, mormente quando a pena aplicada for a de reclusão.

4 - Por derradeiro, tendo em vista que o crime é de roubo, mesmo na modalidade simples, é daquele tipo de delito que vem causando sobressaltos na população, merecendo um tratamento mais rigoroso. Em sendo assim, o regime prisional deve ser o semi-aberto.

5 - Com relação ao apelo defensivo, temos que houve crime de roubo, eis que foi subtraído o bem mediante grave ameaça inferida das expressões: "Perdeu! Perdeu!" e do gesto do imputado de colocar a mão na altura da cintura, simulando portar arma de fogo.

6 - A providência aplicada caracteriza-se por vigorar por tempo indeterminado, devendo ser revista a fim de se averiguar a respeito da periculosidade do agente.

7 - Recursos conhecidos, sendo negado provimento ao defensivo e provido parcialmente o ministerial, para endurecer o regime de prisão e agravar a medida de segurança para internação, expedindo-se o respectivo mandado. De ofício atenua-se a sanção pecuniária que é fixada em dez (10) dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade. (fls. 54-55)

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente *writ*, ressaltando-se que, no curso do processo, o ora Paciente teve deferido o benefício da liberdade provisória pelo juízo de primeiro grau, o qual, todavia, impôs como condição para a concessão da benesse a internação do Paciente na UTAD - Unidade Terapêutica de Adictos, por falta de condições adequadas no Manicômio Judiciário. Aduz-se, desse modo, que “a determinação emanada do acórdão proferido pela sexta câmara criminal, determinando que o paciente volte a ser internado pelo período de 1 (um) ano e 06 (seis) meses, a par de flagrantemente injusta, significa verdadeiro retrocesso ao tratamento que até a presente data vem sendo realizado, com prejuízo de todos os resultados positivos já obtidos, frustrando o fim da própria medida de segurança” (fl. 06) e, ainda, que “para que ocorra solução de continuidade do tratamento, o que, certamente, ocorrerá caso torne o paciente a ser internado pelo período fixado na sentença, é que deverá ser computado o período de tratamento a que ele se submeteu durante o curso do processo” (fl. 06).

Requer a Defesa, assim, inclusive liminarmente, seja recolhido o mandado de condução e de internação até o julgamento do presente *writ*, a fim de que o Paciente seja submetido, de imediato, a exame de cessação de periculosidade, sem necessidade de nova internação.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 44-45.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 60-65, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

#### VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:



No que concerne à substituição da reprimenda, o *Laudo de Exame de Dependência Toxicológica* acostado às fls. 240-243, confirma que o acusado é *semi-imputável*, já que em razão de perturbação da saúde mental, não possuía, por ocasião dos fatos, plena capacidade de autodeterminação.

Os ofícios acostados pelo Instituto Doutor Francisco Spinola, como por exemplo, o de fl. 164, informam que o *paciente permanece freqüentando assiduamente o tratamento ambulatorial*, mantendo-se coerente com a proposta de recuperação.

Mas, a despeito disto, a *pena relativa ao crime é de reclusão e em tais casos a medida de segurança mais indicada é a de internação*. Além do mais, o acusado, infelizmente, possui um histórico ligado à prática delituosa, sendo recomendada a medida mais gravosa.

No que concerne ao regime aplicado, em vista disso tudo e sendo considerado que o *crime de roubo produz inúmeras conseqüências nefastas e causa sobressalto a toda a população*, devendo assim ser aplicada uma modalidade mais severa.

Diante do que foi exposto, *dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para que a medida de segurança seja a internação e o regime prisional seja o semi-aberto*, expedindo-se o respectivo mandado.

Com referência ao apelo defensivo, deve ser dito que não é possível a desclassificação pretendida, em realidade ocorreu um roubo, e a grave ameaça foi exercida através de palavras, o que se extrai das expressões: "perdeu! Perdeu!" e também pelo gesto feito pelo acusado, que simulou portar arma de fogo.

*Também não se pode declarar extinta a medida de segurança aplicada pelo seu cumprimento. É de curial conhecimento que tais medidas sujeitam-se às revisões, só terminando quando cessa a periculosidade do sentenciado.*

De ofício é reduzida a sanção pecuniária, para a preservação da proporcionalidade, sendo ela estipulada em dez (10) dm, à razão do mínimo legal.

É como voto. (fls. 56-57)

Contra esse acórdão foi impetrado o presente *writ*, pugnando-se pela aplicação da regra da detração e pela aplicação do art. 176, da Lei de Execução Penal.

Passo à análise do pedido.

Consta dos autos que o magistrado de 1ª instância deferiu o pedido de liberdade provisória ao Paciente, em 14.05.2004, condicionando a expedição do alvará de soltura à internação do Paciente para tratamento em clínica especializada. Consta, ainda, que o Paciente, após internação, foi submetido a tratamento em regime ambulatorial, a partir de abril de 2008 (fl. 51).

Informações prestadas pela magistrada singular à fl. 77 dão conta que o Paciente não deu início ao cumprimento da medida de segurança imposta, encontrando-se em liberdade desde 14.05.2004.

A questão referente à possibilidade de aplicação da regra da detração no caso em comento, como, inclusive, sugere o ilustre representante do *Parquet* Federal, exige algumas considerações prévias.

De fato, o art. 42 do Código Penal dispõe que: “*Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior*”.

Todavia, antes de se concluir pela procedência do pleito defensivo, há que se diferenciar a *medida de segurança prevista no Código Penal* daquela *prevista na Lei de Execuções Penais*.

Enquanto a *primeira* é aplicada ao ininputável, no processo de conhecimento e *tem prazo indeterminado*, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade, a *segunda*, por sua vez, é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que *a pena é substituída pela medida de segurança, que deve perdurar pelo período de cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada*. Ilustrativamente:

Criminal. HC. Execução. Pena privativa de liberdade. Superveniência de doença mental. Medida de segurança substitutiva. Restrita ao tempo de cumprimento da pena. Ordem concedida.

I - *A medida de segurança prevista no Código Penal é aplicada ao ininputável, no processo de conhecimento e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Já a medida de segurança prevista na Lei de Execuções Penais é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a pena é substituída pela medida de segurança, que deve perdurar pelo período de cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória.*

II - *A medida de segurança substitutiva é adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada.*

III - *Hipótese que trata de medida de segurança substitutiva da pena, aplicada aos imputáveis que, no decorrer da execução penal, foram acometidos de doença mental - diferentemente da medida de segurança aplicada aos ininputáveis, que tem tempo indeterminado.*

IV - Evidente o constrangimento ilegal, eis que a reprimenda encontra-se encerrada desde 27.01.2001, devendo ser declarada extinta a medida de segurança substitutiva, pelo seu integral cumprimento.

V - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 24.455-SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19.05.2003)

A propósito, Damásio E. de Jesus, ao comentar o art. 183 da Lei de Execuções Penais, leciona no sentido de que “A expressão ‘medida de segurança’ foi empregada no texto com impropriedade”. Continua:

Certamente a lei não pode estar pretendendo referir-se à medida de segurança do art. 97 do CP, mas sim ao recolhimento ou internação a hospital psiquiátrico prevista no art. 41 do mesmo estatuto. Aqui, trata-se de doença mental que surge durante a execução da pena detentiva, pressupondo que a sentença condenatória já transitou em julgado. Se isso ocorreu, tendo ela imposto pena privativa de liberdade, não pode o juiz da execução transformá-la em medida de segurança, outra espécie de sanção penal. Note-se que o condenado era, ao tempo do delito, imputável, e não se aplica mais a medida de segurança aos imputáveis. Caso contrário, estaríamos impondo o sistema vicariante durante a execução da pena. Além disso, se a medida do dispositivo fosse a do art. 97, teríamos que aceitar as conseqüências lógicas de tal posição: ela seria indeterminada (§ 1º), perdurando enquanto não cessada a periculosidade. Imagine-se que a doença mental sobrevenha no final do cumprimento de uma pena de um ano de reclusão: o condenado poderia ficar o restante da vida cumprindo a medida. Na verdade, trata-se de internação em hospital de tratamento psiquiátrico, cujo prazo é objeto de detração (CP, art. 42). Terminado o período de cumprimento da pena sem que o condenado se restabeleça, cumpre ao juiz decidir a respeito do “destino aconselhado para a sua enfermidade”, providência que era ordenada pelo antigo art. 682, § 2º, do CPP.

Assim, conclui-se que somente na hipótese de a medida de segurança ser substitutiva e, portanto, adstrita ao tempo de cumprimento da pena, que incidirá o instituto da detração, de modo a computar-se na contagem do prazo mínimo o período de prisão provisória ou de internação, ante a impossibilidade lógica de se compensar uma grandeza determinada com outra, indeterminada.

Ademais, há de se recordar que *não* existe, no direito pátrio, desde a reforma penal de 1984, o instituto da medida de segurança provisória. Ilustrativamente:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado tentado. Prisão preventiva. Ordem pública. Periculosidade. Insanidade mental. Laudo oficial. Inexistência de medida de segurança provisória. Segregação antecipada

possível. Hipóteses autorizadoras do art. 312 do CPP. Presença. Custódia em complexo médico penal apropriado. Constrangimento ilegal não demonstrado. Inconformismo improvido.

1. A prisão preventiva é a medida adequada para assegurar que o acusado, doente mental, fique segregado, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como na hipótese, uma vez que *não existe em nosso ordenamento jurídico, desde a reforma penal de 1984, a medida de segurança provisória*.

2. Não há falar em constrangimento ilegal quando o decreto de custódia preventiva foi bem fundamentado, sobretudo na garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa e acautelar o meio social, dada a periculosidade do agente.

3. Recurso ordinário improvido, determinando-se, entretanto, o imediato cumprimento da decisão do Tribunal de origem, com a remoção do recorrente para complexo médico-penal apropriado. (RHC n. 22.666-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 13.10.2008)

Assim, como a internação do Paciente – que se deu como condição do deferimento de liberdade provisória – não pode ter a natureza de “medida de segurança cautelar”, não há como compensá-la como a medida de segurança aplicada pelo acórdão ora vergastado.

Quanto ao pedido de realização de exame de cessação de periculosidade, a Lei de Execução Penal estabelece, *litteris*:

Art. 176. *Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.*

Como se vê, a lei concede ao Juiz da execução o poder de determinar a realização de exame de cessação de periculosidade “em qualquer tempo”, todavia, desde que o Interessado já tenha iniciado a medida de segurança, pelo que se infere da expressão “*ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança*”.

Contudo, a execução sequer foi iniciada, motivo pelo qual forçoso concluir pela impossibilidade de se verificar constrangimento ilegal no acórdão proferido pela Corte *a quo*.

O Paciente deve iniciar o cumprimento da medida de segurança para, então, nos termos do art. 176 da Lei de Execução Penal, requerer, ao Juiz da execução, fundamentadamente, a realização de exame para que se verifique a cessação de sua periculosidade.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 134.794-RS (2009/0077530-4)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos - Defensora Pública

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

Paciente: Ademir Machado Ecotem

Advogado: Adriano Carlos Oliveira Silva - Defensor Público da União

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Reboque artesanal. Veículo que não integra a conduta abstratamente descrita no artigo 311 do Código Penal. Aplicação do princípio da estrita legalidade. Atipicidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.

1. De acordo com precedentes desta Corte, embora não seja o remédio constitucional a via adequada para a reanálise do conjunto fático-probatório produzido no âmbito da instrução processual, admite-se, excepcionalmente, o exame da alegada atipicidade da conduta quando a questão cinge-se ao âmbito de interpretação e aplicação da norma penal incriminadora.

2. O tipo penal descrito no artigo 311 do Estatuto Repressor anuncia a aplicação do preceito secundário à conduta de “adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de

veículo automotor, de seu componente ou equipamento”, tratando-se a categoria “veículo automotor” de um elemento normativo do tipo.

3. Da análise da classificação proposta na Lei n. 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, infere-se que veículos automotores e veículos do tipo reboque ou semirreboque são considerados categorias distintas, inclusive pelo próprio conceito que lhes é atribuído, já que o primeiro é dotado da aptidão de circular por seus próprios meios, ausente no segundo.

4. Tal constatação impede a adequação típica da conduta prevista no aludido dispositivo do Código Penal à que se atribui ao paciente na exordial acusatória em apreço, em respeito ao princípio da legalidade estrita, previsto no artigo 1º do Estatuto Repressor, na sua dimensão da taxatividade.

5. Ordem concedida para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente em razão da constatada atipicidade da conduta que lhe foi atribuída na exordial acusatória.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 25.10.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Ademir Machado Ecotem*, apontando como autoridade

coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 70.028.286.383).

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 311, *caput*, do Código Penal (adulteração de sinal identificador de veículo automotor), acusado de ter colocado no reboque artesanal chassi n. 9BARSRXMR0N003888 placa distinta da que o identificava. Após regular instrução, a exordial acusatória foi julgada improcedente pelo magistrado singular, razão pela qual o paciente foi absolvido nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Contra esta decisão o Ministério Público interpôs recurso de apelação criminal para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao qual foi dado provimento para condenar o paciente à pena de 03 (três) anos de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Sustenta a impetrante que o constrangimento ilegal suportado pelo paciente reside na alegada atipicidade da conduta que lhe foi atribuída, aduzindo que este, ao colocar no aludido reboque uma placa diversa daquela que o identificava, não pretendia atingir finalidade criminosa, mas apenas circular livremente com o veículo.

Assevera que, por esta razão, a conduta deve ser considerada apenas um ilícito administrativo, colacionando precedentes jurisprudenciais em abono à tese.

Pretende, liminarmente, a cassação do acórdão proferido pela autoridade apontada como coatora para que o paciente seja absolvido da acusação constante na exordial acusatória, determinando-se o trancamento da ação penal em razão da atipicidade da conduta, e, no mérito, a confirmação do pleito liminar.

O pleito liminar foi indeferido, conforme decisão de fls. 172-173.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora foram juntadas às fls. 179-195.

Em parecer acostado às fls. 197-202, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus* a impetrante pretende, em síntese, o reconhecimento da alegada atipicidade da conduta atribuída ao paciente, sob o argumento de que esta seria desprovida do dolo necessário para a caracterização do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

Inicialmente, cumpre asseverar que, embora não seja o remédio constitucional a via adequada para a reanálise do conjunto fático-probatório produzido no âmbito da instrução processual, admite-se, excepcionalmente, o exame da alegada atipicidade da conduta quando a questão cinge-se ao âmbito de interpretação e aplicação da norma penal incriminadora.

A propósito, confirmam-se os precedentes nesse sentido:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Pleito de trancamento da ação penal. Falta de justa. Atipicidade da conduta.

1. O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é, de fato, medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, a atipicidade da conduta, ou uma causa de extinção da punibilidade.

2. Sem embargo, no caso em exame, observa-se que a denúncia é formal e materialmente inepta, não satisfazendo as exigências do art. 41, do Código de Processo Penal, pois não descreve, em momento algum, qualquer envolvimento do Recorrente com a quadrilha formada para a traficância de drogas.

3. A denúncia somente relata ter sido o ora acusado contratado, na qualidade de taxista, através de ligação telefônica, para prestar um serviço de transporte a mulher de suposto traficante entre a cidade de Marechal Floriano e Ibatiba-ES (distantes aproximadamente 113 km), pelo valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), fato que, por si só, desacompanhado de qualquer elemento indiciário, não autoriza a incondicional conclusão de que o taxista estaria envolvido ou associado com o tráfico de drogas.

4. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 064.06.000909-5, tão-somente com relação ao ora Recorrente, sem prejuízo do eventual oferecimento de nova denúncia, desde que observados os requisitos da legislação processual penal. (RHC n. 21.247-ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13.08.2009, DJe 08.09.2009)

Recurso especial. Calúnia. Atipicidade. Trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus*. Possibilidade. Desnecessidade de dilação probatória.



1. 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.

2. Para a configuração do crime de calúnia, previsto no art. 138 do Código Penal, faz-se necessária a imputação falsa a alguém de fato tido como delituoso.

3. Evidente a atipicidade da conduta daquele que, valendo-se de incidente previsto na legislação processual civil, objetiva a declaração de falsidade de documento particular.

4. O Tribunal *a quo* acertadamente, sem examinar com profundidade as provas, verificou de plano a incorrência do *animus caluniandi*, necessário à configuração do delito de calúnia e procedeu ao trancamento da ação penal.

5. Recurso a que se nega provimento. (REsp n. 1.023.818-SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 03.08.2009).

Na hipótese em apreço, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 311, *caput*, do Código Penal, tendo o representante do Ministério Público lhe atribuído a prática da seguinte conduta na exordial acusatória:

No dia 10 de julho de 2002, em horário não esclarecido nas investigações policiais, na Rua Olavo Bilac, n. 238, o denunciado *Ademir Machado Ecotem* adulterou o número da placa do reboque artesanal, nacional, chassi n. 9BARSRXMR0N00388, cor branca, ano 1991, placa IEH4207, de Crissiumal, pertencente a Alvinho Adão Kohler.

Na ocasião, o denunciado *Ademir Machado Ecotem*, objetivando utilizar o veículo de tração que estava sem placa, adulterou o número original daquele sinal identificador obrigatório - IEH 4207 -, pois colocou a placa IGM 5585, do automóvel Ford/Rural Willys, que havia sido perdida pelo proprietário Gaspar de Souza Lima, no reboque supradescrito.

Logo depois, o denunciado, com o veículo Ford/Corcel II, chassi n. LB4LXJ63307, tracionou o reboque pela rodovia BR 290, oportunidade em que foi abordado pela Polícia Rodoviária Federal, que, percebendo a fraude, apreendeu o veículo de carga com o número da placa adulterado. (fls. 08-09)

Após regular instrução criminal, a denúncia foi julgada improcedente pelo magistrado singular, que assim fundamentou a sentença absolutória:

O crime imputado ao denunciado é aquele previsto no artigo 311 do Código Penal, cujos verbos cerne são “adulterar” ou “remarcar” qualquer sinal identificador de veículo automotor.

Assim sendo, não entendo que a sua conduta, substituição da placa do veículo tenha o condão de caracterizar o delito em tela, pois, em qualquer momento, as autoridades administrativas poderiam verificar a real situação do veículo.

A situação coligida nos autos é análoga à falsificação grosseira, em que se extirpa a tipicidade da conduta, pois a contrafação seria incapaz de ludibriar ou iludir terceiros.

(...)

Portanto, quando a fraude é grotesca, em que qualquer pessoa pode, no momento que comparar os documentos do veículo com a placa nele afixada ou consultar no sistema, verificar que o identificador não o pertence ao mesmo, não pode a conduta do réu ser considerada típica. (fls. 131-133)

A citada decisão foi alvo de irrisignação por parte do Ministério Público Estadual por meio de recurso de apelação, ao qual foi dado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para condenar o paciente às penas de 03 (três) anos de reclusão, no regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Do acórdão objurgado, extrata-se os seguintes excertos:

Razão assiste ao apelante.

A materialidade está demonstrada pela comunicação de ocorrência das fl. 09, documentos das fls. 11-13 e 17 e demais elementos coligidos ao feito.

Não há dúvida quanto à autoria.

Interrogado, o réu confessou o cometimento do delito. Afirma que pediu emprestado para Adão um reboque, o qual lhe foi entregue sem placa. Admitiu ter colocado no reboque uma placa que havia encontrado na estrada (fls. 14 e 18 e 64-65).

Ouvido na Delegacia de Polícia, Alvino Adão Kohler refere que deixou o reboque de sua propriedade guardado na casa do réu. Confirma que havia perdido a placa IEH 4207 e, depois de recuperá-la, esqueceu de fixá-la novamente no reboque (fl. 16).

Gaspar de Souza Lima disse ter perdido a placa IGM 5585 de sua camioneta (fls. 19 e 95-96), a qual foi encontrada no reboque do réu.

Nesse sentido, a declaração do policial Elson Jacob Aita Filho (fls. 10 e 108-109).

O réu confessou que a placa que estava usando no reboque pertencia a outro veículo, o que foi confirmado pelos depoimentos de Gaspar de Souza Lima e do policial Elson.

A placa é sinal identificador externo obrigatório do veículo, nos termos do art. 115 do Código de Trânsito Brasileiro, portanto, o agente que substituiu a placa original por outra, de veículo diverso, comete o delito previsto no art. 311 do Código Penal.

Assim, merece provido o recurso ministerial posto comprovado cometimento do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor pelo apelado. (fls. 165-166.)

Contra esta decisão é que se insurge a impetrante, embora não haja nos autos nenhuma notícia acerca do advento do trânsito em julgado do acórdão condenatório ou da interposição de recursos extraordinários.

É de conhecimento deste Relator que esta Corte Superior de Justiça já teve a oportunidade de deliberar sobre caso semelhante ao verificado nestes autos, oportunidade em que se afastou a alegada atipicidade da conduta do agente que substituiu, sem autorização, as placas de veículo automotor, considerando-as, assim como a numeração do chassi, um sinal de identificação de veículo automotor.

Relembra-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

*Habeas corpus*. Penal. Delito por remoção de sinal identificador de veículo. Placas. Sinais externos de identificação do delito. Alegação de atipicidade. Pedido de trancamento de inquérito. Impossibilidade. Ordem denegada.

1 - As placas dianteira e traseira dos automóveis constituem seus sinais identificadores externos e, como tais, se substituídas sem a devida autorização, configuram o crime de supressão de sinal identificador de veículos.

2 - O trancamento de inquérito policial só pode ser determinado em casos excepcionais, desde que se comprove, de plano, a inexistência do presumido delito, a atipicidade da conduta, a ausência de indício da autoria ou causa extintiva da punibilidade.

3 - Negado provimento. (RHC n. 22.025-SP, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Quinta Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 399)

No caso tratado nos autos, todavia, independentemente da análise se houve ou não por parte do paciente o dolo exigido para a configuração do crime previsto no artigo 311, *caput*, do Código Penal - tese esta sustentada na impetração -, constata-se a evidente atipicidade da conduta narrada na exordial acusatória, já que ausente um dos elementos normativos do tipo.

Com efeito, o ilícito previsto no aludido dispositivo do Estatuto Repressor anuncia a aplicação do preceito secundário à conduta de “adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento”. Da simples leitura do preceito legal infere-se que o tipo é integrado por um elemento normativo, consistente na categoria de veículo automotor.

A Lei n. 9.503/1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, no seu artigo 96, classifica os veículos em três grandes grupos, a saber: I) quanto à tração; II) quanto à espécie; e III) quanto à categoria. No que diz respeito ao primeiro grupo, o legislador ordinário classifica os veículos como: “a) automotor; b) elétrico; c) de propulsão humana; d) de tração animal; e e) reboque ou semi-reboque”.

Da simples análise da classificação proposta pelo legislador ordinário em matéria de trânsito, constata-se que veículos automotores e veículos do tipo reboque ou semirreboque são considerados categorias distintas, inclusive pelo próprio conceito que lhes é atribuído.

De acordo com o Manual Básico de Segurança no Trânsito elaborado pela Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores - Brasil (disponível em [www.anfavea.com.br/documentos/capitulo6seguranca.pdf](http://www.anfavea.com.br/documentos/capitulo6seguranca.pdf)), veículo automotor é “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)”. Por sua vez, o referido manual conceitua o reboque como o “veículo destinado a ser engatado atrás de um veículo automotor” e o semirreboque como o “veículo de um ou mais eixos que se apóia na sua unidade tratora ou é a ela ligado por meio de articulação”.

Constata-se, portanto, que o veículo reboque não se confunde com veículo automotor, circunstância que impede a adequação típica da conduta prevista no artigo 311, *caput*, do Código Penal à que se atribui ao paciente na exordial acusatória em apreço, em respeito ao princípio da estrita legalidade que rege o Direito Penal Brasileiro.

Tal constatação, aliás, é reforçada em razão do propósito maior do legislador ordinário em dificultar a prática de condutas voltadas para impedir a comercialização de veículo automotor produto de crime patrimonial, levando-o a introduzir no ordenamento jurídico pátrio o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor por meio da Lei n. 9.426/1996.

