



Jurisprudência da **Sexta Turma**

HABEAS CORPUS N. 52.995-AL (2006/0011608-1)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Tutmés Airan de Albuquerque Melo - Defensor Público

Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

Paciente: Andréa Ferreira da Silva

Paciente: Arlindo Ferreira da Silva

Paciente: Belvane Castro Silva

EMENTA

Habeas corpus. Furto qualificado. Condenação. Obtenção de documento de transferência bancária. Sigilo bancário. Ausência de autorização judicial. Prova supostamente ilegal. Ilícitude das demais provas por derivação. Pacientes que não podem se beneficiar com a própria torpeza. Conhecimento inevitável. Nulidade. Não ocorrência.

1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores.

2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação.

3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada.

4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia

originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima.

5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza.

6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie.

7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável.

8. *Ordem denegada.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

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

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 04.10.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Consta dos autos que foram feitas investigações – inclusive com o bloqueio de contas e quebra do sigilo bancário dos pacientes – objetivando apurar a prática de furto mediante fraude de R\$ 166.000,00 (cento e sessenta e seis mil reais) contra a vítima Maria José dos Santos Silva a qual, dias após o furto, foi assassinada por asfixia mecânica por sufocação direta, fato este que é objeto de outra investigação.

Tais investigações culminaram com a acusação e, posterior condenação de Andréa Ferreira da Silva, Arlindo Ferreira da Silva e Belvane Castro Silva, respectivamente, pelo Juízo de primeiro grau à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, substituídas por duas penas restritivas de direitos; 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto pelo art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, negado-lhe provimento em acórdão assim ementado (fl. 50):

Penal. Processual Penal. Condenação por furto qualificado mediante fraude. Apelação criminal. Preliminar de nulidade do processo. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. No mérito, alegação de inocência e negativa de participação. Exacerbação das penas. Circunstâncias judiciais analisadas em conjunto. Aplicação de penas diferentes. Autoria e materialidade proficientemente demonstradas e elucidadas. Decisão de primeiro grau em estreita consonância com o acervo probatório. Decisão: recurso conhecido. Preliminar rejeitada e no mérito, improvido. Unânime. (fl. 50).

Daí o presente *habeas corpus*, por meio do qual alega o impetrante, em síntese, que a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou devem ser anulados, uma vez que toda a investigação se originou com base em prova ilícita, consistente em documento expedido pelo Banco do Brasil sem a devida autorização judicial.

Sustenta que a autorização para quebra de sigilo bancário dos pacientes só se concretizou 6 (seis) meses depois da publicidade dada ao documento que gozava da proteção do sigilo bancário.

Indeferida a liminar (fl. 86) e solicitadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral

da República Célia Regina Souza Delgado, manifestou-se pela denegação da ordem, nos termos desta ementa (fl. 127):

Habeas corpus. Furto qualificado. Alegação de nulidade do processo. Quebra de sigilo bancário realizada mediante autorização judicial. Legalidade.

Parecer pela *denegação* do pedido. (fl. 127)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Suscita-se, na impetração questão interessante. Para que se possa compreendê-la melhor, destaco, da denúncia, os seguintes fatos (fls. 11-12):

A instauração tomou por base a notícia da ocorrência encaminhada pelo Sr. Manoel Sebastião dos Santos, na condição de herdeiro da vítima, e por conseguinte parte interessada.

Segundo apurado, a vítima Maria José, senhora de muita idade e pouca saúde e instrução, era detentora de contas bancárias para o depósito de sua pensões nas agências do Banco do Brasil e Banco Nordeste nesta cidade.

Sua única procuradora para movimentação da conta n. 22.843-5 no Banco do Brasil era a Sra. Lair Moraes Dias, consoante certidão de fls. 17.

Por indicação de seu pai, o motorista Arlindo Ferreira da Silva, que transportava a vítima Sra. Maria José em seus deslocamentos por esta cidade e para capital, a primeira denunciada passou a trabalhar com a vítima, na função de cuidar de sua assistência e dos afazeres domésticos em sua casa, e por essa razão a denunciada teve conhecimento da vultosa quantia que sua patroa possuía nessa conta.

Daí então, maliciosa e fraudulentamente providenciou junto à agência do Banco do Brasil, nesta cidade, a modificação da titularização da conta corrente individual para conjunta com a referida senhora, ludibriando aquela instituição bancária quanto ao grau de parentesco inexistente com a idosa, ao identificar-se como filha daquela pessoa.

(...)

Conseguida a modificação na titularidade da referida conta, ciente do precário estado de saúde da Sra. Maria José, a primeira denunciada, sem qualquer autorização ou sequer conhecimento da titular, sacou a importância de R\$ 166.000,00 (cento e sessenta e seis mil reais) daquela conta em 08.02.1999, e na mesma data, através de um DOC "C" n. 868.342, transferiu a mesma importância para a conta n. 81.340-0, da agência 389-1, do Bradesco, localizada na Rua do Livramento, em Maceió de titularidade da segunda denunciada.

Em 12.02.1999, a segunda denunciada sacou todo aquele valor de sua conta, e segunda a mesma entregou-o à primeira denunciada.

A investigação que deu ensejo à descoberta dos fatos narrados na denúncia surgiu por meio de notícia efetivada por Manoel Sebastião dos Santos, sobrinho e herdeiro da vítima.

Pelo exame conjunto do inquérito, denúncia e sentença, ao que tudo indica - porque os autos não vieram instruídos adequadamente - Manoel, após o falecimento da vítima e na condição de herdeiro, dirigiu-se ao Banco do Brasil onde foi informado da operação bancária que havia sido feita pelos pacientes, oportunidade em que o gerente ou responsável pelo setor, apresentou-lhe o comprovante de transferência (DOC "C").

Esse documento, segundo os impetrantes, estaria protegido pelo sigilo bancário e não poderia, sem autorização judicial, ou aquiescência da titular solidária da conta bancária - Belvane Castro Silva, ora paciente - ser dada publicidade, como foi feito.

Estou de acordo com o impetrante quanto à proteção dada às informações de operações bancárias, cujo sigilo, segundo disposição legal, corresponde à obrigação imposta às instituições financeiras, configurando infração penal a sua quebra injustificada.

Nesse contexto, ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexiste no ordenamento pátrio direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. Como salienta Luís Roberto Barroso, após descrevê-la como um processo de três etapas:

(...) a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima - identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão - envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências.

(in **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335)

A inviolabilidade dos sigilos é, portanto, a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a fundamentação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de serem consideradas ilícitas as provas obtidas dessa violação. Nesse sentido:

Habeas corpus. Decretação de prisão preventiva com quebra de sigilo bancário do investigado e de seus genitores com vistas a localizar réu que se encontrava foragido. Afastamento da inviolabilidade de sigilos. Medida excepcional. Exigência de concreta fundamentação. Inexistência. Prisão revogada pelo juiz titular.

1. Embora pela literalidade do texto constitucional (art. 5º, XII, CF) o sigilo de dados bancários não possa ser afastado, é certo que tal regra há de ser interpretada com temperamentos. Afinal, inexistente no ordenamento pátrio direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores.

2. Não se pode, contudo, descuidar que a inviolabilidade dos sigilos é a regra e que a quebra, a exceção. Em razão disso, exige-se da decisão que restringe a garantia constitucional concreta fundamentação.

3. No caso concreto, houve a quebra do sigilo bancário do investigado e de seus genitores com vistas a viabilizar a localização do réu, que se encontrava foragido.

4. Ocorre que a invocação da necessidade de localizar o réu não é, por si só, suficiente a justificar o afastamento da regra constitucional da inviolabilidade dos sigilos, principalmente na hipótese presente, quando a medida alcançou também os genitores do acusado.

5. Além disso, houve a revogação da prisão preventiva por parte do Juiz titular que não entendeu presentes os motivos ensejadores da segregação cautelar.

6. Ordem concedida com o intuito de cassar a decisão que decretou a quebra do sigilo bancário do paciente e de seus genitores.

(HC n. 133.347-PE, de minha Relatoria, DJe de 30.11.2009)

Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o art. 5º, LVI da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada.

Entretanto, no caso há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção à violação de sigilo bancário que ora é reivindicada por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito.