Nesse sentido, confira-se a lição de Luiz Regis Prado:

A partir da Mensagem n. 784-MJ enviada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em julho de 1995, cuja exposição de motivos explicava que a finalidade do então Projeto de Lei era intensificar o combate a “uma crescente e inquietante forma de criminalidade de nossos dias”, qual seja a subtração de veículos automotores e sua posterior comercialização clandestina, editou-se a Lei n. 9.426/1996, que introduziu diversas alterações no Código Penal, instituindo, entre outras inovações, uma qualificadora especial para o crime de furto (art. 155, § 5º), quando o objeto da subtração seja veículo automotor “que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”, uma causa especial de aumento para o delito de roubo, se presentes as mesmas circunstâncias (art. 157, § 2º, IV) etc.

Mas não só no campo dos crimes contra o patrimônio a Lei n. 9.426/1996 inseriu modificações estabelecendo a incrementação da repressão aos delitos que tenham por objeto veículo automotor. Também no campo dos delitos contra a fé pública a nova lei refletiu, criminalizando conduta antes tida pela maioria como atípica, ou, segundo alguns poucos, abarcada na figura da falsidade descrita no artigo 306, parágrafo único, com atribuição de nova redação ao artigo 311 do Código Penal, ora em estudo.

Com tal norma visa o legislador, ao mesmo tempo em que tutela a autenticidade e a legitimidade da procedência dos veículos automotores, combater a comercialização de veículo produto de crime patrimonial, a ocultação de tais delitos ou sua vantagem. Não se encontra dispositivo semelhante na legislação brasileira precedente, porquanto a conduta incriminada é peculiar e própria dos últimos tempos. (Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 3. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 376-377)

O que se pode concluir, portanto, é que o legislador ordinário, ao criminalizar a conduta prevista no artigo 311, *caput*, do Código Penal, por razões de política criminal - cuja discussão foge às atribuições do Poder Judiciário -, cuidou de resguardar a fé pública com relação à identificação de uma categoria específica de veículos, quais sejam, os automotores. Caso o pretendesse ter feito com relação à todas as categorias de veículos, certamente não teria qualificado o substantivo.

Embora seja certo que os veículos do tipo reboques e os semirreboques também estão sujeitos a identificação, registro e licenciamento, conforme o disposto nos artigos 114, 120 e 130, respectivamente, todos do Código de Trânsito Brasileiro, admitir que a adulteração dos seus sinais identificadores seja

conduta que se amolda ao tipo previsto no artigo 311, *caput*, do Código Penal ensejaria a utilização da repudiada analogia *in malam partem*, recurso que afronta o princípio da legalidade estrita, previsto no seu artigo 1º, na sua dimensão da taxatividade.

Sobre o assunto, cabe a lição de Luiz Regis Prado ao comentar a utilização do argumento analógico:

O seu emprego sofre restrições no que toca às normas penais incriminadoras e às normas penais não-incriminadoras quando prejudiciais ao réu. Portanto, as normas penais que definem o injusto culpável e estabelecem as suas consequências jurídicas não são passíveis de aplicação analógica. A limitação vem insculpida, de forma expressa, no art. 1º do Código Penal e tem guarida constitucional (art. 5º, XXXIX, CF). A função da lei é prescrever, com exclusividade, quais as condutas que deverão ser consideradas ilícitos penais. Essa exigência foi enunciada por Bebing, dando lugar ao reconhecimento da tipicidade como um dos elementos do conceito de delito. A criação da figura do tipo serviu para reforçar e complementar o contido no princípio da legalidade. (Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 191)

Ante o exposto, *concede-se a ordem* para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente em razão da constatada atipicidade da conduta que lhe foi atribuída na exordial acusatória.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 136.935-MS (2009/0097798-3)**

---

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Henoch Cabrita de Santana - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: Silvio Martins Pinto

Advogado: Esdras dos Santos Carvalho - Defensoria Pública da União

### EMENTA

Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Forma simples. Delito hediondo. Art. 224 do Código Penal. *Abolitio criminis*. Inocorrência. Novo tipo penal. Estupro contra vulnerável. Ordem denegada.

I. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos, recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Precedentes do STJ e STF.

II. Não houve *abolitio criminis* da conduta prevista no art. 214 c.c. o art. 224 do Código Penal. O art. 224 do Estatuto Repressor foi revogado para dar lugar a um novo tipo penal tipificado como estupro de vulnerável.

III. Acórdão mantido por seus próprios fundamentos.

IV. Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem”. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

---

DJe 04.10.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Henocho Cabrita de Santana em favor do paciente Sílvio Martins Pinto contra a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

O paciente foi condenado à pena de 2 dois anos de reclusão em regime aberto, pela prática do delito previsto no art. 214 c.c. o art. 224, **a**, ambos do Código Penal.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando pela condenação do paciente nas penas do art. 214 c.c. o art. 224, alínea **a**, do Código Penal, com fixação na pena-base acima do mínimo legal e cumprimento em regime inicialmente fechado.

A Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Ementa: Apelação criminal. Atentado violento ao pudor. Sentença condenatória. Recurso ministerial. Aplicação de preceito secundário de norma já revogada. Impossibilidade de tal procedimento. Respeito ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Adequação ao preceito secundário da lei vigente. Sentença reformada. Aplicação de ofício da tentativa em face do princípio da proporcionalidade. Recurso parcialmente provido.

É incabível a aplicação de uma lei já revogada aos fatos delituosos ocorridos na vigência de lei nova, pois esta, quando entra em vigor, tem efeitos imediatos e gerais, segundo disposição do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, devendo, portanto, ser respeitada.

Em face do princípio da proporcionalidade entre o atentado violento ao pudor e o crime de estupro, que possuem o mesmo apenamento, deve ser reconhecida a tentativa daquele quando a conduta imputada ao agente não é reveladora de abuso sexual completo, mas tão-somente uma fase inicial, como uma passada de mão e a exibição do órgão genital.

Daí a presente impetração, através da qual o paciente argumenta que o crime de atentado violento ao pudor praticado com violência presumida não se encontra qualificado como crime hediondo, segundo o disposto no art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990.

Pugna, liminarmente, pela suspensão do acórdão *a quo* e, no mérito, pelo o restabelecimento da decisão monocrática.

O pedido liminar foi denegado por meio da decisão de fl. 365.

Informações prestadas à fl. 373.

A Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 383-385).



A Defensoria Pública da União manifestou-se às fls. 390-398, aditando a inicial, sob as alegações de ocorrência da *abolitio criminis* em relação ao atentado violento ao pudor, de inaplicabilidade da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, de violação do princípio da proporcionalidade, bem como da necessidade de aplicação do percentual máximo de diminuição da pena, previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em novo opinativo, a Procuradoria Geral da República reiterou o parecer anteriormente proferido no sentido da denegação da ordem (fls. 418-421).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

#### **VOTO**

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Henoch Cabrita de Santana em favor do paciente Sílvio Martins Pinto contra a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

O paciente foi condenado à pena de 2 dois anos de reclusão em regime aberto, pela prática do delito previsto no art. 214 c.c. o art. 224, **a**, ambos do Código Penal.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando pela condenação do paciente nas penas do art. 214 c.c. o art. 224, alínea **a**, do Código Penal, com fixação na pena-base acima do mínimo legal e cumprimento em regime inicialmente fechado.

A Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a hediondez do delito, fixando a pena-base em seis anos de reclusão, com redução em 2/3 em face da tentativa, e imposição de regime inicialmente fechado de cumprimento da pena.

Daí a presente impetração, através da qual o paciente argumenta que o crime de atentado violento ao pudor praticado com violência presumida não se encontra qualificado como crime hediondo, segundo o disposto no art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990.

Pugna pelo restabelecimento da sentença de primeiro grau.

A irresignação não merece prosperar.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos, recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime hediondo. Estupro simples com violência presumida. Falta de fundamentação: constrangimento ilegal. Inocorrência. Progressão de regime prisional. Possibilidade.

I - Não há falar em falta de fundamentação do acórdão impugnado quanto ao regime de cumprimento da pena, se há referência expressa à Lei n. 8.072/1990.

II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples (Código Penal, arts. 213 e 214) como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único), são crimes hediondos. Leis n. 8.072/1990, redação da Lei n. 8.930/1994, art. 1º, V e VI”. HC n. 81.288-SC, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, DJU 25.04.2003.

III - Após o julgamento do HC n. 82.929/SP pelo Plenário do STF, não mais é vedada a progressão de regime prisional aos condenados pela prática de crimes hediondos.

IV - Ordem parcialmente concedida (HC n. 87.281-MG, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, p. no DJU de 04.08.2006).

Execução penal. *Habeas corpus*. Art. 213 c.c. art. 224, alínea **a**, art. 225, § 1º, inciso II, e art. 226, inciso II, na forma do art. 71, por duas vezes, todos do Código Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Progressão de regime. Requisitos. Tese não apresentada ao juízo da execução, tampouco ao e. Tribunal *a quo*. Supressão de instância.

I - Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que perpetrados em sua forma simples ou com violência presumida, caracterizam-se como crimes hediondos. (Precedentes).

II - Não havendo manifestação do Juízo da Execução, nem do e. Tribunal *a quo*, a respeito da possibilidade de progressão do ora paciente para o regime aberto, é vedado a esta Corte examinar tal alegação, sob pena de indevida supressão de instância. (Precedentes).

*Writ* parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado (HC n. 94.140-SP, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, p. no DJU de 05.05.2008).

Recurso especial. Penal. Atentado violento ao pudor. Crime hediondo. Progressão de regime. Possibilidade. Lei n. 11.464/2007.

1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando de sua prática não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, ainda que na forma simples, ou mesmo com violência presumida, estão inseridos no rol dos crimes considerados hediondos, consoante estabelece o art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990.

2. Com a publicação da Lei n. 11.464/2007, restou, de vez, afastado do ordenamento jurídico, pelo legislador ordinário, o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

3. Recurso parcialmente provido, tão-somente para reconhecer a hediondez do crime de atentado violento ao pudor (REsp n. 935.533-RS, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, p. no DJU de 08.10.2007).

Ademais, verifica-se a insubsistência das argumentações da douta Defensoria Pública da União.

Inicialmente, ao contrário do que sustenta a Defensoria, não ocorreu a *abolitio criminis* da conduta prevista no art. 214 c.c. o art. 224 do Código Penal. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o art. 224 do Código Penal foi revogado para que fosse criado um novo tipo penal, previsto no art. 217-A do Código Penal, tipificado como estupro de vulnerável. Confira-se:

*Estupro de vulnerável*

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente desta Corte:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Penal. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Delito perpetrado antes da vigência da Lei n. 12.015/2009. Ausência de violação ao art. 619 do CPP. Correlação entre denúncia e sentença. *Emendatio libelli*.

1. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

2. Ao contrário do que alega o Agravante, não ocorreu a *abolitio criminis* do art. 224 do Código Penal, que tratava da violência presumida. Na verdade, nos termos do art. 7º da Lei n. 12.015/2009, o mencionado artigo foi revogado, porque o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados mediante violência presumida, configuram, hodiernamente, o crime do art. 217-A do Código Penal, o denominado estupro de vulnerável.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 706.012-GO, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 23.11.2009).

A insurgência da Defensoria contrária à aplicação do art. 9º da Lei n. 8.072/1990 apresenta-se inócua se o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul deixou clara a não incidência da referida majorante.

Sendo assim, o acórdão *a quo* deve ser mantido por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

—

---

**HABEAS CORPUS N. 152.234-GO (2009/0213973-0)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Sandro Rosas Freitas Caldas

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Luiz Eduardo da Silva Barreto

Advogados: Luis Eduardo Bruns de Moraes

Thiago Santos Barroca

Marcus Vinicius Pires

Paciente: Victor Lobo da Silva Neto

## EMENTA

*Habeas corpus*. Roubo circunstanciado tentado. Desnecessidade de intimação pessoal do réu do resultado do julgamento da apelação. Intimação efetivada pela imprensa oficial. Inteligência do art. 392 do CPP. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes do STJ. A ausência de interposição de recurso excepcional não configura cerceamento de defesa. Aplicação do princípio da voluntariedade dos recursos. Precedente do STJ. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

1. A regra esculpida no artigo 392 do Código de Processo Penal impõe obrigatoriamente a intimação pessoal do réu apenas da sentença e não do acórdão. Assim, a ciência do réu se perfaz satisfatoriamente pela publicação na imprensa oficial, como se deu no caso *sub judice*.

2. A não interposição de recursos na esfera extraordinária não configura cerceamento de defesa, mormente quando já assegurado, como na hipótese, o duplo grau de jurisdição. Aplicação do Princípio da Voluntariedade dos Recursos. Precedente do STJ.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 20.09.2010

Republicado por haver saído com incorreção no DJe de 30.08.2010.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Luiz Eduardo da Silva Barreto* e *Victor Lobo da Silva Neto*, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que denegou a ordem em *writ* ali impetrado, nos termos da seguinte ementa:

*Habeas corpus* preventivo. Intimação pessoal de acusado do conteúdo de acórdão proferido por Tribunal. Desnecessidade. Ausência de interposição de recurso para as Cortes Superiores. Cerceamento de defesa. Inocorrência. A sistemática processual penal prevê a obrigatoriedade da intimação pessoal do acusado apenas em situações específicas (arts. 360; 420, inciso I; 392, I e II; e 564, inciso III, **g**, CPP), dentre as quais não está a de ciência do conteúdo de acórdão proferido por Tribunal. A falta de interposição de recurso pelo defensor do acusado, seja ele constituído, dativo ou público, não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, ante o princípio da voluntariedade recursal (art. 574, CPP).

Ordem denegada (fls. 10).

2. Infere-se dos autos que os pacientes foram condenados, por infração ao art. 157, § 2º, I e II e V, c.c. art. 14, II e art. 71, todos do CPB, à pena de 21 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo* reduziu a pena para 15 anos e 06 dias de reclusão, mantendo o regime inicial fechado.

3. No presente *writ*, o impetrante sustenta que os pacientes não foram intimados pessoalmente do acórdão da Apelação, para recorrer dessa decisão. Aduz, ainda, que os mesmos ficaram indefesos, tendo em vista que o Defensor Dativo manteve-se inerte, não interpondo os recursos extraordinários. Assim, pleiteia-se a nulidade do trânsito em julgado da condenação, com o restabelecimento da liberdade dos pacientes e a devolução do prazo para a interposição dos recursos cabíveis.

4. Indeferida a liminar (fls. 27) e prestadas as informações de estilo (fls. 31-41), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Eitel Santiago de Brito Pereira*, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 44-47).

5. É o que havia para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Não procede a alegação de cerceamento de defesa com base na ausência de intimação pessoal dos réus, tendo em vista que a jurisprudência dos Tribunais Superiores se orientou no sentido de que a regra esculpida no artigo 392 do Código de Processo Penal impõe obrigatoriamente a intimação pessoal do acusado apenas da sentença e não do acórdão da Apelação. Assim, a ciência do réu se perfaz satisfatoriamente pela publicação na imprensa oficial. Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Receptação qualificada. Intimação pessoal do réu do acórdão condenatório. Desnecessidade. Inteligência do artigo 392 CPP. Regime de cumprimento de pena. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Gravidade do crime. Critério inidôneo. Ordem parcialmente concedida para modificar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Expedido alvará de soltura clausulado.

1. A regra do art. 392 do Código de Processo Penal, que prevê a intimação pessoal do réu da sentença de primeiro grau, não tem aplicação na decisão em segundo grau, bastando a publicação da conclusão na imprensa oficial.

2. A gravidade do crime não é critério legal apto a ser utilizado para fundamentar decisão que nega a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e regime mais brando. Súmulas n. 718 e 719 STF.

3. O regime de cumprimento de pena deve ser fixado no aberto se a pena imposta é inferior a quatro anos e a análise das circunstâncias judiciais é favorável ao paciente.

4. Preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo pelo paciente, tão-só a gravidade do crime não obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem parcialmente concedida para modificar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Expedido alvará de soltura clausulado (HC n. 110.176-SP, Rel. Min. Jane Silva, DJe 09.12.2008).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Intimação pessoal do réu do acórdão da apelação. Desnecessidade. Ordem denegada.

1. Não é necessária a intimação pessoal do paciente do acórdão da apelação, por ausência de previsão legal, sendo suficiente a intimação do advogado constituído do paciente, por meio da imprensa oficial.

2. Ordem denegada (HC n. 59.636-RR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.06.2009).

2. Noutro ponto, a não interposição de recursos na esfera extraordinária não é suficiente para gerar nulidade por cerceamento de defesa, tendo em vista que vigora no nosso sistema o princípio da voluntariedade dos recursos inserto no art. 574, *caput* do CPP.

3. Assim, a não interposição de recurso deve ser entendida apenas como conformação com a decisão proferida, não representando a alega nulidade, mormente quando já assegurado, como na hipótese, o duplo grau de jurisdição. Nesse sentido:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de substância entorpecente. Não-interposição de recurso. Trânsito em julgado. Princípio da voluntariedade dos recursos. Condenação em grau de apelação. Restabelecimento da sentença absolutória. Impossibilidade de reexame aprofundado do acervo fático-probatório. Constrangimento ilegal não-configurado. Ordem denegada.

1. Os princípios da ampla defesa e do contraditório orientam a atividade jurisdicional, cuja observância é imperativa por ordem constitucional, embasando as ações do magistrado e das partes durante todo o curso processual, inclusive em grau de recurso.

2. Proferida a sentença, em regra, encerra-se o ofício jurisdicional, somente havendo a devolução da matéria em caso de manifestação de inconformismo por meio dos recursos cabíveis.

3. A ausência de interposição de recurso não implica deficiência da defesa, mas apenas a manifestação tácita de conformismo quanto à decisão proferida, não havendo falar em ofensa aos princípios constitucionais, desde que estes tenham norteado a instrução processual.

4. Nos recursos voluntários, vige o princípio da disponibilidade, revelando-se obrigatório o duplo grau de jurisdição apenas nos casos expressamente previstos em lei, por interesse público.

5. Não é cabível, na via estreita do *habeas corpus*, a análise da alegada inocência do acusado e de que o acórdão condenatório foi contrário à prova dos autos, pois tal exigiria um minucioso exame do acervo fático-probatório.

6. Ordem denegada (HC n. 94.919-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 04.08.2008).

4. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, denega-se a ordem.



---

**HABEAS CORPUS N. 155.253-RS (2009/0234172-2)**

---

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Fernanda Trajano de Cristo e outros

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

Paciente: Tiago Benhur Flores Pereira (preso)

---

**EMENTA**

Criminal. HC. Roubo qualificado. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação inadequada. Referências genéricas. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Ações penais em andamento consideradas a título de má conduta social. Impossibilidade. Uso de arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade. Outros meios de prova. Ordem parcialmente concedida.

I. Aspectos consignados pelo Julgador monocrático que não evidenciam a maior culpabilidade do réu, suficiente para a majoração da pena-base acima do mínimo previsto em lei, eis que a consciência da ilicitude da conduta é própria do tipo penal, qual seja, roubo qualificado.

II. A simples referência às circunstâncias e conseqüências do crime, sem qualquer fundamentação concreta, não autoriza a exasperação da pena-base.

III. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem má conduta social e nem personalidade desajustada a serem valoradas negativamente para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

IV. O entendimento deste Tribunal é orientado no sentido da prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da majorante, se a sua utilização restou comprovada por outros meios.

V. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença de primeiro grau, tão somente quanto à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida, com nova e motivada fixação da pena-base.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

---

DJe 04.10.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Tiago Benhur Flores Ferreira* contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O paciente foi condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Irresignado, interpôs recurso de apelação, pugnando pela sua absolvição ou pela exclusão da majorante do uso de arma, bem como a redução da pena e isenção da multa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso de apelação, mantendo *in totum* a sentença recorrida.

Na presente impetração, pugna-se pela nulidade da sentença de primeiro grau e do acórdão *a quo*, no tocante à dosimetria da pena aplicada.

Liminar indeferida às fls. 36-37.

A douta Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 56-59).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Tiago Benhur Flores Ferreira* contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O paciente foi condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Irresignado, interpôs recurso de apelação, pugnando pela sua absolvição ou pela exclusão da majorante do uso de arma, bem como a redução da pena e isenção da multa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso de apelação, mantendo *in totum* a sentença recorrida.

Na presente impetração, pugna-se pela nulidade da sentença de primeiro grau e do acórdão *a quo*, no tocante à dosimetria da pena aplicada, sob a alegação, em suma, de ilegalidade na aplicação da pena-base acima do mínimo legal e da aplicação da majorante de emprego de arma de fogo, uma vez que esta não foi apreendida.

Passo à análise da irresignação.

A princípio, cumpre ressaltar que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

O Magistrado singular, ao proceder a dosimetria da pena, asseverou:

**Pena base:** A *culpabilidade* do acusado é alta, pois tinha consciência da ilicitude de seus atos. Os vários processos a que responde e a condenação que possui (...) não serão considerados como *antecedentes*, pois praticados depois dos fatos descritos na denúncia, mas serão considerados na conduta social e personalidade. No que pese à *conduta social*, percebe-se que é voltada para o crime, pois responde a outros 05 processos de fatos praticados após o descrito na denúncia, além de três sentenças condenatórias por roubo qualificado (fls. 151-152, 156, 157 a 159), e uma por latrocínio (fl. 158). Sobre a *personalidade* do réu é desajustada. Quanto às *consequências* do crime, além dos prejuízos (*sic*) matérias, (*sic*) houveram lesões físicas e emocionais à vítima. Quanto ao *comportamento da vítima*, nada. Assim, vai a pena-base do réu fixada em 05 (cinco) anos de reclusão. (fl. 20).

O Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao recurso de apelação, assim entendeu:

A pena imposta mostra-se irrepreensível, porquanto bem dimensionada. A pena-base restou, acertadamente, fixada em patamar acima do mínimo legal (fl. 28).

Nota-se que o Magistrado singular reputou desfavoráveis a culpabilidade, a má conduta social e personalidade do réu, e conseqüências do crime, tendo majorado a pena-base em 01 ano.

Todavia, os aspectos consignados pelo Julgador monocrático não evidenciam a maior culpabilidade do réu, suficiente para a majoração da pena-base acima do mínimo previsto em lei, eis que a consciência da ilicitude da conduta é própria do tipo penal, qual seja, roubo qualificado.

Ademais, a simples referência às circunstâncias e conseqüências do crime, sem uma fundamentação concreta, não autoriza a exasperação da pena-base.

A corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

Penal. *Habeas corpus*. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos). Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação inadequada.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c.c. o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

II - *In casu*, verifica-se que a r. decisão de segundo grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, dentre outras, de expressões como "A culpabilidade do réu é elevada, pois sua conduta recebe da lei e da sociedade alta carga de reprovabilidade", "Os motivos que levaram o réu à prática do crime em estudo são reprováveis (...)", e "As conseqüências do crime são maléficas".

III - Ainda, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

*Habeas corpus* concedido para fixar a pena definitiva do paciente em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. (HC n. 165.590-TO, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23.08.2010)

Direito Penal. *Habeas corpus*. Posse de arma de fogo. Dosimetria da pena. Pena base. Referências genéricas. Incremento indevido. Constrangimento ilegal. Reconhecimento.

1. A fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas. A referência genérica a dolo direto, a ações penais em curso, a má conduta social, a personalidade audaz, que seria voltada para o crime e à motivação de emprego futuro da arma como forma de potencializar as práticas delitivas, não autoriza a exasperação da reprimenda penal.

2. Ordem concedida para redimensionar a pena corporal, aplicada nos autos da Ação Penal n. 019/2.06.0010597-8, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Novo Hamburgo-RS, para três anos de reclusão, sanção que deverá ser substituída por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, com base no tempo de pena que ainda resta a ser cumprido, já que presentes os requisitos para tanto, devendo o Juízo das Execuções Criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n. 7.210/1984, promover a sua execução. (HC n. 100.197-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 22.03.2010)

De outro lado, cabe ressaltar a que a exasperação da pena-base em face da má conduta social do réu, conforme fixado na sentença condenatória e mantida em segundo grau, encontra-se em desconformidade com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social e nem personalidade desajustada.