A primeira diz respeito à própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro.

Como vimos, tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Aliás, a própria titularidade solidária que detinha uma das pacientes, e que agora é reclamada para respaldar eventual autorização legal, nasceu como início da trama que foi efetivada contra vítima, conforme se infere do seguinte trecho da sentença condenatória (fl. 24):

O mais grave é que a acusada Belvane não possuía nenhum parentesco com a vítima e não havia sequer uma procuração pública, que permitisse a prática daquele ato, até porque a própria vítima tinha como procuradora a Sra. Lair Moraes Dias, fato este comprovado pelo cartão original de autógrafo do Banco do Brasil, onde consta a assinatura desta senhora.

Os pacientes, na verdade, pretendem, nesta oportunidade, beneficiarem-se com a própria prática criminosa.

Vige, entre nós, o princípio geral do Direito segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Ele possui valor genérico que condiciona e orienta a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas, servindo como alicerce do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão:

Habeas corpus. Estelionato, corrupção ativa e formação de quadrilha. Citação por edital. Revelia. Suspensão do curso do processo. Posterior constituição de advogado. Retomada do andamento da ação que não se opera de forma automática. Ordem denegada.

1 - Para o restabelecimento do curso de processo que se encontrava suspenso por força do disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, faz-se necessária a prolação de decisão judicial que levante o sobrestamento, não retomando a sua tramitação automaticamente da data em que constituído advogado pelo acusado revel.

2 - No caso, o magistrado determinou o prosseguimento da ação em 04.10.2002.

3 - Quisesse o paciente que ela retomasse o seu curso em momento anterior, deveria ter se apresentado ou reclamado, em tempo, o seu prosseguimento, o que não fez, não podendo agora assim proceder, principalmente se já condenado com trânsito em julgado, *sob pena de incidência do princípio nemo auditor propriam turpitudinem allegans (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza)*.

4 - *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 67.435-RS, Rel. Ministro Paulo Gallotti, DJ de 23.03.2009)

Assim, antes mesmo de se verificar eventual tensão entre princípios que ensejasse a relativização daquele que prevê o sigilo das informações, observa-se, no exame do caso, que a pretensão de reconhecimento da nulidade é precedida do desejo de se beneficiar os pacientes com o fruto do ato ilícito, o que foge à razoabilidade.

A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato bancário foi obtido por herdeiro da vítima. É de se verificar que a obtenção dos dados ocorreria de qualquer maneira, inclusive para documentação em inventário, o que ensejaria o desenrolar do processo tal qual ocorreu na espécie, com a produção ampla de novas provas incriminadoras durante a instrução criminal.

Sob esse prisma, impõe-se que se faça breve apontamento acerca da admissibilidade da prova ilícita e da prova dela derivada, disciplinada no art. 157, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008, que diz o seguinte:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Parte da doutrina sustenta que a redação conferida ao § 2º do art. 157 do CPP, o qual trata da fonte independente diz respeito, também, à teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*). Ou seja, a prova ilícita poderia ser aceita quando demonstrado que ela (a prova) seria inevitavelmente descoberta por outros meios legais. Nesse particular, oportunas as lições do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Aspecto relevante diz respeito à prova ilícita por derivação. É o caso de prova ilícita obtida a partir de uma prova ilícita. Exemplo notório é o caso de confissão de crime mediante tortura que permite a apreensão do produto mediante ordem judicial.

A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou tal teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia, inclusive.

Referida doutrina tem sido objeto de mitigação em razão de o seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos. Como bem analisa Eugênio Pacelli, 'ao investigado sempre será mais proveitoso a existência de uma prova ilícita, sobretudo se produzida antes do início das investigações. Aí se poderá alegar que todas as demais, subsequentes, dependeriam da informação obtida com a ilicitude.

Daí falar-se em existência de provas autônomas (independent source) e em descobertas inevitáveis (inevitable discovery) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita.

Portanto, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras provas constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude. Aqui também assume relevância peculiar a aplicação do princípio da proporcionalidade em concreto.

(in **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 641-642)

Assim, o § 2º do art. 157 do CPP serve, em última análise, para mitigar a teoria da contaminação da prova, restringindo-a para os casos em que a prova ilícita foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada que, sem aquela não existiria, o que não aconteceu na espécie.

No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável.

Não vejo, portanto, razoabilidade alguma em se anular todo o processo e demais provas colhidas não só durante a instrução criminal, mas também aquelas colhidas na fase pré-processual investigativa, em razão do que foi exposto.

Denego, pois, a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 88.739-BA (2007/0188878-9)

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

Impetrante: Roberta Sampaio e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Paciente: M A da S G

Advogado: Luciano Bandeira Pontes

EMENTA

Habeas corpus. Ação penal originária. Estupro e ameaça. Condenação de promotor de justiça. *Quorum* da sessão de julgamento complementado por juízes de primeiro grau convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Nulidade absoluta. Ordem parcialmente concedida.

1. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser perfeitamente possível a convocação de juízes de primeiro grau para substituírem desembargadores nos Tribunais, quando, em conformidade com a legislação de regência, não há qualquer ofensa à Constituição Federal.

2. O caso em apreço não se amolda à hipótese acima, tendo em vista tratar-se de ação penal originária, porquanto, em última análise, refere-se às prerrogativas dos membros do Ministério Público que, por expressa previsão constitucional (art. 96, inciso III), possuem foro privilegiado por prerrogativa de função.

3. Prevendo o Regimento Interno do Tribunal de Justiça Estadual, vigente à época do julgamento do paciente, de que era necessária a presença de pelo menos dois terços de seus membros na sessão de julgamento, viola o princípio do juiz natural quando o referido *quorum* é completado com juízes de primeiro grau convocados.

4. Com a anulação do acórdão condenatório, e considerando que, em caso de nova condenação, a sanção que venha a ser imposta ao paciente, pela prática do delito de ameaça, não poderá ultrapassar a 2 meses e 10 dias de detenção, pena aplicada no acórdão ora anulado,

constata-se ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, pois decorridos mais de 2 anos desde a data do recebimento da denúncia, último marco interruptivo, em 04.06.2004 (fl. 275), a teor do disposto no art. 109, VI, c.c. o art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, com redação anterior à estabelecida pela Lei n. 12.234/2010.

5. Tendo em vista que o paciente só foi preso após o trânsito em julgado da condenação aqui anulada, deverá aguardar em liberdade o novo julgamento do processo.

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para anular o julgamento da Ação Penal Originária n. 6.813-7/2003, devendo outro ser realizado pelo Tribunal Pleno composto de pelo menos dois terços de desembargadores efetivos do Tribunal de Justiça da Bahia, declarando, de ofício, extinta a punibilidade do paciente em relação ao delito de ameaça, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, devendo, ainda, aguardar o novo julgamento em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, restando prejudicados os demais pedidos.

ACÓRDÃO

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

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

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

Brasília (DF), 15 de junho de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 30.08.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de M. A. da S. G., então Promotor de Justiça, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça da Bahia.

Colhe-se do processado que, nos autos da Ação Penal Originária n. 6.813-7/2003, foi o paciente condenado, pela prática de estupro, à pena de 9 anos, 5 meses e 22 dias de reclusão, no regime fechado, e pelo delito de ameaça, à pena de 2 meses e 10 dias de detenção.

Busca a impetração que se reconheça a nulidade do acórdão condenatório, afirmando ter ocorrido violação ao princípio do juiz natural, bem como por cerceamento de defesa no curso da instrução criminal, tendo em vista o indeferimento da perícia requerida pela defesa, além do que não foi realizado o exame de corpo de delito.

A liminar foi indeferida pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator, à fl. 2.074.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações às fls. 2.080-2.083.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 2.169-2.178), opinou pela denegação da ordem.

A seguir, os autos foram atribuídos à minha Relatoria (fl. 2.250).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Sustenta a impetração, no tocante ao pedido de nulidade do acórdão condenatório, por violação ao princípio do juiz natural, que o paciente, por se tratar de membro do Ministério Público, não poderia ser julgado por Juízes de primeiro grau convocados, vez que possuem mesmo grau hierárquico e funcional.

Alega, ainda, que há determinação legal no sentido de que somente o Procurador-Geral de Justiça poderá atuar no Tribunal Pleno, órgão responsável pelo julgamento de ação penal originária, donde concluir-se que “somente Desembargadores podem ocupar o mesmo órgão” (fl. 9).

Primeiro, cumpre ressaltar a situação do Tribunal de Justiça da Bahia, na época da votação, onde, dos 30 membros efetivos que o compunham, conforme previsto no artigo 18 da Lei n. 3.731/1979 - Lei de Organização Judiciária do Estado -, com redação dada pela Lei n. 6.982/1996, apenas 23 votaram na sessão de julgamento, sendo 16 votos proferidos por desembargadores e 7 por juízes convocados.

É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser perfeitamente possível a convocação de juízes de primeiro grau para substituírem desembargadores nos Tribunais, quando, em conformidade com a legislação de regência, não há qualquer ofensa à Constituição Federal.

Vejam-se os precedentes desta Corte:

A - Habeas corpus. Apelação criminal. Órgão colegiado composto, na sua maioria, por juízes federais convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Não ocorrência. Convocação realizada de acordo com a Lei Federal n. 9.788/1999 e Resolução n. 210-CJF. Substituição de desembargadores federais em férias. Situação excepcional. Inexistência de criação de novos órgãos colegiados. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. O Princípio do Juiz Natural foi encampado pelo ordenamento jurídico pátrio nas suas duas vertentes, uma proibindo a instituição de tribunais de exceção; e outra garantindo ao indivíduo o seu julgamento por autoridade judiciária com competência definida previamente em lei.

2. Analisando hipótese análoga à verificada no caso, esta Corte já firmou o entendimento no sentido de que a convocação de juízes do primeiro grau de jurisdição para atuarem nos Tribunais não ofende o princípio do juiz natural, caso precedida de autorização legal. Precedentes.

3. No âmbito da Justiça Federal, a possibilidade de convocação, de forma excepcional, de juízes federais para auxílio nos trabalhos do segundo grau de jurisdição é prevista no artigo 4º da Lei n. 9.788/1999, o qual foi regulamentado pelas Resoluções n. 210 e 51 do Conselho da Justiça Federal.

4. Na hipótese em apreço, a convocação dos juízes federais que atuaram no julgamento do acórdão objurgado deu-se para substituir temporariamente Desembargadores Federais no gozo de férias, conforme previsão contida nos citados diplomas normativos, e não para comporem novos órgãos colegiados, situação que se distancia do alegado julgamento por tribunal de exceção, ou por autoridades irregularmente investidas no poder de julgar.

5. Ordem denegada.

(HC n. 113.394-MG, Relator o Ministro *Jorge Mussi*, DJe de 26.04.2010)

B - Habeas corpus. Julgamento de *writ* originário. Turma composta majoritariamente por juízes convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Inexistência. Convocação que atende o disposto na Loman e na Lei de Organização Judiciária e se presta apenas a substituição eventual. Pronúncia. Confirmação pelo Tribunal em sede de RESE. Inauguração da segunda fase do procedimento do júri. Pendência de recursos de índole excepcional. Possibilidade.

1. *Não há falar em violação ao princípio do juiz natural nos casos em que, embora o julgamento tenha contado majoritariamente com juízes convocados, o sistema de convocação encontre amparo na legislação.*

2. No caso, a convocação encontra previsão na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, e se presta exclusivamente a suprir ausências decorrentes de férias, afastamentos ou impedimentos eventuais dos Desembargadores titulares.

3. Ainda que estejam pendentes de apreciação recursos de índole excepcional – especial e extraordinário – interpostos contra a decisão que confirma a pronúncia, não há impedimento a que se passe à segunda fase do procedimento escalonado do júri, uma vez que esses recursos não são dotados de efeito suspensivo.

4. Ordem denegada, cassando-se, em consequência, a liminar deferida. Recomendação para que sejam adotadas medidas no intuito de agilizar a realização do júri.

(HC n. 110.227-DF, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 07.12.2009)

E do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Princípio do juiz natural. Câmara composta majoritariamente por juízes de 1º grau convocados. Precedentes. Ordem denegada.

1. *É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não viola o princípio do juiz natural a convocação de juízes de primeiro grau para compor órgão julgador do respectivo tribunal. Precedente: HC n. 86.889, da relatoria do ministro Menezes Direito.*

2. No julgamento do HC n. 96.821 (Sessão de 08.04.2010 - acórdão pendente de publicação), o Plenário desta nossa Corte fixou a orientação de que não há nenhuma violação ao princípio do juiz natural quando a Turma julgadora é composta, na sua maioria, por juízes convocados de primeiro grau. Entendimento, esse, que homenageia a duração razoável do processo, “materializando o ideal de uma prestação jurisdicional célere e efetiva.”

3. Ordem denegada.

(HC n. 99.240-AM, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21.05.2010)

Esse entendimento, no entanto, serve para os casos de julgamento de processos nas Câmaras ou Turmas dos Tribunais, já que, no presente caso,

por se tratar de ação penal originária, a questão deve ser analisada com maior cautela, porquanto, em última análise, refere-se às prerrogativas dos membros do Ministério Público que, por expressa previsão constitucional (art. 96, inciso III), possuem foro privilegiado por prerrogativa de função.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, vigente à época do julgamento, estabelecia a competência do Tribunal Pleno para processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público, nos crimes comuns (artigo 59, incisos XVIII e XIX), devendo ser observada “a presença de pelo menos dois terços de seus membros” na sessão de julgamento (artigo 225, inciso I).

O referido dispositivo quis expressamente excluir da sessão de julgamento aqueles que não são membros do Tribunal, ou seja, os juízes de primeiro grau convocados.

É certo que, no caso em tela, os magistrados de primeira instância não funcionaram como juízes de exceção, convocados *ad hoc* para o julgamento do processo do paciente, vez que já estavam atuando regularmente em razão dos afastamentos dos membros do Tribunal de Justiça.

Entretanto, não eram esses magistrados os “juízes naturais” para o julgamento do processo do paciente que, na condição de membro do Ministério Público, fazia jus ao direito de ser julgado por pelo menos dois terços dos integrantes do Tribunal, isto é, por no mínimo 20 desembargadores.

O Conselho Nacional de Justiça, em questão semelhante, entendeu ser inviável a convocação de juízes de primeiro grau para compor *quorum* do Tribunal em sessão de instauração de processo administrativo disciplinar em face de outro magistrado de primeiro grau.

Confira-se:

Procedimento de controle administrativo. Magistratura. Processo administrativo disciplinar. *Quorum* para deliberação de instauração e afastamento do processado. Convocação de juízes de primeiro grau. Impossibilidade. Comunicação dos atos processuais. Citação do processado na pessoa de seu defensor. Possibilidade. Deferimento parcial.

I. Não é possível a convocação de magistrados de 1º grau para compor insuficiência de quorum do Tribunal Pleno, ou de seu órgão especial, em votação de instauração de processo administrativo disciplinar e de eventual afastamento do processado, ainda que exista previsão normativa do Regimento Interno do Tribunal ou da Lei de Organização Judiciária local. A única convocação possível para o julgamento de processos disciplinares é de desembargadores, por serem membros efetivos do

Tribunal, para integrar o órgão especial, sob pena de violação do princípio do juiz natural.

II. Tanto a decisão de abertura de processo disciplinar contra magistrado, como a decisão de afastamento liminar, submetem-se ao quorum formado pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal (art. 93, X, da CF/1988 c.c. Enunciado n. 10-CNJ).

III. (...).

(CNJ - PCA 200810000010813, Rel. Cons. Jorge Maurique, 71ª Sessão, j. 07.10.2008, DJU 24.10.2008)

Se é assim em relação à instauração de procedimento administrativo disciplinar contra magistrado de primeira instância, o mesmo é de aplicar-se ao processo penal contra Promotor de Justiça, que possui equivalente grau hierárquico do juiz de primeiro grau, no qual a condenação, além de implicar perda de investidura, acarretará também sanção criminal, como ocorreu na hipótese.