Confira-se:

*Habeas corpus*. Art. 171, *caput*, c.c. os artigos 29, 71 e 72, todos do Código Penal. Inquéritos e processos suspensos. Fixação da pena-base. Art. 59 do CP. Falta de motivação idônea. Ordem concedida.

1 - "Registros referentes a inquéritos e processos em andamento não se prestam à demonstração de maus antecedentes e, por conseqüência, também de nada servem para fundamentar um juízo negativo acerca da personalidade do condenado". (HC n. 52.697-RJ, Relator o Ministro Paulo Medina, DJU de 15.05.2006)

2 - Ordem concedida para reduzir a reprimenda a 01 ano e 02 meses de reclusão, a serem cumpridos no regime aberto, e multa, convertida a sanção corporal em duas medidas restritivas de direitos a serem definidas no Juízo da Execução. (HC n. 53.069-SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 20.08.2007)

Processual Penal. Recurso especial. Art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990. Violação ao art. 619, do CPP. Inocorrência. Matéria devidamente prequestionada.

Atipicidade da conduta em razão da ausência de dolo. Improcedência do pedido. Dosimetria da pena-base. Falta de fundamentação. Redução da pena. Atenuante do art. 65, III, **d**, do CP. Não incidência. Ausência de confissão. Fixação da pena de multa. Critério bifásico. *Quantum* do dia-multa. Proporcionalidade com a pena-base. Inocorrência. Pena pecuniária. Fundamentação.

(...)

III - No caso em tela, a culpabilidade, da maneira como posta (culpabilidade acima da média em razão do comportamento corriqueiro de não recolhimento de tributos federais), não poderia haver sido valorada como circunstância judicial negativa, seja em razão da ocorrência de *bis in idem* (já que a frequência da ausência de recolhimento de tributos embasou o reconhecimento da continuidade delitiva - art. 71, do CP, não podendo, assim, fundamentar, também, a exacerbação da pena-base, uma vez que o fato de origem é mesmo), seja porque, fazendo um paralelo, *esta Corte tem* entendimento firmado no sentido de que inquéritos e processos em andamento não configuram maus antecedentes, sendo inadequada sua valoração em sede de conduta social ou culpabilidade (logo, com maior razão, tal fato não poderia justificar o aumento da pena-base, a não ser se já devidamente apurado, com condenação transitada em julgado e não sendo hipótese de reincidência, caso em que a valoração se daria na *segunda etapa da dosimetria da pena*).

(...)

Recurso parcialmente provido. (REsp n. 897.876-RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 29.06.2007 - grifei)

Penal. *Habeas corpus*. Roubo. Momento da consumação do delito. Desnecessidade de posse tranqüila da *res furtiva*. Pena-base. Aumento. Inquéritos e ações penais em andamento. Conduta social do agente. Circunstância judicial valorada negativamente. Impossibilidade. Agravante da reincidência. Norma de natureza cogente. Reconhecimento da ilegalidade que não acarreta efeitos jurídicos de consequência prática. Réu reincidente. Regime fechado. Ausência de ilegalidade. Réu primário. Regime de cumprimento da pena mais gravoso. Gravidade em abstrato do delito. Fundamentação inidônea. Ordem parcialmente concedida.

1. (...)

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que inquéritos e ações penais em andamento não servem como fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Contudo, não obstante o impetrante tenha razão quanto à necessidade de fixação da pena-base no seu mínimo legal, o acatamento de sua tese jurídica não gera efeitos jurídicos de consequências práticas, em razão do Enunciado Sumular n. 231-STJ.

3. (...)

4. (...)

5. (...) (REsp n. 159.342-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 17.05.2010).

Relativamente à incidência da qualificadora do emprego de arma de fogo, melhor sorte não socorre o paciente.

O entendimento desta Corte é pacificado no sentido da prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da majorante, se a sua utilização restou comprovada por outros meios.

Cito, a propósito, os seguintes julgados:

*Habeas corpus*. Penal. Roubo qualificado. Emprego de arma de fogo. Não apreensão da arma. Dispensabilidade para a caracterização da causa especial de aumento, quando provada a sua utilização por outros meios.

1. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a caracterização da causa especial de aumento, prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal, quando existentes outros meios aptos a comprovar a sua efetiva utilização no crime, o que ocorreu *in casu* com o depoimento da vítima. Precedentes do STJ.

2. Ordem denegada. (HC n. 28.294-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 05.04.2004)

Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Ausência de laudo pericial de arma de fogo. Aplicação da causa de aumento do emprego de arma.

Na dicção da douta maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (Precedentes).

Recurso provido. (REsp n. 789.421-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 05.06.2006)

Desta forma, deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, tão-somente quanto à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida, com nova e motivada fixação da pena-base, devendo ser mantida a incidência da causa de aumento de pena pelo uso de arma de fogo.

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 157.648-SP (2009/0247069-4)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Fernanda Seara Contente - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Maurício de Oliveira Silva

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Execução penal. Agravo em execução. Recusa ao trabalho. Falta grave. Perda dos dias remidos. Entendimento do Tribunal *a quo* em consonância com a jurisprudência desta Corte. Ilegalidade não caracterizada. Ordem denegada.

1. O art. 50, inciso VI, c.c. o art. 39, inciso V, da Lei de Execuções Penais considera a recusa injustificada ao trabalho como falta grave.

2. É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o cometimento de falta grave pelo condenado implicará o reinício da contagem dos prazos para a obtenção do benefício da progressão de regime carcerário, bem como a perda dos dias remidos.

3. Ordem denegada.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 27.09.2010



## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Maurício de Oliveira Silva*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao agravo em execução interposto pela Defesa, mantendo a decisão de 1º grau que determinou a perda dos dias remidos ante o cometimento de falta disciplinar de natureza grave, consistente em desobediência por violação ao dever de trabalho.

Sustenta o Impetrante que “o acórdão ora impugnado constrangeu a liberdade do paciente de forma indevida, pois não há que se falar em possibilidade de considerar falta disciplinar grave a recusa justificada ao trabalho” (fl. 03).

Argumenta, ainda, que a conduta imputada ao sentenciado é atípica e não constitui falta disciplinar, bem como a recusa ao trabalho não está inserida no rol do art. 50 da Lei de Execuções Penais, de forma que não merece punição.

Por fim, afirma que o trabalho constitui um direito do preso e sua recusa foi devidamente justificada.

Requer, liminarmente e no mérito, a cassação do acórdão impugnado, “permitindo ao paciente que o lapso inicial para aquisição de benefícios não seja interrompido pela prática de falta grave em 21.11.2006” (fl. 05).

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 61-62.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 67-68, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 81-84-v, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Insurge-se o Impetrante contra acórdão proferido pela 10ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao agravo em execução interposto pela Defesa, mantendo a decisão do Juízo das Execuções que determinou a perda dos dias remidos, por reconhecer que a recusa ao trabalho constitui falta disciplinar de natureza grave.

O Juízo das Execuções, reconhecendo a recusa ao trabalho como falta grave, decretou a perda dos dias remidos pelo Paciente, *in verbis*:

[...]

O preso condenado deve trabalhar, vez que o ato constitui dever social e condição de dignidade humana, conforme termos do art. 28 da LEP.

Eventual impossibilidade física, injustiça da atribuição, ou mesmo inviabilidade do exercício do labor deverá ser comunicada e verificada via prova efetiva (incumbência da defesa, no caso concreto, e se o caso), sendo que nos autos da sindicância nada há a corroborar tais situações.

Assim, decida a anotação da desobediência, perdendo-se os dias remidos anteriores ao evento. [...] (fl. 40)

O acórdão impugnado ratificou a decisão do Juiz singular, nos seguintes termos:

[...]

Conforme apurado em procedimento administrativo regular, a conduta praticada pelo *Agravante*, qual seja, a recusa do reeducando ao trabalho, configura falta grave, nos termos dos artigos 50, inciso II, combinado com os artigos 31 e 39, inciso V, da Lei das Execuções Penais e dos artigos 49, inciso VI, e 27, incisos III e XXX, do Regimento Interno Padrão dos estabelecimentos Penais do estado de São Paulo (fls. 03-31).

No referido procedimento administrativo, apurou-se que o *Agravante*, beneficiado com a progressão ao regime semi-aberto, trabalhava havia uma semana na área externa da unidade exercendo seus trabalhos na estação de tratamento de esgoto e em 29.12.2008, recusou-se a sair para realizar seu trabalho, afirmando que não mais pretendia fazê-lo.

Nas declarações prestadas pelo *Agravante* nos autos do procedimento disciplinar, ele afirmou ter-se recusado ao trabalho na estação de tratamento de esgotos por acreditar "*que o local oferece risco a sua saúde, devido ao mau cheiro*". Esclareceu não ter solicitado a mudança de posto de trabalho, posto que sua intenção era não mais trabalhar (fls. 18).

Por tal quadro, não há falar em descumprimento por motivo justo do dever previsto no artigo 31 da Lei de Execuções Penais reconhecimento da falta disciplinar, com seus consectários legais, era necessário.

O reeducando em cumprimento de pena privativa de liberdade deve submeter-se a regras de disciplina previstas nas normas que regem a Lei de Execuções Criminais, inclusive o dever de exercício do trabalho.

O trabalho, no sistema das execuções penais, tem caráter dúplice, por constituir ao mesmo tempo um direito, que propicia ao apenado a remição, e um dever cujo descumprimento imotivado caracteriza falta grave e produz efeitos, tais como a perda dos dias remidos.

A norma do artigo 127, da Lei das Execuções Penais, é clara e indica que, condenado o agente por falta grave, perderá ele o direito aos dias remidos, iniciando-se novo período a partir da data daquela infração administrativa.

O perdimento não fere o previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, pois, a decisão que concede a remição detém caráter condicional e, verificada a falta grave, uma daquelas condições, o perdimento dos dias remidos é de regra, prevalecendo aqueles tão só quando inexistente esta conduta por parte de seu titular. [...]. (fls. 52-53)

De fato, o trabalho realizado em estabelecimentos carcerários constitui tanto direito social do preso, com previsão no art. 6º da Constituição Federal, como um dever do apenado, conforme dispõe o art. 31 da Lei de Execuções Penais, *in verbis*:

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

No cumprimento da pena privativa de liberdade, o apenado deve submeter-se às regras de disciplina previstas nos dispositivos legais que normatizam a execução penal, sendo um de seus deveres o exercício do trabalho em atividades de manutenção do estabelecimento prisional, não ficando à sua vontade o momento e a forma como será realizado, conforme disposição da Lei n. 7.210/1984.

Entretanto, é possível que o condenado pleiteie junto à administração penitenciária o exercício de atividade que melhor se adapte ao seu perfil, de acordo com suas aptidões físicas e mentais, o que poderá ser deferido, não podendo o apenado simplesmente se recusar a realizar determinado trabalho.

Nesse sentido, o art. 50, inciso VI, c.c. o art. 39, inciso V, da Lei de Execuções Penais considera a recusa injustificada ao trabalho como falta grave. Assim, o Juiz da Execução, na hipótese, nada mais fez do que cumprir o disposto no art. 127, da lei em referência, que assim dispõe:

Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

### A propósito:

Execução penal. *Habeas corpus*. Regime semi-aberto. Trabalho interno. Descumprimento. Falta grave. Caracterização. Regressão. Perda dos dias remidos. Possibilidade.

I - Tendo em vista que questões suscitadas pelo impetrante, consistentes na nulidade dos procedimentos administrativos em razão do descumprimento de prazos, no argumento de que só haveria uma falta grave ao invés de duas - vez que uma estaria absorvida pela outra - e na inconstitucionalidade da imposição de trabalho interno consistente em realização de faxina - por configurar pena de trabalhos forçados - não foram apreciadas pelo e. Tribunal *a quo*, fica esta Corte impedida de examiná-las, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - O apenado, no cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semi-aberto, deve submeter-se a regras de disciplina previstas nos diplomas normativos que regem a execução penal, incluindo-se em seus deveres o exercício satisfatório do trabalho interno (LEP, artigos 31 a 35), em atividades de manutenção do estabelecimento prisional, não ficando a seu alvedrio o momento e a forma como será realizado.

III - Constitui falta grave a recusa, pelo apenado, à execução de trabalho interno regularmente determinado pelo agente público competente, *ex vi* dos artigos 39, inciso V, e 51, inciso III, da LEP.

*Writ* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC n. 84.289-SP, 5.ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe de 12.05.2008)

Outrossim, cumpre salientar que é pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o cometimento de falta grave pelo condenado implicará o reinício da contagem dos prazos para a obtenção do benefício da progressão de regime carcerário, bem como a perda dos dias remidos.

Na hipótese, a recusa do Paciente ao trabalho caracteriza falta grave, motivo pelo qual é de rigor, a decretação da perda dos dias remidos, bem como a alteração da data-base para concessão de progressão de regime.

Assim, o marco inicial para a contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo deve recair sobre a data do cometimento da última falta grave pelo apenado, computado do período restante de pena a ser cumprido.

### A propósito, os seguintes precedentes:

*Habeas corpus*. Execução penal. Falta grave. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Alegação de afronta à coisa julgada e ao direito adquirido. Não-ocorrência. Ordem denegada.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o tempo remido pelo preso gera expectativa de direito; *portanto, uma vez reconhecido o cometimento de falta grave, deve o Juízo da execução decretar a perda dos dias remidos*. Descabimento da alegação de ofensa à coisa julgada e ao direito adquirido. Precedentes do STF e STJ.

2. Ordem denegada. (HC n. 131.677-SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 15.06.2009)

*Habeas corpus*. Execução penal. Paciente condenado à pena total de 24 anos, 11 meses e 14 dias de reclusão. Roubos circunstanciados. Progressão de regime. Falta grave. Reeducando que retardou, injustificadamente, o cumprimento de obrigação imposta. Reinício da contagem do prazo para a concessão do benefício a partir da última falta. Precedentes do STJ. Ordem denegada.

1. O STJ entende que o cometimento de falta grave, devidamente apurada através de procedimento administrativo disciplinar, implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.

2. A contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo deverá ter início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado, incidente sobre o remanescente da pena e não sobre o total desta.

3. O art. 127 da Lei de Execução Penal preceitua que o condenado que for punido com falta grave perderá o direito ao tempo remido pelo trabalho, iniciando-se o novo cômputo a partir da data da infração disciplinar.

4. Encontra-se pacificado o entendimento neste STJ e no Pretório Excelso de que o instituto da remição constitui, em verdade, um benefício concedido ao apenado que trabalha e a decisão acerca de sua concessão sujeita-se à cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, ocorrendo o cometimento de falta grave, o condenado perde o direito ao tempo já remido.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada. (HC n. 98.880-SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 05.05.2008)

*Habeas corpus*. Execução penal. Fuga. Falta grave. Art. 50, II, da LEP. Reinício da contagem do prazo para a progressão de regime prisional da pena remanescente. Ordem denegada.

1. É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que o cometimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.

2. O marco inicial para a contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo (1/6 da pena) deve recair sobre a data do cometimento da última falta grave pelo apenado, computado do período restante de pena a ser cumprido. Precedentes.

3. Ordem denegada. (HC n. 66.009-PE, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10.09.2007)

Inexiste, portanto, qualquer ilegalidade na decisão ora hostilizada que manteve a decisão do Juízo das Execuções, em razão da prática de falta grave cometida pelo ora Paciente.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 162.116-PA (2010/0024613-2)

---

Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP)

Impetrante: Thiago Machado e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Marcos Antônio Dantas Forte (preso)

---

#### EMENTA

*Habeas corpus*. Processual Penal. Crime ambiental. Extração e comércio ilegal de madeira. Formação de quadrilha. Receptação. Falsificação de documento público. Corrupção ativa. Uso de documento falso. Prisão preventiva devidamente justificada na necessidade de se resguardar a ordem pública e econômica e a regular instrução penal. Reiteração em atividade ilícita. Ordem denegada.

1. “Não se mostra razoável que a presunção de inocência seja elevada à culminância de valor absoluto e intangível, capaz de pairar acima ou além do horizonte da realidade dos processos e da urgente

e imperiosa necessidade de se reprimir as infrações penais, com os meios legais postos ao dispor da estrutura estatal empenhada nesse mister.” (HC n. 125.609-GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe 03.05.2010)

2. O caso em exame possui uma peculiaridade que o distingue do entendimento predominante, qual seja, o paciente já havia sido preso preventivamente anteriormente, em razão da suposta prática dos mesmos delitos de que é acusado agora. Sua liberdade foi concedida por intermédio de outro *Habeas Corpus*, no entanto, apesar da constrição anterior, o réu não se intimidou e continuou a suposta prática delitativa, razão pela qual acabou denunciado mais duas vezes.

3. Ademais, restou claramente demonstrado que a prisão cautelar foi decretada para preservação da ordem pública e econômica e conveniência da instrução criminal, em razão da reiteração na atividade ilícita, na vultosa quantia envolvida e na real periculosidade do paciente, sendo esses elementos de verificação impossível em sede de *mandamus*.

4. Estando presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente.

5. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator

---

DJe 11.10.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): *Thiago Machado e outro* impetram *habeas corpus* em favor de *Marcos Antônio Dantas Forte* alegando manifesta ilegalidade na prisão preventiva decretada pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal do Pará e mantida pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cujo acórdão assentou, *verbis*:

*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Prática reiterada de crimes. Garantia da ordem pública. Manutenção da prisão cautelar. Decisão fundamentada. Ordem denegada.

1. Não verte constrangimento ilegal prisão preventiva decretada com fundamentação consentânea (arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal).

2. Ordem denegada. (fl. 21)

Revelam os autos que o paciente foi novamente denunciado pela suposta prática de crimes ambientais; a partir da operação “Arco de Fogo”, efetuada pela Polícia Federal, Ibama e pela Força Nacional de Segurança Pública, descobriu-se, em março de 2008, depositado no pátio da empresa *D.K. Indústria e comércio de madeiras Ltda Epp*, mais de 1.500 m<sup>3</sup> de madeira ilegalmente extraídos da Floresta Amazônica e desacompanhados de licença da autoridade ambiental, bem como outros 700 m<sup>3</sup> de madeira enterrados no pátio da mesma empresa.

O paciente, *sócio gerente da empresa supra mencionada*, foi denunciado pelos fatos acima relatados nos autos da Ação Penal n. 2009.39.00.003369-5, em trâmite perante a 4ª Vara Federal desta Seção Judiciária, como incurso nas práticas dos delitos previstos nos *arts. 180, 288, parágrafo único, 297, 304 e 333 do Código Penal, bem como nos arts. 46 e 69 da Lei n. 9.605/1998*.

Frise-se que o paciente, também, responde a processo por crime ambiental perante a Seção Judiciária do Tocantins.

Segundo a denúncia, *e-STJ fls. 55-94*,

em decorrência de investigação realizada pela Polícia Federal, que se valeu, dentre outros elementos, de interceptações telefônicas corretamente autorizadas pela Justiça Federal, foi possível descortinar uma ativa e organizada rede criminosa, armada e especializada na fraude de documentos públicos federais (autorização de transporte de produtos florestais materialmente falsificados), na corrupção de servidores públicos federais e estaduais, na falsificação de notas fiscais, no estelionato, no uso de documentos falsos, na receptação de produtos



de origem ilícita no transporte ilegal de produtos florestais e, ainda, na criação de obstáculos e dificuldades à ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.

A atuação da organização criminosa dava-se em estruturas bem divididas, com distribuição de funções, formando-se diversos núcleos de atuação (no *Pará* - Tailândia, Jacundá, Tucuruí, Paragominas e Belém -, em *Goiás* - Goiânia e Aparecida de Goiânia -, *Maranhão* - Buritcupu e Itinga -, *Rondônia* e *Mato Grosso*. Tal atividade tinha como pano de fundo a exploração irracional de recursos florestais, com o enriquecimento dos envolvidos e o dano à natureza, em atividade lucrativa e organizada de forma empresarial.

(...) *omissis* (...)

O resumo dos fatos, todavia, pode ser feito nos seguintes termos: unindo-se ao núcleo de pessoas atuantes em Goiânia (responsáveis pela impressão ATPFs materialmente falsas), um importante grupo de comerciantes de Tailândia-PA utilizava-se de seu poder econômico, político e de sua violência, para fornecer a madeireiros no Estado do Pará documentos inidôneos, que serviam para viabilizar o escoamento de madeira ilicitamente extraída ou carvão ilicitamente produzido, recebendo, para tanto, a remuneração decorrente do fornecimento dos documentos. Para viabilizar suas atividades, tais agentes corrompiam servidores da Secretaria de Fazenda do Estado do Pará, servidores do Ibama, policiais civis, militares e rodoviários federais. Como resultado de tais atividades, tem-se que boa parte da madeira fornecida ao Nordeste e ao Sudeste do País decorre de origem ilegal e representa uma afronta ao desenvolvimento sustentável.

Em longo arrazoado os impetrantes sustentam, em síntese, que a decretação da prisão baseia-se em único fundamento, qual seja, a invocação da reiteração criminosa.

Aduzem, ainda, que “decisão imprestável ao caráter meramente instrumental da constrição física antes de sentença penal condenatória, antecipação de pena configurada - inadmissibilidade, autoritarismo, Juízo contaminado/parcialidade, abuso de poder, proibição -, prisão processual deve atender restritivamente ao fim determinado no texto legal inserto no art. 312 do CPP, ou seja, quando há evidências claras que a medida atende a conveniência da instrução processual e da garantia da futura aplicação da lei penal.” (e-STJ fls. 03-04)

Afirmam, também, que a empresa *D.K. Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. Epp* está extinta, de modo que não pode mais produzir nenhum efeito legal, o que, conseqüentemente, impede a possibilidade de reiteração criminosa.

Em decisão monocrática (e-STJ fls. 211), proferida pelo em. *Min. Arnaldo Esteves Lima* o pedido de liminar foi indeferido, aos fundamentos de ausência de risco de lesão grave ou de difícil reparação e plausibilidade jurídica do pedido.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região prestou as informações solicitadas, conforme petição às e-STJ fls. 244-247. A 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Pará também prestou informações às e-STJ fls. 232-242.

Parecer do Ministério Público Federal, e-STJ fls. 271-281, opinando pela denegação da ordem.

É o breve relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) (Relator): Sustentam os impetrantes violação ao art. 312 do CPP e, conseqüentemente, violação ao Princípio da Inocência “(...) porque está, neste caso concreto, a um só tempo, a registrar que crime cometeu o Paciente neste e naqueles autos, sem que haja sequer sentença judicial de primeiro grau a registrar e descrever a conduta típica dos delitos alegados em sede de decisão cautelar de restrição da locomoção física.”

Asseveram que a empresa *DK Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. EPP* não atua mais no ramo madeireiro, razão pela qual o paciente não oferece risco algum à ordem pública.

É incontroverso que o paciente foi preso temporariamente por decisão decretada nos autos da Ação Penal n. 2005.8477-2 em 05.11.2005 - na qual foi denunciado pela prática dos crimes tipificados nos *arts. 180, 288, parágrafo único, 297, 304 e 333 do Código Penal* - tendo sido beneficiado por ordem de *habeas corpus* em 24.12.2005.

***Após a concessão da ordem retro mencionada, Marcos Antônio Dantas Forte foi denunciado mais duas vezes pelo MPF pela prática de crimes contra o meio ambiente em ações penais, ainda em curso, perante a Justiça Federal do Pará e do Tocantins.***

Em novembro de 2005 foi oferecida nova denúncia contra Dantas pela suposta prática dos delitos tipificados nos *arts. 180, 288, parágrafo único, 297, 304 e 333 do Código Penal e 46 e 60 da Lei n. 9.605/1998, (receptação, quadrilha, falsificação, uso documento falso, oferecimento vantagem, crimes ambientais)* oportunidade em que foi requerida sua prisão preventiva.