Outra incongruência que merece especial atenção é o fato de que, na distribuição do processo aqui tratado, realizada mediante sorteio em 28.03.2003, estavam impedidos todos os juízes convocados à época, por se tratar de “processo da competência de desembargador titular”, conforme extrato processual de fl. 42, sendo importante ressaltar, ainda, que dois dos juízes impedidos na distribuição, os Magistrados Antônio Pessoa Cardoso e Maria da Purificação da Silva, votaram na sessão de julgamento da ação penal contra o paciente (fl. 39).

Ora, é inadmissível que os juízes de primeiro grau convocados estejam impedidos de participar da distribuição de ação penal originária, mas mesmo assim possam votar na sessão de julgamento. Se não têm competência para relatar o processo, jamais poderiam participar da votação.

Assim, frente ao quadro descrito, a nulidade é indiscutível, pois a participação dos juízes convocados na sessão de julgamento, que condenou o paciente, violou o princípio constitucional do juiz natural, impondo-se a nulidade do julgamento, já que não observado o *quorum* de dois terços dos membros do Tribunal na época, isto é, 20 desembargadores, restando prejudicados os demais pedidos veiculados no *writ*.

Deixo de anular a sessão que recebeu a denúncia em razão de que, muito embora tenha tido a participação de juízes convocados, não há qualquer previsão regimental ou legal em relação ao *quorum* da sessão, sendo certo que dos 17

desembargadores votantes - excluídos os votos dos juízes de primeiro grau - apenas 1 votou pela rejeição da denúncia (fl. 275). Devem, ainda, ser preservados os atos de instrução processual, vez que foram realizados por membro efetivo do Tribunal de Justiça, o Desembargador Relator Raimundo Antônio de Queiroz.

De outro giro, com a anulação do acórdão condenatório, e considerando que, em caso de nova condenação, a sanção que venha a ser imposta ao paciente, pela prática do delito de ameaça, não poderá ultrapassar a 2 meses e 10 dias de detenção, pena aplicada no acórdão ora anulado, constata-se ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, pois decorridos mais de 2 anos desde a data do recebimento da denúncia, último marco interruptivo, em 04.06.2004 (fl. 275), a teor do disposto no art. 109, VI, c.c. o art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, com redação anterior à estabelecida pela Lei n. 12.234/2010.

Por fim, tendo em vista que o paciente só foi preso após o trânsito em julgado da condenação aqui anulada, deverá aguardar em liberdade o novo julgamento do processo.

Ante o exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus* para anular o julgamento da Ação Penal Originária n. 6.813-7/2003, devendo outro ser realizado pelo Tribunal Pleno, composto de pelo menos dois terços dos desembargadores efetivos do Tribunal de Justiça da Bahia, declarando, de ofício, extinta a punibilidade do paciente em relação ao delito de ameaça, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, devendo, ainda, aguardar o novo julgamento em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, restando prejudicados os demais pedidos.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 88.919-SP (2007/0192098-8)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Max Fabian Nunes Ribas

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Silvio Silva Lopes (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Condenação. Nomeação de defensor dativo. Omissão do causídico. Absoluta falta de defesa técnica. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos processos de competência do Tribunal do Júri, a não apresentação de alguma peça processual, tal como defesa prévia, alegações finais ou contrariedade ao libelo, por si só, não acarreta nulidade, pois a Defesa pode optar por reservar sua tese para o julgamento em plenário.

2. A hipótese, contudo, revela um quadro fático peculiar que evidencia ter o paciente respondido ao processo criminal totalmente desassistido, em clara violação ao princípio da ampla defesa. Isso porque o defensor dativo não compareceu às audiências realizadas por carta precatória, apesar de intimado, não apresentou alegações finais, não recorreu da sentença de pronúncia, não apresentou contrariedade ao libelo e não compareceu à sessão plenária do Tribunal do Júri, ocasião em que foi destituído.

3. Ordem concedida em maior extensão, de ofício, para anular a ação penal, preservando-se apenas o recebimento da denúncia e renovando-se, a partir daí, todos os atos processuais, nos termos do art. 406 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem e, de ofício, expediu habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília (DF), 18 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 06.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Silvio Silva Lopes*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 1.016.026.3/3).

Extraí-se dos autos que o paciente foi denunciado, perante a Segunda Vara Criminal da Comarca de Miracatu-SP, pela suposta prática da conduta descrita no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal. Ao receber a denúncia, o magistrado decretou sua prisão preventiva.

Ao pronunciar o paciente, em 15.07.2005, registrou o Juiz de primeiro grau (fls. 80-81):

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a ausência de manifestação na fase do art. 406 do CPP não configura nulidade, pois pode constituir estratégia da defesa, ao optar por expor suas teses apenas na contrariedade ao libelo ou no plenário do Júri, consoante sábia jurisprudência. Ademais, não está evidenciado o abandono da causa, sobretudo porque o defensor recebeu a intimação pessoal, sem nenhuma ressalva, e já havia apresentado defesa prévia. Não se vislumbra, por fim, prejuízo ao réu, sobretudo tendo em conta o teor de seu interrogatório, sem teses claras de defesa que reclamassem, inexoravelmente, desde já, reprodução técnico-jurídica.

A Defesa requereu ao magistrado *a quo* a anulação do processo, sendo indeferida a pretensão, nestes termos (fls. 126-128):

Fls. 193-198 e 202-207: as nulidades porventura ocorridas antes da pronúncia não podem mais ser conhecidas por este Juízo, ao qual não compete desfazer ato judicial precluso *pro iudicato* (como é a pronúncia) proferido por órgão jurisdicional de mesma graduação. Tanto é assim, que perante o Tribunal do Júri a lei (Cód. de Proc. Penal, arts. 571, I e V), só admite a arguição das nulidades que hajam sucedido *depois* da pronúncia. E a razão disso é clara: como a pronúncia é mero juízo de admissibilidade, se as nulidades que antes dela sucederam não foram alegadas oportunamente, não existe razão para, depois, impedir o julgamento pelo juiz natural, que é o Tribunal do Júri.

(...)

Tampouco se pode dizer que haja nulidade porque não foi apresentada contrariedade ao libelo: com efeito, a doutrina afirma que essa peça é facultativa (...), e a defesa não demonstrou prejuízo, tanto que não pôde sequer indicar diligências que houvesse de requerer na contrariedade.

Foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pretendendo o reconhecimento da nulidade do processo, ao argumento de que o paciente esteve indefeso desde a nomeação do mencionado advogado dativo. O *writ* foi denegado, sob os seguintes fundamentos (fls. 20-23):

Inicialmente, cumpre observar que, diante da prolação de sentença terminativa de mérito, inócua qualquer asserção de excesso de prazo na formação da culpa.

O impetrante aponta três nulidades.

A primeira delas diz respeito à destituição injusta ou irregular de patrono do réu. Mas tal mácula inexistiu. Com efeito, o Dr. Nélon Salvador, advogado regularmente intimado da reunião do Conselho de Sentença (fl. 70), simplesmente não compareceu na data designada para julgamento (13.09.2006), tampouco justificou sua ausência (fl. 71), fato que obrigou o magistrado a deixar de realizar o Júri e designar outra data (18.10.2006).

Por óbvio, face ao descaso desse patrono, que movimentou a máquina judiciária sem o mais mínimo zelo ou senso de responsabilidade, trazendo prejuízo aos jurados e testemunhas que se locomoveram até o fórum naqueles dias, deixando de lados seus afazeres, e, paralelamente, prejudicou o funcionamento do judiciário, houve destituição da nomeação dativa, determinação de providências disciplinares e, por fim, nomeação de outro patrono.

Bem se vê que, ao revés do asseverado na impetração, preservaram-se direitos e garantias individuais do paciente, inexistindo, pois, qualquer mácula processual.

Outro apontamento de que o paciente estaria indefeso, ou seja, a segunda nulidade arguida, diz respeito à ausência de alegações finais por parte da defesa.

Ledo engano.

A defesa, devidamente intimada, reservou-se o direito (fl. 11) de expor sua tese noutra oportunidade. E tal fato não é conducente à nulidade, sendo, em muitas vezes, uma estratégia da defesa.

(...)

Por fim, argui a impetração uma terceira nulidade insuperável, qual seja, a ausência de contrariedade ao libelo crime acusatório. E, mais uma vez, não lhe assiste quando diz que o réu está indefeso.

Com efeito, segundo jurisprudência remansosa deste Tribunal, “a contrariedade ao libelo é mera faculdade processual e seu não exercício não fera nulidade. A melhor doutrina recomenda, aliás, à defesa abster-se de fixar posições que a deixem descoberta perante a acusação” (RT 543/317).

É, pois, um *non facere* interessante à defesa.

Nesse contexto, ficam derruídas as ditas “nulidades insuperáveis” arguidas pelo mavórtico impetrante.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta que o defensor nomeado não apresentou defesa prévia, alegações finais ou contrariedade ao libelo acusatório, tampouco compareceu perante o Tribunal do Júri, não obstante ter sido intimado, sendo adiado o julgamento e nomeado novo defensor.

Arguindo ausência de defesa técnica, pretende a anulação do processo “desde a ausência de apresentação de alegações finais pelo advogado anteriormente nomeado pelo Estado de São Paulo, com a conseqüente anulação de todos os atos supervenientes” (fl. 8).

Foram prestadas informações às fls. 33-103, quando se esclareceu que, em 18.10.2006, o paciente foi condenado à reprimenda de 13 (treze) anos de reclusão, provimento que transitou em julgado. Ao julgar a apelação, em 11.06.2007, a Corte estadual assim se manifestou (fls. 189-190):

A falta de oferta de razões finais pela defesa, na fase do art. 406 do CPP, não acarreta nulidade absoluta do feito. Doutrina e jurisprudência afinam-se ao entendimento que tal pode traduzir estratégia de defesa. Em verdade, o exercício pleno do direito de defesa, no Júri, dá-se durante o julgamento e não na fase pretérita já mencionada. Por isso, tem-se entendido que é facultativa a oferta da defesa escrita. Depois, caso isso ocorresse, trata-se-ia de nulidade a ser invocada a tempo certo, ou seja, antes do julgamento pelo Plenário. Se, como de fato, tal não se deu, operou-se a preclusão, nos exatos termos do mencionado código, art. 571, I.

Por outro lado, a falta de contrariedade ao libelo não tem o efeito pretendido pelo recorrente. Como já deixou assentado o v. Aresto do colendo STF, no RHC n. 8.269, publicado no DJU de 18.09.2000, “a ausência de contrariedade ao libelo, até por sua relativa relevância prática, não gera *de per se*, nulidade. Trata-se de mera faculdade processual”. Esse é também o entendimento desta Corte, como se vê dos arestos publicados na RT 778/579 543/317 e 427/375.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 195-200).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Sustenta a impetração, em síntese, existir nulidade processual por falta de defesa técnica.

Destaque-se, inicialmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nos processos de competência do Tribunal do Júri, a não apresentação de alguma peça processual, tal como defesa prévia, alegações finais ou contrariedade ao libelo, por si só, não acarreta nulidade. Isso porque a Defesa pode optar por reservar sua tese para o julgamento em plenário.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. (1) Prisão preventiva. Revogação. Advento do trânsito em julgado. Pleito prejudicado. (2) Procedimento do júri. 1ª fase. Alegações finais. Intimação do defensor. Não apresentação da peça. Nulidade. Ausência. (3) Denúncia. Ausência de suporte fático. Debate probatório. Inviabilidade. Mormente com a superveniência de sentença. (4) Pronúncia. Qualificadora. Afastamento. Hipóteses excepcionais. Ilegalidade. Ausência.

1. Resta prejudicado o pedido de revogação da prisão preventiva com o trânsito em julgado da condenação.

2. *É maciça a jurisprudência segundo a qual, no procedimento do júri, não há falar em nulidade quando foi dada oportunidade para a defesa se manifestar, na forma do que previa a antiga redação do artigo 406 do Código de Processo Penal, e esta ficou-se inerte.*

3. A questão da ausência de suporte fático para embasar a denúncia resta obviada com a superveniência da pronúncia e da sentença condenatória. Não há mais se discutir o embasamento para se justificar a instauração da ação penal se, superada tal fase, encontrou-se embasamento suficiente para o desate condenatório. Tem-se, portanto, uma modificação do horizonte processual que dificulta, substancialmente, a pretendida análise.

4. Para se afastar qualificadoras da pronúncia, é fundamental que sua impropriedade seja manifesta. O debate acerca dos lineamentos do recurso que impossibilitou a defesa enseja profundo mergulho no plano fático-probatório. Desta forma, o exame de tais questões refoge aos limites de cognição do *habeas corpus*.

5. Ordem denegada.

(HC n. 92.642-MS, minha Relatoria, Sexta Turma, julgado em 10.06.2010, DJe 1º.07.2010)

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Nulidades. Falta de apresentação de alegações finais, antes da decisão de pronúncia. Matéria não analisada pela Corte de origem. Decisão que torna sem efeito sentença que reconheceu extinta a punibilidade do agente, com base em atestado de óbito falso. Falta de indícios suficientes de autoria. Coação ilegal não caracterizada. Impetração conhecida em parte. Ordem denegada.

1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo Tribunal de origem, não compete a esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância.

2) *A falta de alegações finais, nos processos de competência do Tribunal do Júri, não acarreta nulidade.* No caso em exame, o defensor constituído fora devidamente intimado para manifestação, deixando, no entanto de fazê-lo.

3) É entendimento jurisprudencial que a decisão que declara extinta a punibilidade da espécie, fundada em atestado de óbito falso, não faz coisa julgada material.

4) A alegação de inocência e falta de indícios suficientes para a decisão de pronúncia não podem ser analisadas nos estreitos limites do *habeas corpus*?

5) Impetração conhecida em parte. Ordem de denegada.

(HC n. 143.474-SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 06.05.2010, DJe 24.05.2010)

Tribunal do júri (pronúncia). Defensor devidamente intimado (caso). Alegações finais (ausência). Nulidade (não ocorrência).

1. *A ausência das alegações finais nos processos de competência do tribunal do júri não enseja a declaração de nulidade, pois, na sentença de pronúncia, não há julgamento de mérito, e sim mero juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, da acusação formulada.*

Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 757.464-PE, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 14.12.2009)

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Inexistência de nulidade por falta de apresentação da contrariedade ao libelo por advogado constituído. Precedentes. Ausência de prejuízo. Súmula n. 523-STJ. Falta de comprovação mínima da assertiva de que a Juíza Presidente teria se ausentado da sala de sessão. Inexistência de protesto formal durante o julgamento. Ordem denegada.

1. *A ausência de contrariedade ao libelo não gera, automaticamente, nulidade absoluta, tratando-se de mera faculdade processual da defesa, que pode preferir não adiantar a estratégia de defesa nesse momento processual.* Precedentes da 5ª Turma: RHC n. 8.629-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 18.09.2000, HC n. 30.919-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 14.06.2004 e HC n. 21.848-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 24.03.2003).

2. Em todos os atos processuais o paciente foi assistido, inicialmente por Defensor nomeado e, depois, por Advogados contratados. O só fato de ter ficado insatisfeito com a atuação destes últimos não gera nulidade processual absoluta.

3. O Processo Penal rege-se pelo princípio *pas de nullité sans grief*, não devendo ser declarada nulidade sem a indicação ou a visualização mínima de prejuízo à defesa do acusado (Súmula n. 523-STJ).

4. Não constou na ata da sessão de julgamento do Tribunal do Júri qualquer referência ou protesto da defesa em razão da suposta ausência da Magistrada Presidente, inexistindo prova mínima da assertiva de que esta teria se retirado do recinto.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC n. 87.751-SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 22.09.2008)

Criminal. HC. Homicídio. Tentativa. Indeferimento de juntada de declarações sobre os fatos e do rol de testemunhas. Nulidade. Inocorrência. Libelo acusatório. Intimação do advogado via nota de expediente. Falta de apresentação da contrariedade ao libelo. Peça facultativa. Produção de provas. Preclusão. Ausência de demonstração de prejuízo. Ordem denegada.

Hipótese em que o d. Julgador monocrático indeferiu a juntada de declarações sobre os fatos supostamente delitivos envolvendo o paciente, bem como o rol de testemunhas em sede de contrariedade ao libelo.