Tal pedido foi acolhido pela 3ª Vara da Seção Judiciária Federal do Pará em agosto de 2009 (e-STJ fls. 37-44).

O *Eg. TRF 1ª da Região* denegou a ordem no HC impetrado sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

*(...) omissis (...)*

***O fundamento da prisão cautelar, consistente na garantia da ordem pública, está relacionado à periculosidade do agente. Assim, se torna necessária a prisão para proteger a coletividade, prevenindo a reprodução de outros fatos criminosos. Cerceia-se um direito individual de liberdade em prol do meio social.***

***Vê-se, pois, que o decreto de prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentado nos permissivos do art. 312 do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública, em razão da reiteração de condutas delituosas pelo paciente, que, anteriormente ao fato de que tratam estes autos, praticou diversos ilícitos relacionados a crimes ambientais. Neste ponto, por oportuno, transcrevo opinativo ministerial, da lavra da Procuradora Regional da República, Dra. Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, que, por oportuno, adoto com o razões de decidir, nesses termos:***

***Observa-se que a segregação preventiva do paciente deveu-se a inequívoca reiteração criminosa, mesmo após já ter sido denunciado pela prática de várias condutas tipificadas criminalmente.***

***Colhe-se dos autos que Marcos Antônio já havida sido preso provisoriamente em razão de seu envolvimento com organização criminosa, armada e especializada em crimes ambientais. Consta que para viabilizar a atividade criminosa, o grupo de que fazia parte fraudava documentos públicos e particulares, promovia a corrupção de servidores públicos federais, receptava produtos de origem ilícita, bem como realizava transporte irregular de produtos florestal ilegalmente extraído. Aliás, em razão destas condutas foi denunciado nos autos da Ação Penal n. 2005.39.00.009780-6-PA (fls. 153-194).***

***Não obstante, após ser liberado da prisão provisória, o paciente não demonstrou qualquer receio de praticar outros crimes assemelhados aos que já responde em juízo. Com efeito, as novas ações penais instauradas no âmbito da Justiça Federal - Seção Judiciária do Pará - revelam ousadia, destemor e inclinação do paciente ao cometimento de crimes contra o meio ambiente.***

***Na Ação Penal n. 2009.39.00.008140-8-PA (fls. 49-53) - que inicialmente tramitou junto à Seção Judiciária de Tocantins sob o registro n. 2008.43.00.01048-7 - o paciente foi denunciado por transportar, em 26.02.2005, madeira acompanhada de Autorização para Transporte de Produto Florestal - ATPF falsa. Ao considerar a data do fato, o impetrante sustenta que esta conduta nada mais seria do que a continuação delitiva***

*dos crimes abordados na Ação Penal n. 2005.39.00.009780-6-PA. Destarte, defende a idéia de que, pela aplicação do art. 71 do Código Penal, na verdade tratam as duas ações de crime único. Contudo, é importante frisar que esta discussão deve ser travada na própria ação penal, pois demanda ampla análise probatória a fim de que seja verificada a coincidência das circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução dos crimes.*

*Já na Ação Penal n. 2009.39.00.003369-5-PA, atribui-se a Marcos Antônio o armazenamento de grande quantidade de madeira em todas na sede da DK Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. EPP, sem o devido licenciamento ambiental. Extrai-se da denúncia que o paciente, no intuito de se furta de ação fiscalizadora, determinou que fosse o produto florestal ocultado por meio de cobertura com serragem. Sobre esta imputação, o impetrante busca induzir esse Tribunal Regional Federal a acreditar que o fato criminoso consistiria simplesmente na ocultação da madeira. Alega, inclusive, tratar-se de medida normal e que o único objetivo seria a preservação do material. Entretanto, não menciona que a madeira foi extraída da floresta de forma ilegal e que, em nenhuma hipótese, deveria sequer estar em depósito comercial.*

*O decreto prisional impugnado (fls. 22-29) consignou que os elementos de prova reunidos na Ação Penal n. 2009.39.00.003369-5-PA apontam substanciosos indícios que vinculam o paciente ao crime ambiental. Consoante registrado, até os depoimentos dos corréus Paulo Sérgio Castro de Souza e Francisco Gilton Amorim Belo são esclarecedores quanto à insistência de Marcos Antônio em retirar seus sustento da prática dessas atividades proibidas.*

*(...) Ao que se nota, portanto, não se trata de mera presunção do Magistrado a quo sobre a possibilidade de cometimento de novos crimes. Na verdade, a conclusão acerca da necessidade de estancar a reiteração criminosa para, assim, restabelecer e manter a ordem pública deflui de indícios fundados de que, solto, o paciente não hesita em dar prosseguimento à atividade ilícita, altamente ofensiva ao meio ambiente e com efeitos trágicos a nível planetário.*

*De fato, a necessidade de manutenção da ordem pública mostra-se como fator preponderante, cuja certeza depende da ação de cautela da autoridade judicial. Isto porque, o paciente detém personalidade voltada à prática de crime ambiental.*

*(...)*

*Assim, não verte constrangimento ilegal prisão preventiva decretada com fundamentação consentânea (arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal). (e-STJ fls. 275-277) (grifei e negritei).*

*Peço vênia para transcrever, também, trecho das informações prestadas pelo MM. Juiz da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Pará (e-STJ fls. 218-228):*

(...) *omissis* (...)

17 - Reafirmo que todos os indícios são no sentido de que o paciente passeia com desenvoltura, e absolutamente crente na impunidade, por vários artigos do Código Penal e pela Lei de Crimes Ambientais, fazendo da prática de crimes o seu verdadeiro negócio, o qual explora empresarialmente, de modo que, *data venia* de argumentos em contrário, não há como negar a ameaça que sua liberdade oferece à ordem pública.

(...) *omissis* (...)

19 - Nessa linha de raciocínio, o argumento dos Impetrantes de que o Paciente não mais ofereceria perigo à ordem pública pelo fato de a empresa D.K. Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. EPP não mais atuar no ramo madeireiro não convence, principalmente quando se tem em conta que o Paciente é acusado pelo MPF de “constituir empresas fantasmas, destinadas exclusivamente a viabilizar a emissão de notas fiscais sem valor”. A denúncia oferecida pelo MPF em 29.11.2005, aliás, refere algumas das empresas fantasmas utilizadas pelo Paciente (fls. 255-257), o que leva à conclusão que, caso venha a ter a prisão preventiva revogada poderá perfeitamente constituir, ou adquirir de fato, outra empresa, a fim de viabilizar seus crimes.

*Nenhuma razão assiste aos impetrantes.*

Não se nega, como bem colocado pelos impetrantes, que “o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível” (e-STJ fls. 05), porém, no caso em análise, uma peculiaridade chama atenção e merece registro.

Senão vejamos.

Os impetrantes asseveram que “a simples afirmativa de estar o Paciente em conduta reiterada a praticar crimes, é o confronto direto do princípio da presunção de inocência versus presunção de culpabilidade, porque está, neste caso concreto, a um só tempo, a registrar que crime cometeu o Paciente neste e naqueles autos, sem que haja sequer sentença judicial de primeiro grau a registrar e descrever a conduta típica dos delitos alegados em sede de decisão cautelar de restrição da locomoção física.” (e-STJ fls. 05)

Ocorre que Dantas já havia sido preso provisoriamente em razão de seu envolvimento com organização criminoso, armada e especializada em crimes ambientais, foi solto, e, no entanto, apesar disso, não hesitou um momento sequer em continuar na prática de delitos tipificados nos arts. 180, 288, parágrafo único,

297, 304 e 333 do Código Penal e 46 e 60 da Lei n. 9.605/1998, razão pela qual foram oferecidas duas novas denúncias e foi requerida nova prisão preventiva.

Nessas circunstâncias, prepondera os interesses da Sociedade em contraponto a outros interesses individuais, face a reiteração das práticas havidas como delituosas.

Essa eg. Corte tem adotado entendimento de que não é cabível que se desfigure o instituto da constrição cautelar a ponto de caracterizar uma antecipação do cumprimento de uma possível pena, assim sendo, o pedido de prisão preventiva deve fundamentar-se em base concreta.

*Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes:*

Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 14 da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos), art. 121, § 2º, inciso I, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e art. 1º da Lei n. 2.252/1954. Prisão por pronúncia. Apontada ausência de fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e instrução criminal.

I - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC n. 90.753-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22.11.2007), sendo exceção à regra (HC n. 90.398-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17.05.2007).

Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC n. 90.464-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04.05.2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares (Súmula n. 9-STJ), por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC n. 89.501-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16.03.2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC n. 91.729-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11.10.2007). Assim, a prisão decorrente de decisão de pronúncia se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC n. 90.862-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27.04.2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC n. 92.069-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar

Mendes, DJU de 09.11.2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da custódia cautelar (RHC n. 89.972-GO, Primeira Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia, DJU de 29.06.2007).

II - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado, com expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, tendo em vista a reiterada conduta delitiva do paciente e os fortes indícios de ameaças sofridas pela vítima e testemunhas.

(...) *omissis* (...)

V - Condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, não têm o condão de, por si só, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar (Precedentes).

Ordem denegada. (HC n. 97.799-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 1º.09.2008)

Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 157, § 2º, incisos I, II e IV, (duas vezes), art. 288, parágrafo único, e 180, *caput*, do CP. Prisão preventiva. Apontada ausência de fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública.

I - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC n. 90.753-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22.11.2007), sendo exceção à regra (HC n. 90.398-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17.05.2007).

Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC n. 90.464-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04.05.2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares (Súmula n. 9-STJ), por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC n. 89.501-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16.03.2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC n. 91.729-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11.10.2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC n. 90.862-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27.04.2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal,



*não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC n. 92.069-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09.11.2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC n. 89.972-GO, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 29.06.2007).*

II - Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC n. 90.858-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21.06.2007; HC n. 90.162-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28.06.2007); na periculosidade presumida do agente (HC n. 90.471-PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13.09.2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC n. 84.311-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06.06.2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC n. 86.748-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06.06.2007).

III - No caso, o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos que denotam a necessidade da custódia cautelar do paciente para a garantia da ordem pública tendo em vista sua reiterada conduta delitativa, que evidencia sua periculosidade e a possibilidade da prática de novos crimes.

IV - Condições pessoais favoráveis como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, não têm o condão de, por si só, garantirem ao paciente a revogação da custódia cautelar, se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a sua manutenção (Precedentes).

Ordem denegada. (HC n. 92.262-PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18.12.2007, DJe 17.03.2008)

Não restam dúvidas que fora pedida nova *prisão preventiva* do paciente *Marco Antônio Dantas Forte* em razão de suas reiteradas condutas delitivas e da gravidade dos delitos, em tese, praticados.

Ademais, como muito bem posto pelo em. Min. *Felix Fischer*, nos autos do *HC n. 92.262*, “No caso, o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos que denotam a necessidade da custódia cautelar do paciente para a garantia da ordem pública tendo em vista sua reiterada conduta delitativa, que evidencia sua periculosidade e a possibilidade da prática de novos crimes.”

Ante os fundamentos expostos, *conheço da ordem e a denego.*

É como voto.



---

**HABEAS CORPUS N. 162.498-MT (2010/0027232-1)**

---

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Ana Livia Pereira Santos e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Edésio Ribeiro Neto

---

**EMENTA**

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de drogas. Lavagem de dinheiro. Apontada ausência de fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Fuga do réu.

I - A prisão cautelar se justifica desde que demonstrada a sua *real necessidade* (HC n. 90.862-SP, *Segunda Turma*, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27.04.2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC n. 92.069-RJ, *Segunda Turma*, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09.11.2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto construtivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC n. 89.972-GO, *Primeira Turma*, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, DJU de 29.06.2007).

II - No caso, o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado em *dados concretos extraídos dos autos*, que evidenciam que a sua liberdade acarretaria *lesão à ordem pública*, uma vez que é acusado de integrar organização criminosa de grande dimensão, voltada à prática do tráfico internacional de drogas ilícitas e lavagem de dinheiro, a qual manteria ligações com membros da facção criminosa denominada PCC.

III - As interceptações telefônicas realizadas apontaram para a *contínua e reiterada prática do tráfico de drogas em grande escala*. Desse modo, constata-se que somente o encarceramento cautelar poderá obstar a continuidade da atividade delitiva que, frise-se, mesmo no período da realização das referidas gravações, continuava

a se desenrolar. Além disso, o paciente já fora acusado, em processos diversos, de cometer outros ilícitos penais.

IV - Ademais, na hipótese dos autos, a fuga do réu logo após a apreensão de grande quantidade de droga (*quase 400 KG de cocaína*) em poder de apontados comparsas, constitui motivo suficiente para embasar a custódia cautelar (*Precedentes*).

*Habeas corpus* denegado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Adriano Borges (p/ pacto) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 04.10.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em benefício de *Edésio Ribeiro Neto* em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Depreende-se dos autos que foi decretada em desfavor do paciente sua *prisão preventiva*, cujo mandado *ainda não foi cumprido*. Posteriormente, foi denunciado pela prática, *em tese*, dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, 35, *caput*, e parágrafo único, 36 e 40, incisos I e IV da Lei n. 11.343/2006 e art. 1º, inciso I e § 1º, inciso II e § 4º da Lei n. 9.613/1998.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* por meio do qual buscava fosse revogada a decisão em que fora decretada a sua segregação cautelar.

A c. Terceira Câmara Criminal do e. Tribunal *a quo*, à unanimidade, denegou a ordem. Eis a ementa do reprochado acórdão:

*Habeas corpus*. Tráfico internacional de drogas. Pedido de extensão dos efeitos da decisão em outro *writ*. Situações distintas. Requisitos para a manutenção da prisão preventiva. Art. 312 do CPP. Existência.

I - Havendo diversidade de situações pessoais, não há como se deferir o pedido de extensão dos benefícios concedidos em outro *writ*.

II - A medida segregatória baseia-se em circunstâncias concretas que demonstram que o paciente lidera organização criminosa complexa para a prática de tráfico internacional de drogas, ficando evidenciada a necessidade de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

III - Ordem de *habeas corpus* denegada. (fl. 228).

Daí o presente *mandamus* no qual o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal no seu *status libertatis*. Alega, para tanto, que a custódia cautelar imposta *carece de fundamentação concreta*, eis que “ao fundamentar o decreto de prisão preventiva, o Juiz Federal da 2ª Vara-MT deixou de indicar elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade da prisão cautelar” (fl. 09). Além disso, sublinhou que as *condições pessoais* do paciente seriam favoráveis.

Assevera, ainda, que a *fuga* não poderia ter sido utilizada como fundamento apto a justificar a segregação cautelar.

Argumenta, por outro lado, que as interceptações telefônicas, sucessivamente prorrogadas, não observaram o lapso temporal de 15 (*quinze*) dias previsto na Lei n. 9.296/1997. Prosseguindo, quanto ao tema, afirma que “(...) as inúmeras decisões que se propunham a prorrogar e incluíram diversos outros números telefônicos na originária quebra do sigilo das comunicações do paciente trazem redação padrão e não apresentam fundamento concreto (...)” (fl. 06). Assim, conclui que o decreto preventivo fundamentar-se-ia em *prova ilícita*, encontrando-se, portanto, eivado de nulidade.

Requer, ao final, a *revogação da prisão preventiva*.

Informações prestadas às fls. 44-45.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 40-41, manifestou-se pela *concessão da ordem*.

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A matéria a ser tratada neste *writ* refere-se, exclusivamente, à verificação da presença de fundamentação na r. decisão que decretou a *prisão preventiva* do paciente.

Desse modo, procedido o exame da decisão objurgada, confirmada pelo v. acórdão reprochado, *restou evidenciado*, de forma incontestada, que a prisão cautelar imposta ao paciente - *embora ainda não efetivada* - está plenamente justificada, notadamente na *garantia da ordem pública* e na *garantia de aplicação penal*.

Com efeito, foi deflagrada uma investigação pela Polícia Civil do Estado de Mato Grosso, denominada Maranelo, em que se buscava desbaratar a atuação de uma *organização criminosa voltada para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes*. Ressaindo evidências de que o crime seria internacional, deslocou-se a competência para a Justiça Federal e, por conseguinte, para que a investigação prosseguisse a cargo da Polícia Federal.

Na referida apuração, insta salientar, apontou-se o paciente como o *líder de uma quadrilha, altamente organizada, voltada para a prática do crime de tráfico de drogas*. Constatou-se também a prática, em tese, do crime de *lavagem de dinheiro*.

Confira-se, a propósito, como funcionaria, de forma resumida, a atuação da quadrilha, segundo a manifestação da autoridade policial, citada na decisão objurgada:

Resumidamente, o esquema criminoso investigado funciona da seguinte forma: membros do grupo criminoso vão à Bolívia e negociam a compra de droga junto a produtores de cocaína daquele país, acertando o valor a ser pago. O principal responsável pelas negociações da droga na Bolívia é *Alaor Gomes Corrêa Júnior* (vulgo *Marmota*), cunhado de *Adonai*. Após a conversa com os produtores bolivianos, contatam-se os líderes da Organização Criminosa no Brasil, quais sejam **Binho**, *Wagner* e *Adonai*, que autorizam (fecham) o negócio. O dinheiro é providenciado junto ao braço financeiro da Organização Criminosa, cujo principal expoente é *Alexandre Zangarini*, que é auxiliado por *Ricardo da Costa Silva* e *Maurício* da empresa F1 (não qualificado/ identificado). Feito o pagamento ao produtor boliviano, a droga é recebida na Bolívia e transportada ao Brasil por via aérea, sendo entregue numa das propriedades rurais arrendadas pela Orcrim, no caso as fazendas Sete Irmãos e Bahia dos Pássaros, localizadas no município de Barão de Malgaço-MT. A partir destas fazendas, que servem como interposto (depósito), a droga é dividida em quantidades menores e transportada via terrestre para seus destinos, principalmente os Estados de São Paulo e do Pará. Na logística referente ao depósito e transporte da droga, bem

como sua comercialização (negociações com os compradores finais, pagamentos/recebimentos, depósitos de numerários) atuam vários outros membros da Organização Criminosa (fls. 261-26).

(....)

Além destes participam também da Organização Criminosa policiais civis, quais sejam *Adauto Ramalho da Silva*, que atuou na logística do recebimento da droga via aérea em fazendas localizadas no município de Barão de Melgaço-MT, e *Neuri Alves da Silva* e *Joceníl Paula França*, que prestaram serviços em São Paulo-SP para **Edésio Ribeiro Neto** (vulgo **Binho**). Com relação aos compradores da droga comercializada pela Organização Criminosa, foi identificado no Estado de São Paulo *José Ronaldo Mendes da Silva*, o qual *negocia diretamente com Edésio Ribeiro Neto, vulgo Binho*.

O dinheiro auferido com o tráfico ilícito de entorpecentes é dividido e depositado em contas bancárias de pessoas físicas e jurídicas, entre estas empresas de propriedade dos membros da organização criminosa, de seus familiares e de terceiros, tanto empresas “de fachada” quanto empresas ativas, em especial *factorings*. É oportuno ressaltar em relação aos 383,757Kg de cocaína apreendidos em 20 de junho de 2009 que o dinheiro para pagamento desta droga na Bolívia, no caso R\$ 500.000,00, foi repassado a *Alaor Gomes Corrêa Júnior* por *Alexandre Zangarini* (vide “transcrição 403”, referente a diálogo de *Alexandre Zangarini* e *Adonai Novaes de Oliveira* em 05.05.2009 às 19:50), sendo que ao menos parte deste dinheiro destinado ao pagamento da droga, no caso R\$ 140.000,00, foi depositado no dia 23 de março de 2009 na conta bancária da *factoring* denominada *Infinity Participações e Investimentos SA*, sociedade anônima fechada cujos acionistas são os filhos de *Alexandre Zangarini* chamados *Michele Regina de Paula Zangarini* e *Moacir Francisco de Paula Zangarini* (vide documentos 113: extrato bancário da empresa *Aguajet Lava Jato e Acessória (sic) para veículos Ltda.* em que consta depósito do investigado *Munir Hammoud - ligado a Edésio Ribeiro Neto, vulgo Binho* - e posterior transferência de numerário para a referida *factoring*: vide documento 114). Observa-se que os sócios da empresa *Aguajet Lavajato e Acessoria para veículos Ltda., Rodolfo da Costa Silva* e *Jony da Costa Silva*, são irmãos de *Ricardo da Costa Silva*, que foi o responsável por depositar o dinheiro em contas bancárias indicadas por *Alexandre Zangarini* no Brasil. Tratou-se do chamado pagamento via “dólar-cabo”, sendo que *Alexandre Zangarini* disponibilizou a *Alaor* na Bolívia o dinheiro que foi depositado por *Ricardo* e *Maurício* da empresa *F1* em contas bancárias no Brasil (vide transcrições 199, 257, 275, 290, 291, 292, 301, 398, 403, 534, 541 e documentos 77, 113 e 114).

O trabalho realizado pela Polícia Judiciária Civil de Mato Grosso, consubstanciado no relatório anexo (principal e complementar), traz fortes indícios da prática do crime de lavagem de dinheiro oriundo do tráfico ilícito de entorpecentes. Resta claro nos autos que o tráfico de entorpecentes representa a principal - senão a única - fonte de renda dos investigados. Durante as investigações foram identificadas diversas

transações financeiras realizadas pelos membros da Organização Criminosa destinadas tanto ao tráfico em si (pagamento pela compra e venda de substâncias entorpecentes, p. ex: os depósitos destinados à operação de “dólar-cabo” realizada por *Alexandre Zangarini*) quanto a ocultar/dissimular os ativos oriundos desta atividade ilícita. (fls. 262-264).

(...)

Analisando os autos, consideramos que diversas medidas são necessárias para fazer cessar as atividades delitivas da Organização Criminosa e para promover a devida persecução penal dos envolvidos.

Observa-se que a nocividade social das práticas ilícitas não está presente tão somente no *tráfico internacional de substâncias entorpecentes*, mas principalmente na *cooptação de servidores públicos*, no caso policiais civis que deixam de cumprir a função de agentes da segurança pública para servirem à criminalidade. É exatamente essa estrutura de crime organizado, criada para assegurar a livre (e impune) exploração das atividades ilícitas à custa da corrupção de agentes públicos, o maior malefício causado à sociedade. (fl. 265).

Tendo em vista a revelação deste quadro, fruto de longa e criteriosa investigação preliminar, foi requerida a *decretação da prisão preventiva do paciente*. E, ao analisar o pedido, conclui o Magistrado, *com acerto a meu ver*, pela necessidade de decretação da *prisão cautelar*.

*Dois foram os fundamentos principais* referidos na decisão. O *primeiro* deles fez referência à *garantia da ordem pública* como forma de fazer cessar a atividade criminosa. E o *segundo*, alusivo à *garantia da aplicação da lei penal*, haja vista a fuga empreendida pelo paciente.

Eis, no que mais interessa, a fundamentação, *in verbis*:

Quanto ao *fumus boni iuris*, imputou-se aos representados, por meio dos fatos narrados na representação, a existência de indícios suficientes de terem cometido os crimes de tráfico internacional de drogas e associação (art. 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006) e lavagem de dinheiro (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.613/1998).

Quanto à materialidade dos crimes imputados ao representados, ademais dos diálogos interceptados e documentos mencionados aos longo da decisão, tem-se o Termo de Exibição e Apreensão (fls. 286 dos autos do processo n. 2009.36.00.010097-0) de 383,757 kg de cocaína (conforme laudo de fls. 292-296 processo n. 2009.36.00.010097-0) apreendidos na Fazenda Sete Irmãos no dia 20.06.2009.