Alegações de nulidade em decorrência da intimação do advogado para ciência do libelo acusatório ter sido realizada mediante nota de expediente.

Não configura exigência estabelecida em lei a intimação pessoal do advogado constituído a respeito do libelo acusatório, tampouco a entrega de cópia da referida peça.

Se o causídico permaneceu inerte quanto à apresentação da contrariedade ao libelo, a alegação referente ao não arrolamento de testemunhas encontra óbice na preclusão.

O oferecimento da contrariedade ao libelo não é obrigatório, razão pela qual a ausência da referida peça, por si só, não gera nulidade.

Não há ilegalidade no indeferimento de juntada de declarações a respeito dos fatos pois, nesta fase processual, superada a instrução, caberá ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, diligências para esclarecimento dos fatos de interesse da causa, nos termos do art. 425 do CPP.

Tratando-se de nulidades no processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu.

Incidência do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n. 523 da Suprema Corte.

Ordem denegada.

(HC n. 30.919-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06.05.2004, DJ 14.06.2004, p. 252)

Processual Penal. *Habeas corpus* originário. Homicídio qualificado. Nulidade. Inépcia da denúncia. Ausência de defesa.

I - A inépcia da denúncia deve ser alegada antes da decisão de pronúncia.

II - A não apresentação de recurso da pronúncia e, também, da contrariedade ao libelo, em regra, não ensejam nulidades.

III - A substituição do advogado constituído que não compareceu na primeira sessão de julgamento por defensor *ad hoc*, previamente designado e aceito pelo réu, não configura, em regra, qualquer nulidade.

Writ denegado.

(HC n. 15.630-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.08.2001, DJ 08.10.2001, p. 231)

Processual Penal. Recurso ordinário. Júri. Ausência de contrariedade.

A ausência de contrariedade ao libelo, até por sua relativa relevância prática, não gera, de per si, nulidade. Trata-se de mera faculdade processual.

Recurso desprovido.

(RHC n. 8.629-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.08.2000, DJ 18.09.2000, p. 140)

Na hipótese, contudo, os autos revelam um quadro fático peculiar que, a meu ver, evidencia ter o paciente respondido ao processo criminal totalmente desassistido, em clara violação ao princípio da ampla defesa.

Com efeito, ao contrário do sustentado na impetração, o defensor dativo nomeado pelo Juízo para patrocinar a causa apresentou sim defesa prévia, embora sem arrolar qualquer testemunha, registrando (fl. 65):

Deverá ser provado no decorrer dos autos a sua inocência, após a oitiva de testemunhas.

Até aí, não se constata qualquer irregularidade. Todavia, pelo que se vê dos autos e das informações complementares solicitadas ao Juízo de origem via fax, as testemunhas foram ouvidas por carta precatória, da qual o defensor foi intimado, sem que comparecesse ao ato. Em seguida, não apresentou alegações finais. E, intimado da sentença de pronúncia, não formulou qualquer recurso.

Posteriormente, o defensor ainda quedou-se inerte e não ofereceu contrariedade ao libelo, deixando novamente de arrolar testemunhas. Nessa oportunidade, o magistrado consignou (fl. 100):

Considerando que a defesa não se manifestou, dou por preclusa a oportunidade para que apresente contrariedade ao libelo.

E, por fim, para consagrar a total falta de defesa técnica, o defensor nomeado não compareceu à sessão de julgamento do Tribunal do Júri, sendo, por isso, destituído. Na ocasião, o Juiz Presidente registrou (fl. 107):

Diante da ausência do Defensor, redesigno o presente julgamento para o *dia 18 de outubro de 2006, às 10 horas*. Como o Defensor se ausentou sem justificar, e era nomeado pelo Convênio PGE-OAB (fl. 78), dou-o por destituído. Ademais, é preciso observar que o defensor causou prejuízo ao funcionamento dos serviços do Tribunal e mesmo às testemunhas, que tiveram de deslocar-se sem necessidade. Assim, extraíam-se cópias de fls. (...) e deste termo, encaminhando-se ao Presidente da Seção Paulista da OAB, para as providências disciplinares cabíveis junto ao Convênio PGE-OAB. Sem prejuízo, oficie-se à OAB local solicitando que indique novo defensor para o acusado com urgência.

Assim, à exceção da defesa preliminar, que apresentou de forma genérica, o defensor nomeado para atender aos interesses do paciente não se manifestou em qualquer dos atos processuais posteriores, resultando em sua condenação, após o adiamento da sessão de julgamento pela ausência do defensor, com a designação de novo causídico para o ato.

Acerca da nulidade processual por ausência de defesa técnica, vejam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Advogado constituído que, sem o conhecimento dos réus, deixou de apresentar alegações finais, contrariedade ao libelo e recorrer da sentença de pronúncia. Prejuízo à defesa evidente. Recorrentes que, logo que cientes da inação de seu patrono, revogaram os poderes a ele conferidos, nomeando novo causídico, que imediatamente postulou a reabertura do prazo para alegações finais. Inocorrência de preclusão temporal. Constrangimento ilegal evidenciado. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso ordinário provido, todavia, para reconhecer o cerceamento de defesa e determinar a renovação dos atos processuais, mantida a situação prisional dos recorrentes.

1. No processo penal, para o reconhecimento da invalidade dos atos processuais não basta a desconformidade do ato com o modelo traçado pelo

legislador, cabendo ao magistrado verificar a eventual ocorrência de prejuízo ao réu diante de cada caso concreto, de modo que os automatismos devem ser evitados.

2. In casu o defensor constituído pelos réus deixou de apresentar três peças processuais (alegações finais, recurso em sentido estrito e contrariedade ao libelo); assim, é evidente o prejuízo à defesa dos recorrentes, não sendo crível a tese esposada pelo acórdão hostilizado, de que a inércia do advogado poderia ser mera estratégia defensiva.

3. Somente após a não apresentação de contrariedade ao libelo, ou seja, passados quase dez meses sem qualquer manifestação defensiva nos autos, os réus foram intimados para informar se o advogado à época constituído ainda continuava patrocinando seus interesses; quando o recomendado seria que os recorrentes logo após o transcurso do prazo para a apresentação de alegações finais fossem cientificados que estavam sem defesa e, no caso de eventual inércia, fosse nomeado defensor dativo, dando-se, assim, efetividade ao princípio da plenitude de defesa.

4. Quando cientes da inação de seu patrono, os réus revogaram imediatamente os poderes a ele conferidos, nomeando novo causídico, que imediatamente postulou a reabertura do prazo para alegações finais ante o patente cerceamento de defesa, não se podendo falar, portanto, que as nulidades foram sanadas em razão da preclusão temporal.

5. A Constituição Federal de 1988 garante aos que serão submetidos a julgamento pelo Júri Popular a plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII), princípio muito mais amplo e complexo do que a ampla defesa, sendo, desta forma, inadmissível que os réus fiquem tanto tempo indefesos em processo que apura a suposta prática de homicídio qualificado.

6. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

7. Recurso provido, para reconhecer o cerceamento de defesa decorrente da inércia do advogado em apresentar alegações finais, recurso em sentido estrito e contrariedade ao libelo, determinando-se a renovação dos atos processuais de acordo com as alterações incluídas pela Lei n. 11.689/2008 no CPP, mantida a situação prisional dos recorrentes.

(RHC n. 22.919-RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 03.08.2009)

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Direito Processual Penal. Testemunhas. Expedição de precatório. Inversão da ordem de oitiva. Ausência de prejuízo efetivo. Alegações finais e contrariedade ao libelo. Falta. Nulidade. Ocorrência.

1. Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada *opportuno tempore*, reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

2. A mera inversão da oitiva das testemunhas de defesa e de acusação em função da demora na devolução de cartas precatórias, em não demonstrado prejuízo qualquer advindo à defesa do réu, não é causa de nulidade do processo. Precedentes.

3. À luz do disposto no artigo 222, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Penal, e consoante entendimento jurisprudencial, a expedição de precatória para oitiva de testemunha não suspende a instrução criminal, não havendo falar em nulidade em face da inversão da oitiva de testemunhas de acusação e de defesa.