Quanto aos indícios suficientes de autoria dos crimes imputados aos representados, passo a analisar as condutas, individualmente:

1. *Edésio Ribeiro Neto*, vulgo “Doutor, Binho, Bico ou Dacú”, sócio de *Wagner Novaes de Oliveira*, vulgo “Mulambo, Preto ou Nego, no tráfico ilícito de entorpecentes (diálogos 50 e 52, ocorrido no dia 12.11.2008). Constatou-se através das investigações que **Edésio Ribeiro Neto** é, em tese, o principal membro da organização criminosa, que se dedica a comprar cocaína na Bolívia de Luiz, muito embora esteja planejando ampliar seus fornecedores (diálogo 31 ocorrido no dia 10.11.2008, no qual **Edésio** negocia entorpecente com um tal de Felipe). Uma vez adquirida o entorpecente, este é transportado para o Brasil de avião até fazendas arrendadas pela organização. Uma vez em solo firme, o entorpecente segue para São Paulo em pequenos veículos ou caminhões (diálogo 33 ocorrido no dia 11.11.2008, no qual **Edésio** acompanha, por telefone, a viagem de um carregamento) para finalmente ser entregue aos “clientes”, prováveis membros do Primeiro Comando da Capital - PCC no Estado de São Paulo. O acusado atua financiando a compra da droga na Bolívia e providenciando sua distribuição em território nacional, principalmente na região metropolitana da Grande São Paulo. Os lucros provenientes da atividade criminosa são pagos em dinheiro e veículos, os quais são distribuídos aos membros da organização pelo acusado **Edésio**. Além do processo crime por tráfico ilícito de entorpecentes, **Edésio Ribeiro Neto** também possui antecedentes por crime dos artigos 129, 157, 171 e 180 do Código Penal. (fls. 272-273).

(...)

Dessa forma, tenho por presentes os indícios suficientes da existência dos crimes de tráfico de entorpecentes e associação e lavagem de dinheiro, assim como da autoria ou participação dos representados.

Pelo fato de o Ministério Público Federal não ter apresentado denúncia contra *José Ronaldo Mendes da Silva* e *Maurício de Tal*, indefiro, por ora, a representação pela prisão preventiva desses dois investigados.

Quando ao *periculum in mora* com potencialidade suficiente para violar e menoscabar a ordem pública, assim como frustrar a aplicação da lei penal, entendo presente a ponto de justificar a segregação dos representados.

*Ordem pública e a reiteração criminosa.* A organização criminosa vem sendo investigada há mais de um ano, havendo fortes indícios de que é uma fornecedora de entorpecentes ao PCC - Primeiro Comando da Capital. Todavia, mesmo suspeitando das investigações, a organização não abandonou suas atividades de compra e venda de entorpecentes, o que pode ser constatado por meio da interceptação telefônica, que revela a reiteração criminosa dos representados.

Os integrantes da organização, apesar de suspeitarem da existência das interceptações telefônica e telemática - o fato pode ser constatado a partir do conteúdo de diversos diálogos interceptados - não deixaram intimidar-se pelas investigações, prosseguindo no cometimento, em tese, de uma multiplicidade de crimes da mesma natureza e modus operandi, o que culminou na instauração de inquérito policial e da denúncia dos envolvidos.



*Com a finalidade de ludibriar e dificultar a investigação policial, assim como garantir a continuidade delitiva, mesmo suspeitando da investigação policial, os envolvidos, para assegurar a reiteração criminosa, trocavam constantemente de telefones, assim como utilizam rotineiramente telefones públicos para se comunicar.*

Ora, a reiteração criminosa, não obstada pela prévia suspeita de que os integrantes da organização estariam de fato sendo investigados, revela uma personalidade voltada para a criminalidade, somente podendo ser interrompida mediante a medida extrema da prisão preventiva. Neste sentido: HC n. 86.973-RJ, SRJ, Min. Carlos Velloso, DJ 10.03.2006; HC n. 84.658-PE, STF, Min. Joaquim Barbosa, DJ 03.06.2005; HC n. 84.680-PA, STF, Min. Carlos Britto, DJ 15.04.2005.

O sentido de ordem pública há de ser interpretado em uma visão prospectiva (HC n. 84.352-RJ, STF, Min. Marco Aurélio, DJ 05.11.2004). O bem a ser protegido há de situar-se no futuro e não no passado. Diante da reiteração criminosa, desnudada pelo teor dos diálogos travados entres os integrantes da organização acima colacionados, é possível verificar que a organização criminosa cometia crimes diariamente, fosse comprando, transportando ou vendendo entorpecentes e lavando dinheiro, o que, sem dúvida, violenta a ordem pública a ponto de exigir a sua tutela por meio da segregação dos principais integrantes da organização criminosa.

Ordem pública e a credibilidade das instituições democráticas. As investigações, como já consignado acima, começaram com o objetivo de revelar a existência de crime de tráfico de entorpecentes. Entretanto, no curso das interceptações constatou-se a participação, em tese, de vários policiais civis, os quais integravam a organização mediante o pagamento em dinheiro e veículos pelos serviços prestados.

Excepcionalmente, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já reconheceram a possibilidade da prisão preventiva para fins de preservar a ordem pública e a credibilidade das instituições democráticas. *No caso dos autos, trata-se, em tese, de uma organização infiltrada dentro do aparelho repressor do Estado de Mato Grosso, a Polícia Civil, o que acarreta um sério agravo à credibilidade das instituições democráticas* (HC-QQ n. 85.298-SP, STF, Min. Carlos Britto, DJ 04.11.2005; HC n. 80.717-SP, STF, Min. Ellen Gracie, DJ 05.03.2004; HC n. 42.734-RJ, STJ - 5ª Turma, Min. Felix Fischer, DJ 29.08.2005).

Garantia da aplicação da lei penal. A organização criminosa compra o entorpecente da Bolívia, razão pela qual diversos de seus integrantes constantemente viaja para o país vizinho, a exemplo de *Alaor Gomes Correa Júnior*, que inclusive tem residência em Santa Cruz. É *Alaor* quem entra em contato com *Alexandre Zangarini*, em Santa Cruz, para receber o dinheiro depositado a maior na conta *Maurício de Tal* da F1, por ocasião da última aquisição de entorpecentes. Destarte, por tratar-se de uma organização criminosa internacional, não é pura cogitação, mas é muito concreta a possibilidade de que os seus membros poderão evadir-se do local da culpa para alcançar a impunidade. Segundo o



conteúdo das últimas interceptações, na data de hoje *Maurício de Tal* da F1 está chegando em São Paulo da Bolívia, oportunidade em que irá se encontrar com *Alexandre Zangarini*, que também está em São Paulo, onde embarcará para a Venezuela nesta noite com sua família. *E, ainda, segundo informações repassadas pelo Delegado de Polícia Federal, Edésio Ribeiro Neto, principal articulador da organização criminosa, evadiu-se para país vizinho após ter tomado conhecimento da apreensão da droga, o que inviabiliza a aplicação da lei penal.* (fls. 283-286).

Incensurável, *a toda evidência*, a decisão atacada. Isso porque, não bastasse a menção ao *risco de continuidade da prática da atividade ilícita* por parte do paciente, *notadamente* se considerado o grau de organização dos envolvidos nos fatos em apuração que conta com servidores do Estado, aviões, logística profissional e contato com membros de notória facção criminosa (PCC), há menção ainda no *decisum* em apreço ao fato de o paciente *responder a outras ações penais* o que, inexoravelmente, corrobora o *risco à ordem pública* que implicaria possibilitar-lhe responder ao processo em liberdade.

O grau de organização referido pode ser mensurado, de igual modo, pela *enorme quantidade de droga que era manipulada pelos investigados*. Consta, no *decisum* atacado, que foi apreendida em determinada diligência policial 383 (trezentos e oitenta e três) quilos de cocaína.

Frise-se, mais uma vez, a referência a *incessante atividade ilícita*, mesmo com os investigados cientes de que seriam alvo de interceptações telefônicas, fato constatado devido a constante troca de aparelhos telefônicos por seus integrantes e utilização de aparelhos públicos.

Vale lembrar que a *privação cautelar da liberdade individual* reveste-se de caráter excepcional (HC n. 90.753-RJ, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22.11.2007), sendo *exceção à regra* (HC n. 90.398-SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17.05.2007). Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja deturpada a ponto de configurar uma *antecipação do cumprimento de pena* (HC n. 90.464-RS, *Primeira Turma*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04.05.2007). O *princípio constitucional da não-culpabilidade* se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC n. 89.501-GO, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16.03.2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (*art. 5º, inciso XV, da Carta Magna*) deve-se basear em *base empírica concreta* (HC n. 91.729-SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de

11.10.2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua *real necessidade* (HC n. 90.862-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27.04.2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC n. 92.069-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09.11.2007).

Essa advertência, contudo, não se aplica ao caso em exame, pois demonstrado, à saciedade, a *necessidade da prisão cautelar decretada*.

No caso, conforme já enfatizado, o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado em *dados concretos extraídos dos autos*, que evidenciam que a liberdade do paciente acarretaria *lesão à ordem pública*, uma vez que é acusado de integrar organização criminosa de grande dimensão, voltada à prática do tráfico internacional de drogas ilícitas e lavagem de dinheiro.

Ora, percebe-se, assim, que o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em *dados concretos extraídos dos autos*, sendo que a concessão do paciente em liberdade acarretará *insegurança jurídica* e, por conseguinte, *lesão a ordem pública*, conforme inclusive o que já se decidiu no HC n. 90.726-MG, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, DJU de 16.08.2007.

Neste sentido, cito os seguintes precedentes desta c. Corte:

*Habeas corpus* liberatório. Caça-níqueis. Acusação fundada nos crimes de estelionato, exercício de atividade com infração de decisão administrativa, formação de quadrilha, corrupção ativa, contrabando/descaminho e na contravenção exploração de jogos de azar. Prisão preventiva em 03.12.2007. Medida devidamente justificada. Conveniência da instrução criminal. Fundado risco de destruição de provas documentais. Garantia da ordem pública. Complexa divisão de tarefas. Profissionalismo. Habitualidade da exploração de jogos de azar. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP.

2. *In casu*, a constrição cautelar justifica-se para a garantia da ordem pública, pois a atividade criminosa (exploração de caça-níqueis) desenvolvia-se com profissionalismo, habitualidade e acurada divisão de tarefas, e para a conveniência da instrução criminal, uma vez que fundado o risco de dissipação das provas documentais.

3. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas

providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinqüência.

4. As condições subjetivas favoráveis da paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória.

5. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC n. 99.259-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 19.12.2008).

*Habeas corpus* liberatório. Tráfico de substâncias entorpecentes. Porte ilegal de arma de uso proibido e de uso restrito das Forças Armadas. Paciente policial civil. Associação com grupo criminoso organizado. Inexistência de provas sobre a participação do paciente nos fatos narrados na denúncia. Inadequação da via eleita. Prisão preventiva. Defesa da ordem pública e higidez da instrução criminal. Vedação legal. Norma especial. Lei n. 11.343/2006. Precedentes do STJ. Ordem denegada.

1. Eventual decisão sobre a participação, ou não, do paciente nos fatos narrados na exordial acusatória demandaria, à evidência, revolvimento do acervo probatório, providência essa inexecutável na estreita via cognitiva do *habeas corpus*, nos termos de consolidado entendimento desta Corte Superior.

2. Responde o paciente, em companhia de outros policiais civis, por processo-crime em que se vê incurso nas penas dos arts. 12, *caput*, 13 e 14 da Lei n. 6.368/1976 e, ainda, 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, no caso de Praia Grande-SP, que envolve supostos traficantes, por comércio de drogas, refino e associação para o crime, além de porte de armas de uso proibido e, ainda, outras de uso restrito das Forças Armadas.

3. *O envolvimento do paciente com o crime organizado é motivação suficiente para a decretação de sua custódia cautelar, porquanto deferida para fins de resguardo da ordem pública e da higidez da instrução criminal, seriamente ameaçadas pela promiscuidade observada entre diversos agentes das forças públicas de proteção social e o bando criminoso.*

8. Ordem denegada.

(HC n. 86.242-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 19.05.2008).

*Habeas corpus*. Tráfico internacional de drogas. Vasta atuação. Formação de quadrilha. Bem organizada. Necessidade de dismantelar o grupo criminoso. Prisão preventiva. *Modus operandi*. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Decreto constitutivo devidamente fundamentado. Denegação do *writ*.

1. A real periculosidade do réu, revelada pelo *modus operandi* da organização criminosa, bem como a necessidade de dismantelar o grupo, são motivações idôneas, capazes de justificar o decreto construtivo, por demonstrar a necessidade de se resguardar a ordem pública e a eventual aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

2. A prisão cautelar se concretamente justificada no resguardo da ordem pública, visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que, diante do *modus operandi* do grupo criminoso a que pertence, demonstra ser dotado de alta periculosidade.

3. A alegação de bons antecedentes, primariedade, trabalho habitual e residência fixa não são suficientes para afastar a segregação provisória, quando valores maiores a justificam.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC n. 85.485-RS, 5ª Turma, Relª Minª Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ-MG, DJU de 17.12.2007).

A decretação da prisão cautelar demonstra, outrossim, que a liberdade do paciente acarretaria, de igual modo, *risco de lesão à aplicação da lei penal*. Com efeito, segundo se depreende do decreto, o paciente teria fugido para fora do país após a apreensão de grande quantidade de droga (*quase 400 KG de cocaína*) em poder de apontados comparsas. Não há, assim, qualquer evidência de que, revogada a prisão preventiva, o custodiado aguardará no distrito da culpa o encerramento da instrução.

Sendo assim, a *fuga do paciente*, no caso concreto, demonstra a necessidade da manutenção da custódia cautelar para se assegurar futura aplicação da lei penal.

Nessa mesma esteira é o entendimento desta *Corte*:

*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ausência de requisitos. Não-ocorrência. Paciente foragido. Possibilidade de reiteração. Ordem denegada.

1 - (...).

2 - É suficiente para determinação da prisão preventiva o fato de o paciente evadir-se do local do crime, estando em local incerto e não sabido, sendo capturado apenas dias após a expedição do mandado de prisão.

3 - (...).

4 - A decisão que menciona os requisitos da prisão preventiva, justificando-os com base no caso concreto, é fundamentada e deve ser mantida.

5 - Ordem denegada.

(HC n. 89.300-CE, 5ª Turma, Rel. Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ-MG, DJU de 10.03.2008).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Prisão preventiva. Motivação idônea. Sentença de pronúncia. Manutenção da constrição cautelar. Desnecessidade de nova fundamentação. Ausência de mudança do quadro fático. Ordem denegada.

1. O fato de o paciente, detentor de péssimos antecedentes, encontrar-se foragido desde o início da instrução processual constitui motivação idônea, capaz de justificar o decreto constritivo, por demonstrar a necessidade de assegurar a instrução criminal e garantir a eventual aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

2. (...).

3. (...).

4. *Habeas Corpus* denegado, em conformidade com o parecer ministerial.

(HC n. 90.577/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 10.03.2008).

Por fim, analiso a alegação dos impetrantes no sentido de que a *prorrogação das interceptações telefônicas* seriam nulas, pois além de não serem permitidas sucessivas medidas neste sentido, seriam também destituídas de fundamentação.

Ao apreciar a *quaestio*, consignou o e. Tribunal de origem:

Quanto ao argumento de que a prorrogação da interceptação telefônica seria ilegal, não procede, pois a medida de quebra de sigilo telefônico pode ser prorrogada pelo Judiciário, por quinze dias, mais de uma vez, desde que fundamentadamente, i.e., desde que os elementos até então colhidos sustentem a prorrogação interessa à persecução penal. O que não pode ocorrer é que a medida seja prorrogada sem a competente autorização judicial. *In casu*, note-se que o paciente foi flagrado, nos diálogos interceptados desde 2008, em tratativa de expansão de sua base de fornecedores de entorpecentes, p. ex., não se podendo olvidar da apreensão, ao final da operação, de mais de trezentos e oitenta quilos de cocaína. Deste modo, a prorrogação da medida era mais que necessária para fins de dimensionamento da abrangência da atuação da quadrilha. *De toda sorte, não há nos autos elementos que possibilitem exame detalhado da prorrogação da quebra, pelo que essa alegação da impetração, para vingar, carece de produção probatória, o que, mais uma vez é vedado na presente via.* (fls. 239-240).

Esta Corte, recentemente, a propósito do tema, decidiu que: “*Nenhuma ilegalidade há no deferimento de pedidos de prorrogação do monitoramento telefônico, que deve perdurar enquanto for necessário às investigações.*” (HC n. 133.037-GO,

6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ-SP, DJU de 17.05.2010). Perfilha-se a essa linha de inteligência a c. 5ª Turma deste e. Tribunal: “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.” (HC n. 116.374-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 1º.02.2010).

Portanto, a prorrogação das interceptações, por si só, não implica nulidade. E, por outro lado, conforme resai do acórdão reprochado, não foi examinado o conteúdo das decisões atacadas pela defesa, e portanto a fundamentação, o que impede, nesta parte, a análise do pleito, sob pena de *indevida supressão de instância*.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É o voto.

---

#### HABEAS CORPUS N. 163.191-DF (2010/0031514-0)

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal

Advogado: Wemer Hesbom - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Eduardo Rodrigues de Sousa (preso)

---

#### EMENTA

*Habeas corpus* liberatório. Homicídio qualificado. Prisão em flagrante delito em 13.05.2009. Sentença de pronúncia. Manutenção da custódia cautelar devidamente fundamentada. Aplicação da lei penal. Tentativa de fuga. Garantia da ordem pública. Real periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi* (atirar, em via pública, contra criança de 5 anos, apenas para testar a arma). Condições subjetivas favoráveis. Irrelevância. Parecer do MPF pela concessão do *writ*. Ordem denegada.

1. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que indefere a liberdade provisória ao paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP.

2. Na hipótese, a prisão cautelar encontra-se suficientemente fundamentada como garantia da aplicação da lei penal, em razão da tentativa de fuga do paciente que, e para resguardar a ordem pública, em face da real periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi* (atirar, em via pública, contra criança de 5 anos, apenas para testar a arma).

3. Condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a custódia cautelar, quando presentes os seus pressupostos legais.

4. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 18.10.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Eduardo Rodrigues de Sousa*, preso em flagrante delito em 13.05.2009 e denunciado como incurso no art. 121, § 2º, II do CPB (homicídio qualificado), em adversidade ao acórdão proferido pelo TJDF, que manteve a constrição cautelar do paciente:

*Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Pronúncia. Homicídio qualificado. Continuidade do motivo determinante da constrição. Denegação da ordem.

Paciente, no caso, pronunciado por incursão nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, preso em flagrante. Manutenção, na sentença de pronúncia, da custódia do paciente, para garantir a ordem pública.

Com a manutenção da constrição, de forma fundamentada, não merece deferimento o pedido de liberdade.

A prisão do paciente, antes decorrente do flagrante, agora encontra novo título na sentença de pronúncia e constricto deverá permanecer até o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Não evidenciada ilegalidade na coação, denega-se a ordem (fls. 102).

2. Alega-se, em síntese, a existência de constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação do decreto prisional e, ainda, ressalta as condições pessoais favoráveis do paciente.

3. Indeferido o pedido de liminar (fls. 112); o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Maurício Vieira Bracks*, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 118-122).

4. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Discute-se aqui a legalidade da prisão cautelar do paciente, tendo sido denunciado pela prática dos crimes de homicídio qualificado, alegando-se, para tanto, falta de fundamentação idônea da decisão de pronúncia que manteve a custódia do réu e condições pessoais favoráveis.

2. A exigência de fundamentação do decreto judicial de prisão cautelar, seja temporária ou preventiva, *tem atualmente o inegável respaldo da doutrina jurídica mais autorizada e da Jurisprudência dos Tribunais do País*, sendo, em regra, inaceitável que só a gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação, antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da *presunção de inocência*.

3. Por conseguinte, é fora de dúvida que o decreto de prisão cautelar há de explicitar a *necessidade* dessa medida vexatória, indicando os motivos que a tornam indispensável, dentre os elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 do mesmo Código.



4. *In casu*, a segregação provisória foi mantida pelo Juízo processante, quando da pronúncia do réu, pautando-se na garantia da aplicação da lei penal, dada a tentativa de evasão do distrito da culpa e na garantia da ordem pública diante da ousadia da atuação do paciente que com emprego de arma de fogo, em plena via pública, desferiu disparo de arma de fogo na cabeça de uma criança de 5 anos, para testar a arma que lhe foi emprestada. Confira-se, no que interessa, a sentença de pronúncia:

Mantenho a segregação cautelar do agente, uma vez que o réu veio a fugir do local dos fatos, logo após o suposto cometimento da conduta criminosa. Além disso, o crime foi praticado, em tese, com emprego de arma de fogo e em plena via pública, o que demonstra, teoricamente, a ousadia e o destemor do agente quanto à atuação estatal, merecendo, pois, permanecer confinado para a garantia da ordem pública (fls. 34).

5. Verifica-se, assim, que o decreto construtivo não se ressent de fundamentação, mas está respaldado em justificativas idôneas e suficientes à manutenção da segregação provisória, como forma de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal. Com efeito, não se mostra desarrazoada a manutenção da custódia cautelar de pessoa que teve intenção de ficar foragida, pois demonstrada a intenção de frustrar a aplicação da lei penal.

6. Neste sentido, o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

*Habeas corpus*. Processo Penal. Prisão preventiva. Excesso prazal. Encerrada a instrução criminal. Súmula n. 52 deste STJ. Fundamentação concreta do decreto prisional. Periculosidade do agente. Garantia da ordem pública. Tentativa de fuga. Assegurar a aplicação da lei penal. Ordem denegada.

(...).

2. Deve ser mantido o decreto prisional fundamentado em elementos concretos, especialmente na periculosidade do agente, na reiteração criminosa, na violência empregada contra a vítima, na tentativa de fuga, dentre outros.

3. Ordem denegada (HC n. 56.966-PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 26.03.2007).

7. Ressalte-se que, consoante entendimento já pacificado nesta Corte Superior, bem como no Pretório Excelso, as condições subjetivas favoráveis da paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória, se há nos autos

elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em apreço.

8. Ante o exposto, denega-se a ordem, em conformidade com o parecer ministerial.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 856.706-AC (2006/0114492-0)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Relator para o acórdão: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre

Recorrido: Maurino Mello da Silva

Advogado: Roberto Lessa Catão

---

**EMENTA**

Penal. Recurso especial. Crime de tortura. Art. 1º, § 1º da Lei n. 9.455/1997. Reavaliação do conjunto probatório. Possibilidade. Tipo que não exige especial fim de agir. Sofrimento físico intenso imposto à vítima (preso). Restabelecimento da condenação.

I - *A reavaliação da prova* ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a solução da *quaestio*, não implica o *vedado reexame* do material de conhecimento (*Precedentes*).

II - Consta no v. acórdão vergastado que a *vítima foi agredida* por policial civil enquanto se encontrava presa. Dessas agressões resultaram *lesões graves* conforme atestado por laudo pericial. A vítima, dessa forma, foi submetida a *intenso sofrimento físico*. Em tal contexto, não há como afastar-se a figura típica referente à tortura prevista no art. 1º, § 1º da Lei n. 9.455/1997.

III - Referida modalidade de tortura, ao contrário das demais, não exige, para seu aperfeiçoamento, *especial fim de agir* por parte do agente, bastando, portanto, para a configuração do crime, *o dolo de praticar a conduta descrita no tipo objetivo*.

IV - O *Estado Democrático de Direito* repudia o tratamento cruel dispensado pelo seus agentes a qualquer pessoa, *inclusive aos presos*. Impende assinalar, neste ponto, o que estabelece a *Lex Fundamental*, no art. 5º, inciso XLIX, segundo o qual os presos conservam, mesmo em tal condição, o direito à *intangibilidade de sua integridade física e moral*. Desse modo, é inaceitável a imposição de *castigos corporais aos detentos*, em qualquer circunstância, sob pena de censurável violação aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Recurso especial provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer, os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi.

Votou vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz que não conhecia do recurso.

Brasília (DF), 06 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 28.06.2010

#### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Acre*, contra acórdão proferido na apelação criminal n. 2005.001618-7, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal.

Consta nos autos que o Recorrido foi condenado à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e à perda do cargo de agente de polícia civil, pela prática do crime do art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/1997.

Contra essa sentença, a Defesa interpôs apelação criminal, que foi parcialmente provida, para desclassificar a condenação para o crime do art.

129, § 1º, inciso I, do Código Penal, redimensionando a pena para 02 anos de reclusão, em regime aberto. Com essa pena, o Tribunal *a quo* declarou extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva superveniente. O acórdão restou assim ementado:

Apelação criminal. Penal e Processual Penal. Crime de tortura. Comportamento agressivo da vítima. Alto grau de sensibilidade emotiva do réu. Excedimento nos maus tratos, apresentação de seqüelas. Desclassificação para crime de lesões corporais leves. Impossibilidade. Apelo parcialmente provido.

Não comprovado o intenso sofrimento a que a vítima tenha sido submetida, não há que se falar em tortura, mas sim, em lesões corporais, *in casu*, lesões corporais graves, pelas seqüelas apresentadas pela vítima, comprovadas no anexo fotográfico. (fl. 198)

Irresignado, o Ministério Público interpôs o presente recurso especial, alegando contrariedade ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/1997, sob o argumento de que, para o reconhecimento do crime de tortura “basta que a vítima esteja presa e seja submetida a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal, não se exigindo que o sofrimento da vítima tenha sido intenso, como interpretou o acórdão recorrido” (fl. 219).

Assim, requer a cassação do acórdão hostilizado e o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

Contrarrazões às fls. 236-240.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a**, da CF. Crime de tortura. Desclassificação no Tribunal para lesões corporais graves. Declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Violação ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/1997. Inexistência. Ausência de intenção de causar sofrimento ao preso. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do nobre apelo. (fl. 255)

É o relatório.

#### VOTO VENCIDO

Ementa: Recurso especial. Penal. Crime de tortura. Desclassificação para lesões corporais graves. Ausência do dolo específico. Verbete Sumular n. 7 do STJ. Recurso desprovido.

1. Para caracterizar o crime de tortura previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/1997, é indispensável demonstrar que o agente pretendeu, deliberadamente, submeter a vítima, então encarcerada, a sofrimento físico ou mental.

2. Após percuciente análise do contexto probatório, o Tribunal *a quo* desclassificou o crime de tortura para o de lesão corporal grave, tendo em vista a falta do dolo específico.

3. No caso, o propósito recursal de restabelecer a condenação pelo crime de tortura implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso não conhecido.

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A controvérsia está centrada na possibilidade de desclassificar o crime de tortura para o crime de lesões corporais, tendo em vista a ausência de submissão da vítima a intenso sofrimento.

O acórdão hostilizado está assim fundamentado, *in verbis*:

01. Consta dos autos, que no dia 27 de dezembro de 1998, por volta das 16 horas, no município de Cruzeiro do Sul, a vítima Nanci Queiroz de Oliveira, foi detida em um bar, por policiais militares, no momento em que, de posse de um terçado, ameaçava a vida de um terceiro, sendo, de imediato, detida e encaminhada a Delegacia Central daquele município.

02. Uma vez encarcerado em uma das celas da Delegacia Geral de Polícia do município de Cruzeiro do Sul, Nanci Queiroz de Oliveira, sem motivo aparente, começou a gritar e agredir verbalmente os policiais que ali se encontravam de plantão. Não se dando por satisfeito, em ato contínuo, passou a se debater nas grades da cela e agredir fisicamente os outros dois detentos Charles Tavares e Carlos Viana, com quem dividia a cela do Distrito Policial.

03. Diante de tais fatos, o apelante, a época nas funções de policial civil, juntamente com outro colega policial Raimundo de Oliveira Moura, conhecido por "DAU", ambos pertencentes a equipe plantonista daquele dia, no intuito de impedir que algo pior viesse a acontecer, adentraram na cela e retiraram os dois outros detidos que lá se encontravam, deixando somente a vítima, que ficou algemada nas grades da cela.

04. Logo em seguida, após sofrer vários despautérios, como ser chamado de "corno", insultos que lhe foram dirigidos pela vítima, a apelante na posse das chaves e de um cassete, entrou na cela e passou a agredi-la, desferindo-lhe

pancadas nas costas e nas nádegas, que somente cessaram ante a intervenção do policial “DAU”, que retirou o apelante da cela.

(...)

08. Em uma análise mais profunda dos autos, percebo que as alegações apresentadas pela defesa são coerentes em parte e encontram-se respaldadas nos depoimentos dos companheiros de cela da vítima e dos policiais que se encontravam de plantão no dia dos fatos.

(...)

17. *A atitude tomada pelo apelante, ao conter a algazarra que era promovida pela vítima, demonstrou-se, em que pese excessiva, como forma de apaziguar os ânimos e controlar a vítima, que, enfurecida, fortuitamente, proferia diversas provocações aos policiais e agredia fisicamente os outros colegas de cela.*

18. *Disso tudo, podemos observar que a intenção do apelante não era causar intenso sofrimento a vítima, mas sim de acalmá-la, evitando, com isso, que ela pudesse causar uma mal pior a sua própria pessoa.*

(...)

20. Assim, considerando que o direito não se estriba em conjecturas, *in casu*, não há que se falar em crime de tortura, mas sim de lesões corporais graves, pelas sequelas apresentadas na vítima que são claramente visíveis pelas fotos juntadas nos autos. Motivo pelo qual, desclassifico o crime imputado ao apelante, para condená-lo nas sanções do art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal. (fls. 200-202; sem grifo no original)

O artigo tido por violado dispõe, *in litteris*:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

(...)

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

O Tribunal *a quo*, ao desclassificar a conduta para o crime de lesão corporal grave, consignou que a intenção do Réu não era submeter deliberadamente a vítima a intenso sofrimento, “mas sim de acalmá-la, evitando, com isso, que ela pudesse causar uma mal pior a sua própria pessoa”.

Importante ressaltar que, para caracterizar o crime do art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/1997, é indispensável demonstrar que o agente pretendeu, deliberadamente, submeter a vítima, então encarcerada, a sofrimento físico ou mental.

Aplica-se, por analogia, o seguinte precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. REsp. Tortura qualificada por morte. Desclassificação para crime de maus-tratos qualificado pela morte promovida pelo Tribunal *a quo*. Revisão da decisão. Impossibilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso não-conhecido.

I. A figura do inc. II do art. 1º, da Lei n. 9.455/1997 implica na existência de vontade livre e consciente do detentor da guarda, do poder ou da autoridade sobre a vítima de causar sofrimento de ordem física ou moral, como forma de castigo ou prevenção.

II. O tipo do art. 136, do Código Penal, por sua vez, se aperfeiçoa com a simples exposição a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, em razão de excesso nos meios de correção ou disciplina.

III. Enquanto na hipótese de maus-tratos, a finalidade da conduta é a repreensão de uma indisciplina, na tortura, o propósito é causar o padecimento da vítima.

IV. Para a configuração da segunda figura do crime de tortura é indispensável a prova cabal da intenção deliberada de causar o sofrimento físico ou moral, desvinculada do objetivo de educação.

V. Evidenciado ter o Tribunal *a quo* desclassificado a conduta de tortura para a de maus tratos por entender pela inexistência provas capazes a conduzir a certeza do propósito de causar sofrimento físico ou moral à vítima, inviável a desconstituição da decisão pela via do recurso especial.

VI. Incidência da Súmula n. 7-STJ, ante a inarredável necessidade reexame, profundo e amplo, de todo conjunto probatório dos autos.

VII. Recurso não conhecido, nos termos do voto do relator. (REsp n. 610.395-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)

Assim, após percuciente análise do contexto probatório dos autos, o Tribunal de origem entendeu que não há o dolo específico para imputar ao Réu o crime de tortura, não sendo possível, em sede de apelo extremo, rever essa conclusão.

O recurso especial não se presta à reanálise de questões fato, pois é outra sua missão, qual seja, o controle da vigência e da uniformidade de interpretação das normas infraconstitucionais. No caso, o propósito recursal implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Ante o exposto, *não conheço* do recurso especial.

É como voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Antes de adentrar o mérito da *quaestio*, procedo a um breve retrospecto do feito.

Depreende-se dos autos que o recorrido restou denunciado como incurso nas sanções do art. 1º, §§ 1º e 4º, inciso I, da Lei n. 9.455/1997. Ao final da instrução foi julgada procedente a denúncia, condenado o réu a uma pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além da perda do cargo de agente da Polícia Civil.

Interposto, foi dado provimento ao recurso de apelação para desclassificar a imputação para o crime de lesões corporais graves. Redimensionada a reprimenda, declarou-se extinta a punibilidade em razão do advento da prescrição da pretensão punitiva.

O *Parquet* Estadual então interpôs recurso especial apontando violado o art. 1º, § 1º da Lei n. 9.455/1997. Asseverou estar comprovada a prática do crime de tortura, uma vez presentes todos os elementos do tipo.

A eminente Ministra Relatora *não conheceu o recurso especial* aviado ao fundamento de que o exame da pretensão nele veiculada exigiria o revolvimento de matéria fático-probatória.

Pedi vista dos autos e, após detido exame do v. acórdão vergastado em confronto com as razões declinadas no apelo raro, *peço venia* à eminente Relatora para divergir da solução por ela alcançada.

*Em primeiro lugar*, verifico que o exame da pretensão trazida no recurso especial *não esbarra* no óbice decorrente da aplicação da *Súmula n. 7 desta Corte*.

A questão, a meu ver, exige tão somente a *reavaliação dos fatos* delineados no v. acórdão recorrido e não o reexame de matéria probatória.

Neste ponto, cumpre tecer algumas considerações acerca da *diferença existente* entre *reexame* e *reavaliação* de prova.



**Rodolfo de Camargo Mancuso** (*ob. cit.* p. 102-104), sempre amparado em jurisprudência originária da instância incomum, mostra que a *reavaliação* de elementos aceitos por acórdão é *quaestio iuris*. **Ulderico Pires dos Santos**, analisando o tema (*in* “RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO” UPS Editorial, p. 34), ensina: “Mas examinar se os seus juízes malferiram o direito à prova, se negaram o direito que as partes têm de produzi-la, isto é, se a sua produção foi requerida *ex vi legis*, essa é uma faculdade que não pode ser negada aos juízes dos apelos maiores”. *Isto, após alertar que*: “Acrescentamos que não é só em consequência do erro de direito que pode haver má valoração da prova. *Ela pode decorrer também do arbítrio do magistrado ao negar-se a admiti-la*” (*ob. cit.*, p. cit). Na doutrina alienígena, alertando para a evolução do tema, **Castanheira Neves** assevera que: “Por outro lado, as questões de controle sobre pontos tradicionalmente incluídos na ‘questão-de-facto’, ou cujo controle autônomo, já hoje amplamente admitido tanto pela jurisprudência dos Ss. Ts. como pela doutrina, não exclui a intervenção em domínios que pertenceriam à questão de facto. Pensemos no controle da ‘*defaut de base légale*’; no controle do ‘dever da averiguação da verdade’, com o respeito pelos ‘factos notórios’ e a exigência de concludente motivação na censura dos desvios de poder relativos ao cumprimento da objetividade probatória, etc; ponto este que se encontra, em momentos decisivos, diretamente relacionado com as questões de controle em geral das violações das ‘regras da experiência’, e das violações das ‘leis do pensamento’. Consideraremos ainda as questões muito discutidas relativas à admissibilidade de uma censura em ‘revista’ quer da ‘manifesta contradição com os autos’, vício que a doutrina alemã designa por *Aktenwidrigkeit*.” (*in* “DIGESTA”, vol 1º, p. 529, **Coimbra** Editora, 1995). E, quanto aos precedentes, que não são poucos, em torno da *reavaliação da prova*, tem-se da compilação feita por **Samuel Monteiro** (*in* “RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO”, 1ª ed., p. 228-241):

Insisti naquele ponto de que o juiz, evidentemente, na apreciação da prova, tem uma latitude muito grande (nunca lhe negamos) mas ele não a tem por arbítrio e *sim fundamentando lógica e racionalmente porque se afasta de uma determinada prova.*

(E. REXT. - n. 78.036-GO - STF, *Tribunal Pleno*, Relator Ministro *Aliomar Baleeiro*, RTJ 72/477-478).

Enfim, no recurso especial não se pode examinar mera *quaestio facti* ou *error facti in iudicando*. Todavia, o *error iuris in iudicando* (inclusive, o proveniente de

equivoco na valoração das provas) e o *error in procedendo* podem ser objeto do apelo especial.

Neste sentido:

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídio culposo. Art. 386, inciso VI do CPP. Livre convencimento e convicção íntima. Reexame (Súmula n. 7-STJ) e reavaliação da prova.

I - A reavaliação da prova especificamente admitida e delineada no acórdão recorrido não implica em reexame vedado na instância incomum. O equívoco, evidenciado no julgado, sobre critério de apreciação do material cognitivo, ferindo regras jurídicas ou, então, de experiência, é *error iuris* e não *error facti*.

II - O *princípio do livre convencimento*, que exige fundamentação concreta, vinculada à prova dos autos, não se confunde com o *princípio da convicção íntima*.

III - Viola o disposto no art. 386, inciso VI do CPP, o reconhecimento de dúvida ou de *non liquet*, aonde, de plano, pela prova especificamente admitida no próprio acórdão, e havida como suficiente, tal situação inexistente.

Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp n. 184.156-SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 09.11.1998).

Impende ressaltar que esta conclusão - *segundo a qual o que se tem é a mera reavaliação do conjunto probatório descrito no acórdão atacado, e não o vedado reexame de provas* - ressaí dos dados descritos no *decisum* atacado e, de igual modo, dos limites conferidos à insurgência aviada que, registre-se, momento algum pretende que se proceda à análise do contexto probatório que se encontra fora dos limites do acórdão objurgado.

Ultrapassada esta barreira, impõe-se verificar se a desclassificação operada em segundo grau deve ser mantida.

Reproduzo do acórdão recorrido o mesmo excerto que consta no voto da eminente Relatora, *verbis*:

01. Consta dos autos, que no dia 27 de dezembro de 1998, por volta das 16 horas, no município de Cruzeiro do Sul, a vítima Nanci Queiroz de Oliveira, foi detida em um bar, por policiais militares, no momento em que, de posse de um terçado, ameaçava a vida de um terceiro, sendo, de imediato, detida e encaminhada a Delegacia Central daquele município.

02. Uma vez encarcerado em uma das celas da Delegacia Geral de Polícia do município de Cruzeiro do Sul, Nanci Queiroz de Oliveira, sem motivo aparente, começou a gritar e agredir verbalmente os policiais que ali se encontravam de plantão. Não se dando por satisfeito, em ato contínuo, passou a se debater nas

grades da cela e agredir fisicamente os outros dois detentos Charles Tavares e Carlos Viana, com quem dividia a cela do Distrito Policial.

03. *Diante de tais fatos, o apelante, a época nas funções de policial civil, juntamente com outro colega policial Raimundo de Oliveira Moura, conhecido por "DAU" ambos pertencentes a equipe plantonista daquele dia, no intuito de impedir que algo pior viesse a acontecer, adentraram na cela e retiraram os dois outros detidos que lá se encontravam, deixando somente a vítima, que ficou algemada nas grades da cela.*

04. *Logo em seguida, após sofrer vários despautérios, "como ser chamado de 'cornô', insultos que lhe foram dirigidos pela vítima, a apelante na posse das chaves e de um cassetete, entrou na cela e passou a agredi-la, desferindo-lhe pancadas nas costas e nas nádegas, que somente cessaram ante a intervenção do policial "DAU", que retirou o apelante da cela.*

(...)

08. Em uma análise mais profunda dos autos, percebo que as alegações apresentadas pela defesa são coerentes em parte e encontram-se respaldadas nos depoimentos dos companheiros de cela da vítima e dos policiais que se encontravam de plantão no dia dos fatos.

(...)

17. *A atitude tomada pelo apelante, ao conter a algazarra que era promovida pela vítima, demonstrou-se, em que pese excessiva, como forma de apaziguar os ânimos e controlar a vítima, que, enfurecida, fortuitamente, proferia diversas provocações aos policiais e agredia, fisicamente os outros colegas de cela.*

18. *Disso tudo, podemos observar que a intenção do apelante não era causar intenso sofrimento a vítima, mas sim de acalmá-la, evitando, com isso, que ela pudesse causar uma mal pior a sua própria pessoa.*

(...)

20. Assim, considerando que o direito não se estriba em conjecturas, in casu, não há que se falar em crime de tortura, mas sim de lesões corporais graves, pelas sequelas apresentadas na vítima que são claramente visíveis pelas fotos juntadas nos autos. Motivo pelo qual, desclassifico o crime imputado ao apelante, para condená-lo nas sanções do art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal. (fls. 200-202; sem grifo no original)

Assim, em breve resumo tem-se: a vítima, que se encontrava detida, sob a responsabilidade dos agentes estatais, apresentou comportamento violento e incontido, uma vez que debatia-se, e, além disso, ofendia os policiais e agredia outros companheiros de cela. No intuito de cessar este quadro, o recorrido, acompanhado por outro policial, retirou os outros detentos da cela. Daí, neste momento, surge o fato principal. *O recorrido, ao ser provocado e ofendido pela*

*vítima, adentra na cela munido de um cassetete e começa a nela desferir golpes, cessados somente em virtude de intervenção de terceira pessoa.*

Tenho para mim que o aperfeiçoamento do tipo previsto no *art. 1º, § 1º da Lei n. 9.455/1997* é evidente. Dessa forma, não vejo como justificar e manter a desclassificação para o delito de lesões corporais graves.

Com efeito, dispõe o referido artigo:

Art. 1º Constitui crime de tortura

(...)

§ 1º. Na mesma pena incorre quem submete *pessoa presa* ou sujeita a medida de segurança a *sofrimento físico* ou mental, por intermédio da prática de *ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal*. (grifos aditados)

Conforme já demonstrado, não paira dúvida de que o sujeito passivo encontrava-se preso. Do mesmo modo, não se questiona que lhe foi imposto sofrimento físico que, a toda evidência, *pode ser qualificado* como intenso. Tanto que a acusação foi desclassificada para o tipo de *lesões corporais graves*, a evidenciar que as lesões sofridas pela vítima foram intensas, assim como o sofrimento por ela suportado.

Ao comentar o crime em exame leciona **Alberto Silva Franco** que:

Em qualquer dessas situações, o preso não pode ser submetido a sofrimento físico ou psíquico que mereça a qualificação de intenso. Colocar o preso em cela forte, *lesioná-lo em sua integridade física, como medida de disciplina*, privá-lo do banho de sol, impedi-lo de receber visitas de familiares, obrigá-lo à realização de trabalhos perigosos ou superiores às suas condições físicas são alguns exemplos de tortura imposta a “*pessoa presa*.” (Fls. 3.103) (*in “Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial”, V. 2, 7ª edição, Editora RT, São Paulo, 2001 p. 3.103*).

Verifica-se que para justificar a desclassificação do delito, inicialmente capitulado como modalidade de tortura, a e. Corte de origem asseverou que “a intenção do apelante não era causar intenso sofrimento a vítima, mas sim acalmá-la, evitando, com isso, que ela pudesse causar mal pior a sua própria pessoa”.

Ora, a partir da análise dos dados transcritos do v. acórdão vergastado surge, *de forma inconteste*, que a intenção do recorrido foi sim, ao contrário do que restou decidido, a de *impor sofrimento à vítima*. Tanto que a violência somente teve início quando o recorrido passou a ser por aquela ofendido e

não quando a vítima agredia os demais detentos (hipótese em que se poderia, ao menos em tese, invocar a dirimente do *estrito cumprimento do dever legal* no intuito de fazer cessar a agressão). Revela-se, desse modo, nítida a intenção de aplicar um “*corretivo*” ao detento que, à luz do disposto no art. 1º, § 1º da Lei n. 9.455/1997 trata-se de uma forma de tortura.

Vale destacar, a propósito, a *inexistência de especial fim de agir* nesta modalidade de tortura (Neste sentido: **Sheila Bierrenbach e Marcellus Polastri Lima** in “*Comentários à Lei de Tortura - Aspectos penais e Processuais Penais*”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 70; **Guilherme de Souza Nucci** in “*Leis penais e processuais penais comentadas*”, 3ª edição, Editora RT, São Paulo, 2008, p. 1.093 e **Antonio Lopes Monteiro** in “*Crimes hediondos*”, 8º edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, p. 98), bastando, portanto, para a configuração do crime, o dolo de praticar a conduta descrita no tipo objetivo.

Aliás, neste aspecto - *ausência de especial fim de agir* - esta modalidade de tortura *diferencia-se* das demais previstas no texto legal que, por outro lado, exigem sua presença. Ou seja, as formas de tortura descritas no *art. 1º, incisos I e II* somente se perfazem se tiver agido o agente imbuído por uma *finalidade específica*. No caso do inciso I, para “obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; provocar ação ou omissão de natureza criminosa e por motivo de discriminação racial ou religiosa”. Já no caso do inciso II, no intuito de “aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.” Daí não se aplicar à espécie o precedente invocado pela eminente Ministra Relatora que trata de modalidade diversa de tortura (art.1º, inciso II da Lei n. 9.455/1997).

Em resumo: se a vítima é pessoa que se encontra presa, como *in casu*, não se exige o especial fim de agir na conduta do agente.

Ademais, consta que a agressão cessou *somente em virtude da intervenção de terceiro*, outro elemento a confirmar que o ataque do recorrido *visava*, exclusivamente, *impor sofrimento físico à vítima*, e não para buscar a manutenção ou restauração da ordem no presídio.

Não há, neste caso, a prática de um delito de lesões corporais graves. O *princípio da especialidade* exige o enquadramento, a justaposição da conduta, ao crime previsto no *art. 1º, § 1º da Lei n. 9.455/1997*, pois pessoa presa foi submetida a sofrimento físico intenso e o ato não estava previsto em lei nem resultava de medida legal.

Portanto, todos os elementos do tipo ajustam-se à conduta do recorrido.

Por fim, impõem-se sublinhar, por necessário, que o *Estado Democrático de Direito* repudia o tratamento cruel dispensado pelo seus agentes a qualquer pessoa, *inclusive aos presos*. Impende assinalar, neste ponto, o que estabelece a *Lex Fundamentalís*, no art. 5º, inciso XLIX, segundo o qual os presos conservam, mesmo em tal condição, o direito à *intangibilidade de sua integridade física e moral*. Desse modo, é inaceitável a imposição de *castigos corporais aos detentos*, em qualquer circunstância, sob pena de censurável violação aos direitos fundamentais da pessoa humana.

É por essa razão que o Estado brasileiro subscreveu, na órbita internacional, documentos que se notabilizam pelo repúdio a qualquer forma de tortura (*Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica* *Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes* e a *Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura*) como forma de garantir o irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana.

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

É o voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 1.077.975-RJ (2008/0167729-1)

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Relator para o acórdão: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro  
(Desembargador convocado do TJ-AP)

Recorrente: Temilson Antônio Barreto de Resende

Advogado: Fernando Máximo de Almeida Pizarro Drummond e outro(s)

Recorrido: Ministério Público Federal

---

#### EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Admissibilidade. Exaurimento de instância. Voto médio. Restrição ao *quantum*. Majoração da pena declarada por unanimidade de votos pelo Tribunal

recorrido. Conhecimento. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Pena-base fixada no máximo legal. Fundamentação insuficiente e desmotivada. Exasperação não justificada.

1. O voto médio restrito ao *quantum* da pena não desafia embargos infringentes quando definitivo e unânime o acolhimento da tese de exasperação da pena em sede de recurso de apelação manejado pelo *Parquet*, notadamente quando, no caso concreto, essa unanimidade foi declarada expressamente em julgamento de Embargos de Declaração pelo Tribunal recorrido, também por unanimidade.