4. *O não ofertamento das alegações finais e da contrariedade ao libelo-crime acusatório produz a nulidade do processo, por ofensa à garantia constitucional da ampla defesa.*

5. Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 22.908-PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 31.05.2005, DJ 24.10.2005, p. 382)

Assim, de rigor a concessão da ordem, em extensão maior que a pretendida no *writ*, de ofício, para anular todo o processo, preservando-se apenas o recebimento da denúncia e renovando-se, a partir daí, todos os atos processuais, nos termos do art. 406 do Código de Processo Penal.

Não havendo informação dos autos acerca da execução da pena, não há como avaliar a questão da manutenção da custódia do paciente.

Diante do exposto, concedo o *habeas corpus* em maior extensão, de ofício, para anular a Ação Penal n. 176/04, da 2ª Vara da Comarca de Miracatu-SP, preservando-se apenas o recebimento da denúncia e renovando-se, a partir daí, todos os atos processuais, nos termos do art. 406 do Código de Processo Penal.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 117.512-MG (2008/0219748-0)

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

Impetrante: Wanilton Chagas Cardoso

Advogado: Denis Provenciani de Almeida

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Wanilton Chagas Cardoso

EMENTA

Habeas corpus. Alegação de cerceamento de defesa. Advogado que não pôde estar presente à sessão de julgamento para fazer sustentação oral. Não ocorrência de nulidade da decisão que recebeu a denúncia contra o paciente. Precedentes do STF e do STJ.

1. Quando houver justo e demonstrado impedimento, o pedido de adiamento da sessão de julgamento deve ser deferido.

2. Se mais de um advogado assiste o réu em sua defesa técnica, não há como arguir de nulo o julgamento, quando qualquer um deles, conquanto pudesse substituir aquele que alegou impedimento, não o faz. Afinal, segundo o artigo 565 do Código de Processo Penal, “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido”.

3. A sustentação oral não é ato essencial à defesa.

4. Precedentes do STJ e do STF.

5. No caso, apesar de o pedido de adiamento da sessão de julgamento ter sido feito em tempo hábil para apreciação, como se tratava, em princípio, de pedido de caráter urgente e enviado na véspera do julgamento, deveria a defesa ter diligenciado para que a petição fosse analisada tempestivamente pelo Relator, o que não ocorreu. Ademais, os outros advogados constituídos deveriam ter comparecido à sessão para fazer a pretendida sustentação oral. Não obstante isso, consoante o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, não gera nulidade o indeferimento de pedido de adiamento de sessão de julgamento, mesmo com a impossibilidade de comparecimento do advogado da parte para oferecer sustentação oral.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

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

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

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

DJe 11.10.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Wanilton Chagas Cardoso* (denunciado com outros onze corréus pela prática dos crimes previstos nos artigos 288, *caput*, do Código Penal, 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei n. 201/1967, 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, 1º, *caput* e incisos V, VII e parágrafo 1º, I e II, da Lei n. 9.613/1998), com alegação de constrangimento ilegal por ato do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, apesar de haver pedido de adiamento (por motivo de saúde) visando à realização de sustentação oral em data posterior, procedeu à sessão que acabou por receber a denúncia contra o paciente.

Em suma, é esta a alegação do impetrante (fl. 5):

X - Na verdade, o fato relevante é que o direito do defensor sustentar oralmente a defesa do paciente na tribuna foi preterido pela autoridade apontada como coatora que deve responder pela burocracia do tribunal a que faz parte. A petição de impedimento de comparecimento na sessão de julgamento foi dirigida à autoridade coatora e não ao servidor do protocolo ou escrivão responsável pela 2ª Câmara Criminal. A petição de impedimento de comparecimento para sustentar oralmente a defesa do paciente foi protocolizada com razoável antecedência, diga-se de passagem, enviada via *fax-simile* um dia antes do julgamento. Ora, se a petição chegou às mãos da autoridade judiciária apontada como coatora somente no dia 12.09.2008, três dias após o envio através de *fax-simile*, não é culpa do paciente que não pode pagar pela inércia dos serviços burocráticos oferecidos pelo Tribunal mineiro.

A liminar em que se pleiteava a declaração de nulidade dos atos viciados foi indeferida pela então Relatora, Desembargadora convocada Jane Silva (fls. 308-309).

Após prestadas as informações pelo Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, nos termos desta ementa (fl. 512):

Ordem de *Habeas Corpus*. Pedido de adiamento de sessão em que recebida denúncia em desfavor do impetrante/paciente. Sustentação oral. Justo impedimento do patrono. Comprovação. Nulidade absoluta do julgamento. Cerceamento de defesa configurado. Constrangimento ilegal. Parecer pela concessão da ordem, a fim de anular, bem como os atos que dela dependam, a decisão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que recebeu denúncia em desfavor do impetrante/paciente, devendo outra ser proferida, quando, então, serão asseguradas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consubstanciadas, aqui, na possibilidade de o patrono promover a sustentação oral.

Informações complementares foram prestadas a fls. 530-538.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A questão está em saber se houve cerceamento de defesa e, conseqüentemente, se é nulo o julgamento que recebeu a denúncia contra o paciente. Para tanto, deve-se levar em consideração que não foi adiado o dia da mencionada sessão, apesar do pedido – protocolizado em tempo e fundamentado em afastamento do advogado por problema de saúde –, o que teria impossibilitado eventual sustentação oral.

É esta a opinião do Ministério Público Federal (fls. 513-516):

A ordem deve ser concedida. Com efeito, como se deduz das fls. 263-265, protocolado em 10.09.2008, às 18:10h, pedido de adiamento de sessão marcada para 11.09.2008, às 09h, fazendo-se acompanhá-lo de atestado médico, no qual se prescrevia ao advogado repouso de 03 (três) dias em decorrência de cólica renal (CID: N23). No dia seguinte, 11.09.2008, trouxeram-se aos autos os originais, às 08:03h.

Como se depreende do despacho proferido pelo Relator à fl. 273, somente concluída a petição em 12.09.2008, portanto, quando já realizada a sessão, restando o advogado impedido de ir à tribuna. Cabe aqui transcrever as informações prestadas pelo próprio Relator na presente ordem (fl. 314):

VI - A sessão iniciou-se às 9:00 horas, considerando o número de processos pautados e, chamado a julgamento o processo do paciente, da tribuna, outro advogado, pela ordem, anunciou que o impetrante havia remetido “via fax”, naquele dia e horário, pedido de adiamento, face a impossibilidade de seu comparecimento ao julgamento por motivo de doença e em razão de outro compromisso profissional; VII - Este Relator indeferiu o requerimento, pois, até o início da sessão não havia recebido, por parte do impetrante/paciente, qualquer pedido de adiamento. VII - As petições (via fax e original) do advogado requerendo o adiamento, conforme certidão da escrivã do cartório da Segunda Câmara Criminal, foram recebidas no cartório em 11.09.2008 e encaminhadas e despachadas por este Relator em 12.09.2008. (...).

Do quanto aduzido pelo Relator, não há como se negar que assiste razão ao impetrante/paciente. Seu patrono, com efeito, ao seu pedido de adiamento, fez juntar atestado médico idôneo à comprovação de sua impossibilidade de comparecer à sessão marcada para o dia 11.09.2008. Note-se que, no atestado, aposta a data de 10.09.2008, pelo que desarrazoado conjecturar pudesse o causídico apresentar o pedido ao Relator com maior antecedência, parecendo, ao contrário, que o fez incontinente, porquanto dirigido fax à Secretária da 2ª Câmara Criminal, nesse sentido, no mesmo dia, 10.09.2008. Cabe observar que, pelas informações trazidas aos autos pelo Relator, pela ordem, outro advogado lhe trouxe a notícia do pedido de adiamento, que foi indeferido ali mesmo, de pronto, sem que providências fossem encetadas com vistas ao esclarecimento dos fatos, por exemplo, perguntando-se aos servidores da secretaria se, para o referido processo, havia sido protocolada petição pedindo o adiamento (justificado) do julgamento.

Por ser assim, havendo motivo justo para o adiamento e expondo o advogado seu claro interesse em sustentar oralmente a defesa, deve-se entender inquinado de nulidade absoluta, porquanto atentatório aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o julgamento no qual impedido restou de levá-la (a sustentação oral) a cabo.