2. Não se pode exasperar a pena por uma denúncia em abstrato, por um crime não tipificado nos autos, sem que houvesse a acusação formal na denúncia. Tampouco pode o Tribunal *a quo* avocar para si a *emendatio libeli* em sede de recurso de apelação, sem oportunizar ao acusado os princípios do contraditório e ampla defesa, pouco importando a natureza e gravidade do delito cometido.

3. É vedada a majoração da pena-base ao máximo sem a devida fundamentação no tocante a presença de todas as circunstâncias judiciais a ensejar tal aplicação máxima - Precedentes desta Eg. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC n. 97.796-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27.03.2008, DJe 26.05.2008; HC n. 60.166-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 09.10.2006 p. 332; entre outros).

4. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa extensão provido.

## ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Honildo Amaral de Melo Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que não conhecia do recurso.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp (art. 162, § 2º do RISTJ).

Sustentou oralmente na sessão de 14.09.2010: Dr. Fernando Máximo de Almeida Pizarro Drummond (p/ recte)

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator para o acórdão

---

DJe 27.09.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Temilson Antônio Barreto de Resende*, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do art. 105, III da Carta Magna, em adversidade ao acórdão proferido pelo TJRJ, assim ementado:

Direito Penal e Direito Processual Penal. Interceptação ilegal de comunicações telefônicas.

I - Não é suficiente para a comprovação das alegações dos apelados, no sentido de que a providência cautelar penal impugnada - interceptação telefônica - atentou contra a novel ordem jurídica instaurada com a Carta de 1988, a mera referência a dispositivos do referido diploma, especialmente diante da extensão e do alcance das normas que traduzem os princípios constitucionais.

II - A produção antecipada de prova deve ser praticada com estrita observância da ampla defesa e do contraditório, sem que implique ofensa a esses ditames a realização da providência sem a participação dos outrora investigados, dadas as peculiaridades do caso concreto, mormente se repetido o ato no curso da instrução criminal.

III - Não importa valoração tendenciosa da prova o juízo, em sentença, sobre o conteúdo do material objeto da cautelar penal já mencionada, se firmado também com base em dados decorrentes da delação premiada, instituto que se mostra salutar frente a determinados ilícitos.

V - A denúncia atendeu ao previsto no artigo 41, do Código de Processo Penal, ao conter pormenorizadamente a exposição do fato criminoso, com todas as



suas circunstâncias, e sua capitulação legal, delimitando a participação de cada acusado no evento danoso, além de identificar os agentes.

VI - A inconclusiva participação de dois dos denunciados - *João Guilherme e Gerci* - não representa empeco ao reconhecimento da presença de elementos que denota a autoria e da materialidade com relação aos outros dois acusados - *Temilson e Adilson*.

VII - Se o conteúdo da interceptação telefônica, realizada de maneira sigilosa, foi posteriormente divulgado para terceiros, por alguns dos réus (*Temilson e Adilson*), integrantes da Administração Pública e que foram condenados pela sentença impugnada ante a manifesta ilicitude da conduta, por ausência de autorização judicial nesse sentido, conduta essa que se tornou ainda mais lesiva ante os fins espúrios colimados - a comercialização dos dados obtidos -, é perfeitamente admissível a majoração das penas como forma de tornar proporcional a resposta penal do Estado.

VIII - Parcial provimento do recurso do Ministério Público.

IX - Desprovimento do recurso de apelação dos réus. (fls. 3.403-3.404).

2. Dos autos extrai-se que o recorrente e outras quatro pessoas foram denunciadas como incurso no art. 10 da Lei n. 9.296/1996 (interceptação de comunicação telefônica sem autorização para tanto). Segundo a denúncia, eram vítimas do feito e, portanto, tiveram a intimidade esquadrihada *André Pinheiro de Lara Resende, José Pio Borges de Castro, Luiz Carlos Mendonça de Barros, Jair Antônio Bilacchi, Daniel Valente Dantas, Pérsio Arida e Fernando Henrique Cardoso*, então Presidente da República.

3. Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente o pedido condenatório. Condenados foram o recorrente e *Adilson Ancântara de Matos* pela prática da conduta prevista no art. 10 da Lei n. 9.296/1996 c.c. art. 61, II, g, e 71 do CPB.

4. Em seguida, houve Apelações do Ministério Público Federal - pugnando pela condenação dos absolvidos e aumento da pena dos demais - e dos condenados, que pediam a cassação da sentença em razão de vícios processuais que alegavam presentes (cerceamento de defesa, dentre outros), bem como fossem inocentados em razão da insuficiência do lastro probatório.

5. No Recurso Especial, alega-se, em síntese, (a) ofensa aos arts. 93, III e 94 da CF, porquanto haveria nulidade processual decorrente da composição do Tribunal de Apelação, que se fez, por maioria, por Juízes de primeira instância convocados; (b) violação dos arts. 13 da Lei n. 9.807/1999 e 564 do CPP, uma vez que a oitiva, como testemunha, daquele que, segundo sustenta-se, deveria ter sido identificado como corréu, induziu a defesa a erro, fato que, por si só,

gera nulidade por restrição à ampla defesa e, em razão disso, o perdão judicial concedido é questionado; (c) contrariedade ao art. 386, VI do CPP, porque não haveria prova suficiente a permitir o decreto condenatório e; (d) afronta aos arts. 44 e 59 do CP, ante a desproporcionalidade na fixação da reprimenda.

6. Com contrarrazões (fls. 3.536-3.544), o Recurso Especial foi admitido (fls. 3.547-3.548). O parecer do MPF é pelo não conhecimento do recurso.

7. É o relatório.

## VOTO

Ementa: Penal e Processual Penal. Recurso especial. Crime de interceptação telefônica não autorizada (art. 10 da Lei n. 9.296/1996). Pena total: 4 anos de reclusão. Regime inicial semiaberto. Juiz convocado. Participação em julgamento de apelação. Alegação de ofensa a artigos da CF. Tema eminentemente constitucional. Seara inadequada. Oitiva de testemunha que, segundo o recorrente, deveria ser corréu. Inexistência de nulidade. Informações prestadas colhidas a luz do contraditório e ampla defesa e sopesadas com os demais elementos de convicção. Delação premiada concedida a corréu. Impossibilidade de contestação. Falta de interesse e legitimidade. Assertiva de ausência de provas para a condenação. Autoria e materialidade comprovadas. Súmula n. 7-STJ. Revisão da pena. Capítulo resolvido sem unanimidade. Ausência de embargos infringentes. Não exaurimento de instância. Apenação proporcional ao agravo. Excessiva culpabilidade. Circunstâncias e consequências do delito extremamente graves. Ausência de ilegalidade. Parecer ministerial pelo não conhecimento do reclamo. Recurso especial não conhecido.

1. A questão referente à nulidade processual pela participação de Juízes Federais no julgamento da apelação guarda estreito vínculo com o conteúdo do princípio do juiz natural, cujas matrizes são eminentemente constitucionais. Inviável sua discussão na estreita via recursal especial, que tem como propósito a solução de questões apenas infraconstitucionais.

2. Não há nulidade na oitiva de testemunha que, segundo argui o recorrente, deveria ter sido identificada como corréu. Independentemente do título a ela atribuído, todas as informações que por contribuição dela vieram a integrar o conjunto probatório dos autos puderam ser contraditadas pelo ora recorrente e somaram-se às outras para que

pudessem ser ponderadas pelos juízos ordinários para formação de sua convicção pela condenação. Não há prejuízo algum à defesa.

3. Ausente interesse jurídico, sequer legitimidade, para questionar a concessão de perdão judicial a envolvido na mecânica delituosa como prêmio à delação eficaz por ele promovida. A discussão do tema em nada atenuaria ou agravaria a responsabilidade penal do réu/recorrente pelo ilícito apurado.

4. Tanto a sentença quanto o acórdão que a confirmou apresentaram elementos suficientes à certificação da autoria e da materialidade do fato incriminado. A revisão das conclusões então alcançadas demandaria aprofundada discussão de matéria fático-probatória, providência vedada nesta via a teor da Súmula n. 7-STJ.

5. O Tribunal de origem, ao fixar a reprimenda compatível com o delito averiguado, fê-lo sem a unanimidade que permitiria ao recorrente a imediata interposição do Recurso Especial. E, ante a não interposição de embargos infringentes, inadmissível o recurso no ponto.

6. Ainda que afastado esse óbice, a pena foi dosada com observância fiel do princípio da proporcionalidade, considerando a culpabilidade do agente, as circunstâncias e consequências do delito, que envolveu a invasão da privacidade de importantes autoridades do cenário político à época, ausente irregularidades que torne imperativa a intervenção *ex officio* desta Corte.

7. Parecer Ministerial pelo não conhecimento do recurso.

8. Recurso Especial não conhecido.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Em que pese a robustez da argumentação lançada pelo recorrente, o inconformismo não merece prosperar.

2. A questão referente a nulidade processual pela participação de Juízes Federais no julgamento da apelação guarda estreito vínculo com o conteúdo do princípio do juiz natural, cujas matrizes são eminentemente constitucionais. Em razão disso, inviável sua discussão na restrita via recursal especial, que tem como propósito a solução de questões apenas infraconstitucionais.

3. Igualmente, não há qualquer irregularidade ou ofensa à ampla defesa na oitiva de então testemunha que, segundo o réu/recorrente deveria ter comparecido à demanda, desde o início, como corréu.

4. É que, independentemente do título a ela atribuído, todas as informações que por contribuição dela vieram a integrar o conjunto probatório dos autos puderam ser contraditadas pelo ora recorrente e somaram-se às outras para que pudessem ser ponderadas pelos Juízos ordinários para formação de sua convicção pela condenação. Assim, não há prejuízo algum à defesa, o que faz insubsistente qualquer alegação de nulidade.

5. Ademais, não há interesse jurídico, sequer legitimidade, para questionar, agora, a concessão de perdão judicial a envolvido na mecânica delituosa como prêmio à delação eficaz por ele promovida. A discussão do tema em nada atenuaria ou agravaria a responsabilidade penal do réu/recorrente pelo ilícito apurado.

6. A manifestação do *Parquet* tem igual orientação. Confira-se:

O fato de o delator ter sido ouvido na condição de testemunha não trouxe prejuízo para a defesa do ora recorrente que pode exercer com plenitude sua defesa dentro do *due process of law*.

De qualquer forma, se afasta o argumento de que houve ofensa ao artigo 13 da Lei n. 9.807/1999, visto que, caso tenha havido qualquer irregularidade, ela viria a prejudicar o delator mas jamais viria a beneficiar o recorrente. (...).

Estas as circunstâncias, não há que se conhecer do recurso, também por este fundamento, por absoluta falta de interesse. (fls. 3.576-3.577).

7. O Recurso Especial traz, também, o reclamo de que o conjunto probatório não é hábil a legitimar a sentença condenatória que contra o réu/recorrente pesou em primeiro e segundo grau.

8. Ocorre que, como bem ressaltado no parecer ministerial, tanto a sentença quanto o acórdão que a confirmou apresentaram elementos suficientes à certificação da autoria e da materialidade do fato incriminado. Qualquer conclusão em contrário demandaria aprofundada discussão de matéria fático-probatória, providência vedada nesta via a teor da Súmula n. 7-STJ que enuncia que *a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial*.

9. Apenas em demonstração ao fundamento, confirmam-se excertos do acórdão em que se define o tema perscrutado:

E, na linha até aqui desfiada, não se observa qualquer dado a desnaturar a realidade que se descortinou no curso da instrução criminal com relação à autoria e à materialidade, conferindo ao magistrado sentenciante embasamento suficiente à emissão de um juízo desfavorável aos apelantes *Temilson e Adilson*. É ver.

Imputou-se aos denunciados *Temilson, Adilson, João e Gerci* fatos que representariam ilícitos relevantes na seara penal que encontrariam previsão no artigo 10, da Lei n. 9.296/1996, dispositivo esse que possui a seguinte redação:

(....).

Historia o Ministério Público na inicial acusatória que a interceptação ilegal, em conclusão das investigações empreendidas, foi realizada pela Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, atribuindo-se a execução ao agente *Temilson*, incumbido que foi por seus superiores hierárquicos *João Guilherme* e *Gerci Firmino*. E, para o sucesso da empreitada, *Temilson* acionou *Adilson e Célio*, arregimentando outros tantos que não tiveram participação destacada.

Do monitoramento, iniciado em 27 de julho e que se estendeu até setembro de 1998, extraíram-se diálogos de diversas personalidades, tais como o presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, o ministro das Comunicações, diretores do Banco do Brasil S.A., além do então Presidente da República, dentre outros. Nas conversações sobressai o motivo para a operação ilegal perpetrada pelos denunciados, a privatização do sistema Telebrás.

Diante de material que considerou valioso, o denunciado *Temilson* entendeu de explorar financeiramente o conteúdo dos diálogos, comercializando-os com terceiros não identificados. Tal fato gerou apreensão quanto ao desfecho do processo de privatização, dado o conteúdo das fitas transcritas das interceptações que já circulavam livremente. Em decorrência, decidiu-se pela liberação paulatina do material, protagonizando o denunciado *Gerci* episódio grotesco, no qual simulou o recolhimento das fitas em local determinado por desconhecido que o contactou por telefone, conforme por ele declarado, fato esse que caiu por terra, depois de determinadas investigações e que sinalizaram que a interceptação ilegal foi feita por alguns integrantes do quadro da ABIN.

A corroborar o exposto, diz o Ministério Público que os depoimentos de *Waldecy Alves de Oliveira* e de *Célio Areas Rocha* foram valiosos, juntamente com os demais elementos carreados, tudo a provar a autoria e a materialidade do crime imputado.

Esses seriam os termos da inicial acusatória que, submetida ao contraditório em regular instrução criminal, foi parcialmente acolhida pelo Juiz Federal *Alexandre Libonati de Abreu*, para condenar *Temilson* e *Adilson*, absolvendo *João Guilherme* e *Gerci*.

No que se refere à materialidade, foi assentado na sentença que "O laudo pericial que compõe o apenso 05, nesse diapasão, confirma a materialidade delitiva, indicando as linhas telefônicas monitoradas, o local provável de instalação dos mecanismos de interceptação e os sinais de edição das fitas que continham trechos monitorados. Igualmente confirmam a materialidade delitiva as declarações das vítimas da escuta ilegal, *André Pinheiro Lara Resende, Luiz Carlos Mendonça de Barros* e *Fernando Henrique Cardoso* (fls. 2.028-2.038 e 2.098-2.100)".

Efetivamente, no apenso 05 a estes autos, consta o Laudo Pericial n. 41.476, elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, e do qual se extrai a certeza da materialidade, com a interceptação tanto de ligações telefônicas originadas como das recebidas nos telefones da presidência do Banco Nacional do Desenvolvimento Social - BNDES, efetuadas nos dias 27 e 28 de julho de 1998, em conclusão de perícia realizada em duas fitas cassetes. Obtempere-se a prova da materialidade não se resume ao laudo acima, havendo, nos autos, outros tantos indicativos da interceptação clandestina.

Logo, e em conclusão, em relação à materialidade, não há o que se discutir, ante o quadro probatório carreado. Quanto à autoria, deve-se admitir o afirmado na sentença recorrida, ou seja, é questão nevrálgica. Os acusados negaram sempre a autoria, o que denotaria, como percebido pelo juiz *a quo*, o benefício da dúvida. Entretanto, reuniram-se elementos suficientes, a permitir o reconhecimento da interceptação ilegal promovida pelos acusados, empregando-se meios eletrônicos para conhecer e documentar o conteúdo de conversações do presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES com outras autoridades da República, em período determinado.

Tais elementos são, em sua maioria, de cunho testemunhal, o que não os invalida, diante de toda conjuntura delineada. Fixou-se na sentença, em referência à autoria e materialidade de *Temilson* e *Adilson* que:

(...).

Realizada a interceptação de dados em desacordo com os dispositivos acima, ter-se-á como violado o determinado no artigo 10 da Lei que regulamenta a interceptação telefônica. E, como se extrai dos autos, os apelantes *Temilson* e *Adilson* não possuíam qualquer autorização judicial, como tampouco havia, em jogo, bem juridicamente relevante a ser tutelado e que se sobrepusesse àquele, o direito à intimidade, para proceder em desconformidade com o prescrito em lei, devendo, portanto, suportar os ônus decorrentes do agir ilícito. (fls. 3.319-3.331)

10. Passe-se, por fim, ao exame da impugnação referente ao *quantum* da apenação.

11. E, nesse capítulo, o Tribunal de origem, ao fixar a reprimenda compatível com o delito averiguado, fê-lo sem a unanimidade que permitiria ao recorrente a imediata interposição do Recurso Especial.

12. Com efeito, a sentença fixou a reprimenda em 03 anos de reclusão, aumentando-a em 04 meses por força da agravante genérica descrita no art. 61, II, g do CPB, já que o ora recorrente era funcionário público da ABIN e praticou o ilícito com violação do dever inerente ao seu cargo público.

13. O douto Relator, acolhendo o recurso do Ministério Público, entendeu insuficiente tal sanção, exasperando-a para 03 anos e 04 meses de reclusão, mais 04 meses pela agravante, totalizando 03 anos e 08 meses de reclusão.

14. Já o Revisor assinalou a necessidade de a pena-base ficar estabelecida no máximo legal (04 anos), bem como aduziu a possibilidade de aumentá-la acima desse *quantum* por força da agravante, o que importaria no total de 04 anos e 11 meses de reclusão, no que foi parcialmente acompanhado pelos demais componentes da Turma, que afastaram, tão-somente, a exasperação acima do máximo. Prevaleceu, então, o voto médio, fixando-se a reprimenda, em definitivo, em 04 anos de reclusão.

15. Para que fosse admissível a discussão da pena fixada, seria necessária a prévia interposição de embargos infringentes, para prevalecer o menor aumento, o que, na hipótese, não aconteceu.

16. Assim também entendeu o ilustre parecerista que aqui oficia. *A seu ver não houve unanimidade quanto à pena estabelecida. Na ausência dos necessários embargos infringentes, não houve o exaurimento de instância, o que obsta o conhecimento desse fundamento, nesta sede* (fls. 3.578).

17. Ainda que assim não fosse, não há irregularidades na fixação da reprimenda que torne imperativa intervenção *ex officio*.

18. De fato, a pena foi dosada com observância do princípio da proporcionalidade. O Tribunal de Apelação apresentou suficientes razões para afastar a reprimenda do mínimo legal e torná-la definitiva nos patamares encontrados, salientando, com propriedade, a gravidade *in concreto* da conduta praticada, que envolveu a quebra de sigilo de importantes autoridades da República. No que interessa, confirmam-se trechos do acórdão impugnado e dos votos que acompanharam a fundamentação quanto à dosagem da pena:

Como anotado alhures, o preceito secundário da norma penal incriminadora estabelece os termos cominados, dois a quatro anos de reclusão, no que concerne ao ilícito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.296/1996. Breve exame das razões de decidir por ocasião da fixação da pena-base pelo magistrado na sentença condenatória resulta na incongruência entre os termos ali assentados e a sanção inicialmente estabilizada, dois anos e oito meses e três anos, para *Adilson* e *Temilson*, respectivamente.

O simples fato de interceptar-se comunicação telefônica já representa um absurdo tal que o constituinte de 1988 erigiu a direito fundamental o sigilo das comunicações. Mais inadequado se mostrou a interceptação não autorizada de

comunicações telefônicas de agentes públicos, tais como ministro de Estado, presidente de instituição de fomento, a revelar grande desprezo pela coisa pública.

Interceptar ilegalmente a comunicação do presidente da República é prática que não se pode admitir. De perquirir de onde partiu tamanha ousadia, para admitir que o “trabalho” foi tramado e executado dentro do próprio governo, saindo o tiro pela culatra quando houve o vazamento de parte do material colhido no curso da interceptação.

Só o dado de registrarem conversações de altas autoridades já mereceria sanção à altura do dano provocado, pois não se trata de material que veiculasse diálogo corriqueiro, comum, assuntos esses travados cotidianamente por todos, mas quem dita os traços de um país de dimensões continentais, com população correspondente. Travou-se, nas conversações, de assuntos diversos, que deveriam ficar acobertados pelo manto do sigilo. Mas, como é sabido, o material resultante da interceptação ilegal veio a público, por obra e graça de *Temilson e Adilson*.

A divulgação do material mereceu censura no que se refere às pessoas que tiveram suas vidas expostas, como se vê na sentença quando da fixação da pena. Todavia, sobressai que a censura não correspondeu ao dano provocado às vítimas, o que denota que o juiz sentenciante foi parcimonioso nesse particular aspecto.

De toda sorte, o Ministério Público, ao apelar desse ponto específico, para que as penas fossem próximas do máximo cominado, reputou insuficiente a reprovação penal no respeitante não só à culpabilidade, mas também os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime. Pela culpabilidade, assinalou-se que os agentes foram os autores imediatos do evento danoso, mostrando-se intensa.

Pelos demais tópicos, destacou-se a extrema gravidade, “não só pelo grau de reprovabilidade de suas condutas, mas também pela motivação torpe, que pretendeu interferir em um projeto legítimo de ‘privatização’ e violar a intimidade de altas e respeitáveis autoridades da República, além de terceiros interlocutores, causando um escândalo sem precedentes na política brasileira contemporânea, que redundou até na exoneração de um Ministro de Estado e do Presidente do BNDES”.

E continua o órgão ministerial:

Nesse sentido, os fatos evidenciam que houve uma preparação cuidadosa para o sucesso da empreitada criminosa - realização do monitoramento ilícito, edição dos diálogos captados e comercialização indevida das fitas -, além de tratar-se de espécime delituosa de difícil apuração, só sendo possível a elucidação da mecânica dos fatos através de inquirições e reinquirições de diversas pessoas, medidas cautelares,



incluídas autorizações judiciais de monitoramento dos telefones dos principais suspeitos, requisitados extratos telefônicos, bancários e fiscais, efetivadas buscas e apreensões, prisões provisórias, bem como audiência especial de produção antecipada de prova.

Vale ressaltar, ainda, a grande repercussão alcançada na opinião pública por este episódio, que ficou nacionalmente conhecido como o “*grampo do BNDES*”, não só pela ousadia da ação levada a cabo pelos acusados, mas, igualmente, por revelar a forma pouco ortodoxa pela qual o Patrimônio Nacional foi posto a leilão. O juiz, na aplicação da pena, deve fortalecer a consciência jurídica da comunidade, para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade (fls. 3.008-3.009).

Sem sombra de dúvidas que o registro, por meio sub-reptício, de diálogos travados de altas autoridades da República, todos com vistas a consecução dos planos de governo, como exemplificativamente teríamos os planos econômicos, energéticos, enfim, que carecem do necessário sigilo, e que foram violados e trazidos ao conhecimento público de forma ilegal, não podem ficar sem a imediata e proporcional reprovação estatal, pois não se pode conceber que a comunicação travada, de última forma, pela Presidência da República signifique em algo sem importância, vivenciado diuturnamente.

Imagine, para traçar um paralelo, que ingressem em gabinetes de juízes e registrem votos, decisões sigilosas, firmadas no curso do dia para serem divulgadas posteriormente, e que tratem de providências cautelares de restrição da liberdade, de constrição do patrimônio. Seria, então, admissível? Em episódio recente, esta Corte Regional vivenciou situação semelhante, para o fim de prova penal. E se fosse colheita ilícita, para fins espúrios? (fls. 3.331-3.335).

Portanto, toda a base da minha tese para dar provimento parcial ao recurso do Ministério Público Federal e exasperar as penas no máximo legal do art. 10 seria porque, na verdade, eles deveriam ser denunciados e até sofrer, por ocasião da sentença, a *emendatio libeli* em crimes contra a segurança nacional. Acredito que a sociedade elenca determinadas condutas para a convivência social como um todo, ou seja: aqueles que frenam o sistema de trânsito, o sistema de utilização das propriedades, todas aquelas que regras administrativas que permitirão àquela sociedade viver numa ordem pública administrativa. Outras condutas são destacadas por aquela sociedade, pelos órgãos instituídos, como mais graves e que, se praticadas, ofendem própria existência daquele corpo social, daquele grupo social. Então, essas condutas são destacadas para, codificadas, serem colocadas em códigos penais, em leis criminais a fim de que garantam a ordem pública de segurança pública.

(...).

Essas condutas praticadas e apuradas no processo não tentaram vilipendiar a garantia das telecomunicações no âmbito privado das sociedades. Elas tentaram denegrir, vilipendiar o Estado de Direito, o Estado Democrático, a legitimidade de uma ideologia política então firmada pelo Estado Brasileiro: o neoliberalismo. (fls. 3.387-3.388).

Em segundo lugar, sob o ponto de vista das circunstâncias, como bem dito pelo Revisor, a operação de gravação ilegal por si só já tem uma gravidade e uma intensidade muito grande porque obviamente viola a intimidade das pessoas. Entretanto, neste caso, há toda uma circunstância mais grave: não se queria apenas romper com a intimidade de uma pessoa ou de duas, mas sim buscar informações importantes de políticas públicas desempenhadas corretas ou não. Não está aqui o Judiciário fazendo um julgamento disso, mas apenas dessa conduta, dessa circunstância, dessas pessoas envolvidas por serem também autoridades naquele momento.

O eminente Relator abordou a hipótese de ser uma atividade jurisdicional, ou Membro do Ministério Público, ou coisa desse tipo como qualquer autoridade, e, neste caso, a Presidência da República, o que aumenta muito a gravidade quanto às circunstâncias do fato e também quanto às consequências: a própria revelação desses fatos, dessas conversas cria um estado de insegurança completa da sociedade. (fls. 3.394-3.395).

19. Dest'arte, como se vê, inexistente ajuste a ser procedido. Ademais, a revisão das premissas apresentadas pelas instâncias originárias (circunstâncias do crime, consequências, motivos), por terem conteúdo eminentemente fático, atraem a incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, de conteúdo já enunciado.

20. Ante o exposto, em conformidade com o parecer ministerial, não se conhece do Recurso Especial. É o voto.

#### **VOTO-VENCEDOR**

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Sr. Ministro Presidente, pedi vistas para melhor análise dos autos, esclarecendo, desde logo, que dois são os tópicos ensejadores de meu dissenso: o primeiro, consistente no conhecimento parcial do recurso especial; e o segundo, na exasperação da pena do recorrente.

Os demais temas objeto do recurso especial foram enfrentados e merecem ser mantidos, nos exatos termos do percuciente voto do Emin. relator Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, que não conheceu do recurso especial nos aspectos enfrentados.

**1 - Do conhecimento do recurso.**

Quanto ao tema ora divergente, o voto do emin. relator assim sintetiza a *quaestio, in litteris*:

(...)

10. Passa-se, por fim, ao exame da impugnação referente ao quantum da pena.

11. E, nesse capítulo, o Tribunal de origem, ao fixar a reprimenda compatível com o delito averiguado, fê-lo sem a unanimidade que permitiria ao recorrente a imediata interposição de Recurso Especial.

12. Com efeito, a sentença fixou a reprimenda em 03 anos de reclusão, aumentando-a em 04 meses por força da agravante genérica descrita no art. 61, II, **g** do CPB, já que o ora recorrente era funcionário público da ABIN e praticou o ilícito com violação do dever inerente ao seu cargo público.

13. O douto Relator, acolhendo o recurso do Ministério Público, entendeu insuficiente tal sanção, exasperando-a para 03 anos e 04 meses de reclusão, mais 04 meses pela agravante, totalizando 03 anos e 08 meses de reclusão.

14. Já o revisor assinalou a necessidade de a pena-base ficar estabelecida no máximo legal (04 anos), bem como aduziu a possibilidade de aumentá-la acima desse *quantum* por força da agravante, o que importaria no total de 04 anos e 11 meses de reclusão, no que foi parcialmente acompanhado pelos demais componentes da Turma, que afastaram, tão-somente, a exasperação acima do máximo. Prevaleceu, então, o voto médio, fixando-se a reprimenda, em definitivo, em 04 anos de reclusão.

15. Para que fosse admissível a discussão da pena fixada, seria necessária a prévia interposição de Embargos Infringentes, para prevalecer o menor aumento, o que, na hipótese, não aconteceu.

16. Assim também entendeu o ilustre parecerista que aqui oficia. A seu ver não houve unanimidade quanto à pena estabelecida. Na ausência dos necessários embargos infringentes, não houve o exaurimento de instância, o que obsta o conhecimento desse fundamento, nesta sede (fls. 3.578).

17. Ainda que assim não fosse, não há irregularidade na fixação da reprimenda que torne imperativa intervenção *ex officio*.

(...) (fls. 3.594-3.595)

Em que pese o parecer do douto Ministério Público Federal assentar que o tema não foi objeto de Embargos Infringentes, face a divergência de votos entre o relator e o revisor na Corte de origem, o que, à toda evidência, impediria o reexame por essa Eg. Corte, entendo que, em verdade, *esse óbice inexistente, permissa vêniam*.

Sucedeu que *a exasperação da pena foi acolhida à unanimidade pelo Tribunal a quo como tese do recurso de apelação manejado pelo Parquet*. Houve sim divergência, mas restritivamente ao *quantum* fixado, tanto que, em razão dessa divergência, se extraiu o *voto médio* para essa fixação do *quantum* majorado.

Para melhor elucidação, transcrevo, no que interessa, a ementa do acórdão recorrido que assentou, *litteris*:

(...) *acordam os Membros da Segunda Turma Especializada, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público tão-somente para aumentar a pena de Adilson Alcântara de Matos e de Temilson Antônio Barreto de Resende e desprover os seus respectivos recursos. Colhido o voto médio do revisor foi fixada a pena-base em 04 (quatro) anos, ficando vencido nesse aspecto o relator. (grifei) (fl. 3.404)*

Vê-se, portanto, que relativamente à majoração houve unanimidade de votos. *Reforça-se* esse fundamento ao que restou decidido no julgamento de *Embargos de Declaração* opostos pelo recorrente, no qual o próprio relator esclarece esse aspecto, afirmando, *ipsis litteris*:

(...)

*Contudo, olvida-se, ou não percebe o embargante, que a votação, por ocasião dos julgamentos das apelações interpostas, se deu à unanimidade de votos, como inclusive, certificado à fl. 3.339. (...) Ora, o voto que conduziu o julgamento, como facilmente percebido, a partir de sua própria leitura e mesmo das notas taquigráficas que integram o julgado, foi por mim proferido.*

(...)

*Atente-se que a necessidade de apuração de voto médio, como também se fez constar da certidão de julgamento, é específica no tocante à fixação da pena-base do ora embargante, que foi naquela ocasião exasperada, sem que tal implique a existência de opiniões dissonantes ou divergentes no tocante à necessidade de manutenção da condenação já imposta na sentença. (...) [grifei] (fls. 3.427-3.428)*

*O voto médio não enseja recurso de embargos infringentes. É definitivo naquele momento.*

Assim, ante os fundamentos, porque houve *unanimidade* de votos no aspecto de exasperação da pena, *conheço do recurso especial sob esse tema*.

## 2 - Quanto a exasperação da pena

Com efeito, *no mérito* e nos estreitos limites de nossa competência constitucional, bem como atento ao pedido abrangente deste recurso especial, entendo que merece provimento o recurso de **Temilson Antônio Barreto de Resende**, pois o acórdão recorrido *majorou a pena-base ao máximo sem a devida fundamentação no tocante a presença de todas as circunstâncias a ensejar tal aplicação máxima*, autorizando, assim, a intervenção deste Eg. Superior Tribunal de Justiça não para alterar a condenação imposta, mas apenas e *tão somente para adequar a pena às circunstâncias judiciais e as peculiaridades*, segundo os inúmeros precedentes desta Colenda Corte.

Nesse sentido, é a pacífica jurisprudência desta Eg. 5ª Turma, *verbis*:

Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal. Dosimetria da pena. Fixação da pena-base no máximo legal.

Ausência de fundamentação. Exasperação não justificada.

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c.c. o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (Precedentes do STF e STJ).*

*II - In casu, verifica-se que a r. decisão condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.*

Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base no máximo legal.

Ordem concedida.

(HC n. 97.796-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27.03.2008, DJe 26.05.2008).

Nesse mesmo sentido: *HC n. 60.166-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 09.10.2006 p. 332; HC n. 89.755-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11.12.2007, DJe 10.03.2008.*

Com efeito, os votos lançados no v. acórdão recorrido não apresentam adequadas fundamentações acerca do preenchimento de todas as circunstâncias judiciais a ensejar a fixação da pena-base no limite máximo.

Observa-se que do voto-relator na origem extrai-se, no que interessa, *verbis*:

(...)

Realizada a interceptação de dados em desacordo com os dispositivos acima, ter-se-á como violado o determinado no artigo 10, da lei que regulamenta a interceptação telefônica. E, como se extrai dos autos, os apelantes *Temilson* e *Adilson* não possuíam qualquer autorização judicial, como tampouco havia, em jogo, bem juridicamente relevante a ser tutelado e que se sobrepujasse àquele, o direito à intimidade, para proceder em desconformidade com o prescrito em lei, devendo, portanto, suportar os ônus decorrentes do agir ilícito.

Posto em destaque o ato censurado, sabidamente ilícito, inevitável trazer a lume o seu alcance, na visão do magistrado, como exposto em sentença, cotejando-o com o traçado na lei, especialmente o cominado no artigo 59, do Código Penal. Julgada parcialmente procedente a pretensão punitiva, levou-se a efeito a fixação das penas privativa de liberdade e de multa, quando se externou que:

O acusado *Adilson Matos* não ostenta circunstâncias judiciais subjetivas (art. 59 do CP) desfavoráveis. Analisando a conduta social de *Temilson Resende*, todavia, observo que não a possui favoravelmente. É que a conduta social constitui circunstância aberta que envolve a vida do acusado antes do delito e demonstra sua situação nos papéis desempenhados junto à comunidade, dentre os quais sua atividade no meio social. No caso vertente, a conduta social de *Temilson Resende* há de ser vista juntamente com seus antecedentes. O réu já foi condenado por este mesmo Juízo nos autos do processo n. 95.30079-6, em função de envolvimento com a cúpula do “jogo do bicho”. No que concerne aos motivos do crime, observo que *Temilson* era funcionário público razoavelmente remunerado, e que o mesmo não foi praticado por razões de sobrevivência ou “justificado” por qualquer fim moral. Agiu movido pelo alto lucro, conforme, aliás, a própria menção de *Célio Rocha*. A outra circunstância judicial de cunho subjetivo – personalidade – não enseja um apenamento mais severo.

No que concerne às circunstâncias judiciais de cunho objetivo, comuns a ambos os acusados condenados, tenho que não apenas as circunstâncias do crime, mas também a suas conseqüências ensejem um apenamento mais severo. Como circunstância do crime compreende-se aquela reveladora de complexidade e que dificulta a descoberta da verdade real. No particular, merece relembra o que já se disse no despacho de fl. 1.607:

A denúncia veio instruída com minucioso inquérito policial, procedimentos cautelares e apensos, num total de mais de 30

(trinta) volumes. No que concerne à investigação propriamente dita, acompanhada por este Juízo, ante os inúmeros incidentes processuais ocorridos, mister chamar atenção para a precária situação material da polícia judiciária, totalmente despreparada para lidar com a sofisticação tecnológica; (...).

Trata-se de feito de apuração extremamente complexa, que envolveu não só várias pessoas, mas também onerosas perícias, diversas inquirições, e que não contou com a boa vontade dos órgãos de informação e da principal vítima – excelentíssimo senhor Presidente da República. Mas conforme já salientado, além das circunstâncias do crime, as suas conseqüências também devem ser sopesadas em detrimento dos réus. Aliás, em função dessas mesmas conseqüências é que se receia a divulgação de outros trechos ainda desconhecidos da interceptação telefônica. O fato apurado constituiu delito de extrema gravidade, envolvendo não apenas Ministros de Estado e o Presidente da República, mas também ensejador de uma indesejável insegurança acerca da lisura de um dos maiores processos de privatização do planeta.

Em função das circunstâncias judiciais acima anotadas, fixo a pena-base do acusado *Adilson Matos* em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, a qual será definitiva diante da ausência de agravantes, atenuantes ou de causas especiais de modificação de pena.

Em função das circunstâncias judiciais acima anotadas, fixo a pena-base do acusado *Temilson Resende* em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa. Não há atenuantes a serem consideradas. Majoro a pena em 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias-multa em função da agravante genérica descrita no art. 61, II, **g**, do Código Penal. É que *Temilson Resende* violou o dever inerente ao seu cargo público ao interceptar ilicitamente ligações telefônicas e ao pretender, com a interceptação, obter vantagem econômica. Torno a pena de *Temilson Resende* definitiva em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 70 (setenta) dias-multa (fls. 2.922-2.924).

Como anotado alhures, o preceito secundário da norma penal incriminadora estabelece os termos cominados, dois a quatro anos de reclusão, no que concerne ao ilícito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.296/1996. Breve exame das razões de decidir por ocasião da fixação da pena-base pelo magistrado na sentença condenatória resulta na incongruência entre os termos ali assentados e a sanção inicialmente estabilizada, dois anos e oito meses e três anos, para *Adilson* e *Temilson*, respectivamente.

O simples fato de interceptar-se comunicação telefônica já representa um absurdo tal que o constituinte de 1988 erigiu a direito fundamental o sigilo das

comunicações. Mais inadequado se mostrou a interceptação não autorizada de comunicações telefônicas de agentes públicos, tais como ministro de Estado, presidente de instituição de fomento, a revelar grande desprezo pela coisa pública.

Interceptar ilegalmente a comunicação do presidente da República é prática que não se pode admitir. De perquirir de onde partiu tamanha ousadia, para admitir que o “trabalho” foi tramado e executado dentro do próprio governo, saindo o tiro pela culatra quando houve o vazamento de parte do material colhido no curso da interceptação.

Só o dado de registrarem conversações de altas autoridades já mereceria sanção à altura do dano provocado, pois não se trata de material que veiculasse diálogo corriqueiro, comum, assuntos esses travados cotidianamente por todos, mas quem dita os traços de um país de dimensões continentais, com população correspondente. Travou-se, nas conversações, de assuntos diversos, que deveriam ficar acobertados pelo manto do sigilo. Mas, como é sabido, o material resultante da interceptação ilegal veio a público, por obra e graça de *Temilson e Adilson*.

A divulgação do material mereceu censura no que se refere às pessoas que tiveram suas vidas expostas, como se vê na sentença quando da fixação da pena. Todavia, sobressai que a censura não correspondeu ao dano provocado às vítimas, o que denota que o juiz sentenciante foi parcimonioso nesse particular aspecto.

De toda sorte, ***o Ministério Público, ao apelar desse ponto específico, para que as penas ficassem próximas do máximo cominado, reputou insuficiente a reprovação penal no respeitante não só à culpabilidade, mas também os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime. (acórdão recorrido. grifei e destaquei)***. Pela culpabilidade, assinalou-se que os agentes foram os autores imediatos do evento danoso, mostrando-se intensa.

Pelos demais tópicos, destacou-se a extrema gravidade, “não só pelo grau de reprovabilidade de suas condutas, mas também pela motivação torpe, que pretendeu interferir em um projeto legítimo de ‘privatização’ e violar a intimidade de altas e respeitáveis autoridades da República, além de terceiros interlocutores, causando um escândalo sem precedentes na política brasileira contemporânea, que redundou até na exoneração de um Ministro de Estado e do Presidente do BNDES”.

E continua o órgão ministerial:

Nesse sentido, os fatos evidenciam que houve uma preparação cuidadosa para o sucesso da empreitada criminosa – realização do monitoramento ilícito, edição dos diálogos captados e comercialização indevida das fitas -, além de tratar-se de espécime delituosa de difícil apuração, só sendo possível a elucidação da mecânica dos fatos através de inquirições e reinquirições de diversas pessoas, medidas cautelares,



incluídas autorizações judiciais de monitoramento dos telefones dos principais suspeitos, requisitados extratos telefônicos, bancários e fiscais, efetivadas buscas e apreensões, prisões provisórias, bem como audiência especial de produção antecipada de prova.

Vale ressaltar, ainda, a grande repercussão alcançada na opinião pública por este episódio, que ficou nacionalmente conhecido como o “*Grampo do BNDES*”, não só pela ousadia da ação levada a cabo pelos acusados, mas, igualmente, por revelar a forma pouco ortodoxa pela qual o Patrimônio Nacional foi posto a leilão. O juiz, na aplicação da pena, deve fortalecer a consciência jurídica da comunidade, para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade (fls. 3.008-3.009).

Sem sombra de dúvidas que o registro, por meio sub-reptício, de diálogos travados de altas autoridades da República, todos com vistas a consecução dos planos de governo, como exemplificativamente teríamos os planos econômicos, energéticos, enfim, que carecem do necessário sigilo, e que foram violados e trazidos ao conhecimento público de forma ilegal, não podem ficar sem a imediata e proporcional reprovação estatal, pois não se pode conceber que a comunicação travada, de última forma, pela Presidência da República signifique em algo sem importância, vivenciado diuturnamente.

Imagine, para traçar um paralelo, que ingressem em gabinetes de juízes e registrem votos, decisões sigilosas, firmadas no curso do dia para serem divulgadas posteriormente, e que tratem de providências cautelares de restrição da liberdade, de constrição do patrimônio. Seria, então, admissível? Em episódio recente, esta Corte Regional vivenciou situação semelhante, para o fim de prova penal. E se fosse colheita ilícita, para fins espúrios?

São essas questões lançadas que, no sentir deste relator, não podem ficar sem retorno, razão pela qual há de se majorar a pena-base fixada para os ambos os réus, réus *Temilson Antonio Barreto de Resende* e *Adilson Alcântara de Matos*, de forma que a resposta penal corresponda ao ilícito perpetrado. O traço de ilegalidade é elementar do tipo em exame. Todavia, não o é a interceptação da comunicação de autoridades públicas de proa, ato esse bem arquitetado, com desvio do curso originariamente traçado, com a exposição do material colhido, de forma torpe, a demonstrar a culpabilidade elevada, com conseqüências funestas, em razão de motivação espúria.

A culpabilidade, na dicção de Celso Delmanto e outros (Código Penal Comentado, 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 2002. p. 110), resulta da aferição do “maior ou menor índice de reprovabilidade do agente, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu. Ao se analisar as condições pessoais do acusado, entendemos imprescindível que

se leve em consideração seu grau de instrução, condição social, vida familiar e progressa, bem como sua cultura e meio em que vive”.

Consoante as balizas traçadas acima, mostrou-se intensa a culpabilidade de *Temilson*, com maior reprovação do ato sob censura. Na qualidade de integrante de órgão voltado para a prevenção de tais atividades, não se esperaria conduta distinta da traçada para o exercício da função pública. Mas o agente procedeu diversamente, não só violando o dever inerente ao seu cargo, como anotado na sentença, como também violando a confiança em si depositada, não se podendo imaginar que o evento contasse com a sua participação.

Nesse contexto, fica majorada a pena base do réu *Temilson* no patamar de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Com a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea **g**, do Código Penal, na forma da sentença recorrida, a elevar a sanção em 04 (quatro) meses, tem-se a pena final, privativa de liberdade, em 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Majorada a pena de multa no máximo, em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa no valor unitário de 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Consolidadas, nesses termos, as penas em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa no valor unitário já referido, com os demais termos da sentença mantidos, como regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e valor do dia-multa.

Com relação a *Adilson Matos*, a culpabilidade avulta negativamente, no mesmo sentido de *Temilson*, pois as suas atividades de cunho privado permitiam que o agente antevisse o resultado da empreitada criminoso, deveras ousada. Somados todos os dados até aqui postos, impõe-se a agravação das sanções. A pena-base, inicialmente estabilizada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, passa para 02 (dois) anos, 11 (onze) meses de reclusão, com pena de multa de 50 (cinquenta) elevada para o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário de 1/4 do salário mínimo. Consolidadas, as sanções passam para 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 360 (cinquenta e cinco) dias-multa no valor unitário já referido, mantido o regime de cumprimento e demais disposições fixadas na sentença.

Nesses termos, *dou parcial provimento* ao recurso de apelação do Ministério Público tão-somente para elevar as sanções privativas de liberdade e de multa dos réus *Temilson Antonio Barreto de Resende* e *Adilson Alcântara de Matos*, consolidando-as, respectivamente, em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa e 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, ambas no valor unitário de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, mantidos os demais termos quanto ao regime cumprimento da pena privativa de liberdade e o valor do dia-multa. *Nego provimento* aos recursos de apelação de *Temilson Antonio Barreto de Resende* e de *Adilson Alcântara de Matos*.

Retifique-se a autuação para constar como apelante e apelado *Gerci Firmino da Silva*, em substituição a *Gersi Firmino da Silva*.

(...) (fls. 3.331-3.337).

Aliás, desmotivado, no meu entender, o registro do voto revisor de que a exasperação da pena no máximo legal “*seria porque, na verdade, eles deveriam ser denunciados e até sofrer, por ocasião da sentença, a emendatio libeli em crimes contra a segurança nacional*” (sic) (fl. 3.387).

A escuta ilegal, a quebra de sigilo sem autorização expressa e judicialmente fundamentada, são atos abjetos e devem ter todo o repúdio de uma sociedade organizada num Estado Democrático de Direito.

Entretanto, no processo penal a pena é individualizada segundo as regras vigentes, nos limites impostos pelo legislador, sem abstrações ou suposições de cometimentos de outros crimes, em tese, não constantes da denúncia, sem o que estaríamos em um verdadeiro tribunal de exceção, violando princípios constitucionais.

Por todas essas razões, com a devida vênia, não se pode exasperar a pena por uma denúncia em abstrato, por um crime não tipificado nos autos, sem que houvesse a acusação formal na denúncia. Tampouco pode o Tribunal *a quo* avocar para si a *emendatio libeli* em sede de recurso de apelação, sem oportunizar ao acusado os sagrados princípios do contraditório e ampla defesa, pouco importando a natureza e gravidade do delito cometido.

Com efeito, se a Lei n. 9.296/1996 que trata do crime de escuta ilegal dispõe em seu art. 10, **que** “*Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.*”. Esse é o limite.

Com efeito, então para que haja a fixação da pena no seu grau máximo [4 anos], as 08 circunstância judiciais previstas no art. 59 do Código Penal deveriam ter sido analisadas e sobejamente demonstradas.

Identifico, pois, consoante transcrição dos votos proferidos no v. acórdão recorrido, que houve a fundamentação de apenas 04 entre as 08 circunstâncias judiciais, quais sejam, a ***culpabilidade, os motivos, circunstâncias e as conseqüências do crime.***

Deixou, portanto, a Corte *a quo* de analisar, fundamentadamente, outras circunstâncias judiciais que são os ***antecedentes, a conduta social e a personalidades***

*do agente*, circunstâncias essas que foram analisadas pela sentença, uma vez que o comportamento da vítima não influencia em razão da natureza do crime, estabelecendo o juiz monocrático, finalmente, a pena em 03 anos e 04 meses de reclusão e multa.

Essas mesmas circunstâncias não foram, entretanto, apreciadas pelo v. acórdão recorrido que, assim, exasperou a pena ao limite máximo *sem qualquer fundamentação ou motivação*, como era de seu dever.

Dessa forma, no meu entender, violando-se o princípio da proporcionalidade, desmotivada e não fundamentadamente, a sentença monocrática, nesse aspecto, merece ser restabelecida por melhor se ajustar aos princípios e fundamentos legais.

Com esses fundamentos, pedindo vênias ao em. relator para *divergir em parte de seu voto, conheço parcialmente do recurso especial de Temilson Antônio Barreto de Resende apenas quanto a exasperação da pena e, nessa extensão, dou-lhe provimento para, mantida a condenação, reduzir a pena de reclusão aos limites fixados na d. sentença de primeiro grau, bem como a multa, observados os seus comandos em face a condenação anterior (Sentença, fl. 2.922)*.

É como voto.