Despiciendo consignar que a sustentação oral é instrumento garantidor dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, conformando, ao final, o devido processo legal. Por ela, é possível à defesa chame a atenção dos julgadores aos pontos mais relevantes de sua argumentação. Nesse sentido:

Processo Penal. Apelação. Pauta. Adiamento. Indeferimento. Sustentação oral. Frustração. Cerceamento de defesa.

O indeferimento de justificado pedido de adiamento do julgamento de recurso de apelação, ante comprovada impossibilidade de comparecimento dos defensores, para proferir sustentação oral, constitui cerceamento de defesa e implica constrangimento ilegal, sanável via *habeas corpus*.

A frustração da sustentação oral viola as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem concedida para, mantidas a condenação e a prisão do paciente, anular o julgamento da Apelação Criminal n. 2001.04.01.097929-1-PR, a fim de que outro seja proferido, asseguradas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. (HC n. 29.266-PR, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 1º.06.2004, DJ 16.04.2007, p. 227)

Por assim ser, opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, a fim de anular, bem como os atos que dela dependam, a decisão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que recebeu a denúncia em desfavor do impetrante/paciente, devendo outra ser proferida, quando, então, serão asseguradas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consubstanciadas, aqui, na possibilidade de o patrono promover a sustentação oral.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando houver justo e demonstrado impedimento, o pedido de adiamento da sessão de julgamento deve ser deferido. Contudo, também consoante os precedentes, se mais de um advogado assiste ao réu em sua defesa técnica, não há como arguir de nulo o julgamento, quando qualquer um deles, conquanto pudesse substituir aquele que alegara impedimento, não o faz. Afinal, segundo o artigo 565 do Código de Processo Penal “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido”. Finalmente, em inúmeros precedentes, o egrégio Supremo Tribunal Federal tem afirmado que a sustentação oral não é ato essencial à defesa (*Habeas Corpus* n. 66.315-RJ, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 24.02.1989; *Habeas Corpus* n. 68.369-DF, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 08.03.1991; *Habeas Corpus* n. 69.429-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 28.05.1993; *Habeas Corpus* n. 73.839-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 27.03.1998; *Habeas Corpus* n. 76.970-SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 20.04.2001; HC n. 82.740-DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 22.06.2007).

Confram-se alguns julgados desta Casa:

Processual Penal e Penal. Recurso especial. Art. 1º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967. Pedido de adiamento não apreciado. Sustentação oral. Nulidade. Inocorrência. Recebimento da denúncia. Ausência de prejuízo ao erário público. Inexistência de dolo ou culpa. Não indicação do dispositivo de lei federal violado. Súmula n. 284-STF.

I - Para que haja o adiamento da sessão de julgamento, é necessário que o pedido seja realizado em tempo hábil para sua apreciação e que haja a efetiva demonstração da plausibilidade dos motivos que ensejaram o pedido, o que não ocorreu no presente caso (Precedentes do STF e do STJ).

II - Além do mais, tratando-se, em princípio, de pedido de caráter urgente e aviado na véspera do julgamento (menos de 24 horas), deveria o advogado ter diligenciado no sentido de que a petição fosse apreciada em tempo pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator, ou até mesmo deveria o causídico ter comparecido no dia do julgamento a fim de argüir o pretendido adiamento, tendo em vista não ser tal pedido (de adiamento) de acolhimento obrigatório (Precedentes do STF e do STJ).

III - O recurso excepcional, quanto ao permissivo da alínea a, deve apresentar a indicação do texto infra-constitucional violado e a demonstração do alegado error, sob pena de esbarrar no óbice do verbete insculpido na Súmula n. 284-STF (aplicável ao apelo especial ex vi art. 26 da Lei n. 8.038/1990) (Precedentes).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(Recurso Especial n. 758.756, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 20.03.2006).

Criminal. *Habeas corpus*. Crime contra o sistema financeiro. Cerceamento de defesa. Apelação. Adiamento de julgamento. Indeferimento. Ausência de comprovação do impedimento. Réu defendido por mais de um patrono. Ordem denegada. Liminar cassada.

I. O pedido de adiamento de julgamento está condicionado à consideração do Magistrado, a respeito da relevância e da demonstração do impedimento a que esteja submetido o causídico. Precedentes.

II. A defesa não logrou comprovar o impedimento do defensor, limitando-se a alegar a impossibilidade de comparecimento em virtude de compromissos profissionais, sem qualquer certidão ou atestado comprobatório de tal circunstância.

III. Levando-se em conta que mais de um advogado assistiam ao paciente em sua defesa técnica, poderiam eles ter substituído aquele que alegou o impedimento, mas não o fizeram, dando ensejo à aplicação do adágio insculpido no art. 565 do Código de Processo Penal de que “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido”.

IV. O art. 565 do Código de Processo Civil não concede ao patrono da parte o direito ao adiamento, mas, sim, a preferência na sessão de julgamento, incluindo-se o processo em primeiro lugar na pauta, respeitadas as preferências previstas em lei.

V. Não resta configurado, no caso, constrangimento ilegal por cerceamento de defesa, capaz de provocar a nulidade do julgamento, ante o não comparecimento de advogado para fazer sustentação oral.

VI. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida.

(*Habeas Corpus* n. 39.758, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 16.05.2005).

Habeas corpus. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Apelação. Indeferimento de pedido de adiamento. Nulidade inexistente. Réu defendido por mais de um patrono. Requerimento feito a destempo. Ordem denegada.

1. O direito à ampla defesa, na letra da vigente Constituição da República, compreende “os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, inciso LV), sendo indubitoso integrá-lo o direito à facultativa sustentação oral das impugnações recursais dos réus.

2. O pedido de adiamento de julgamento, por uma sessão, feito a tempo, ante justificada impossibilidade de comparecimento do patrono do réu recorrente, que postula, além, a sustentação do recurso que interpôs, caracteriza de forma peremptória, constrangimento ilegal, superável por *habeas corpus*.

3. Se o impetrante, contudo, não é o único patrono encarregado da defesa do paciente, cabe-lhe suportar os ônus da eventualidade, mormente se ajuíza o pleito de adiamento no próprio dia da sessão de julgamento do recurso de apelação, quando podia e devia fazê-lo antes; se a opção pelo feito outro é informada apenas pela precedência formal e, não, pela natureza material da assistência advocatícia a ser prestada; e se deixa de oferecer zeloso memorial das razões que se queixa que lhe foram suprimidas, mesmo havendo produzido abundante prova documental, depois de incluído o feito em pauta de julgamento.

4. “(...) Não induz nulidade a realização de julgamento de *habeas corpus*, sem sustentação oral, apesar do pedido de adiamento, se um dos procuradores do paciente encontra-se presente ao ato. (...)” (STJ, HC n. 14.270-SP, in DJ 19.03.2001).

5. A vontade de sustentação oral por um dos patronos em detrimento dos outros, se não encontra assento nos termos do mandato outorgado, não desobriga os demais patronos do poder jurídico de sustentação oral das razões recursais, de exercício facultativo e, por isso mesmo, não essencial à validade do processo.

6. O artigo 565 do Código de Processo Civil não defere à parte poder jurídico qualquer de adiamento, por uma sessão ordinária, de julgamento de recurso, disciplinando apenas o direito à preferência de julgamento, para sustentação oral, como lhe resulta já da própria letra, de modo evidente, insofismável.

7. Remansosa a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido que o recurso especial não inibe a expedição de mandado de prisão do réu, puro efeito do *decisum* condenatório.

8. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* n. 21.828-SP, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 18.11.2002).

Do colendo Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Julgamento. Pedido de adiamento. Sustentação oral. Ausência do advogado na sessão. Princípio da ampla defesa.

(...)

1. Alegação de nulidade do julgamento de habeas corpus pelo TRF-3ª Região rejeitada, por não configurar a falta de sustentação oral violação ao princípio da ampla defesa, ante seu caráter facultativo. Ademais, encontrava-se presente à sessão outra advogada, igualmente constituída nos autos, com os mesmos poderes outorgados ao patrono ausente.

(...)

5. Habeas Corpus indeferido.

(Habeas Corpus n. 80.717-7-SP, Relatora para o acórdão Ministra Ellen Gracie, Pleno, DJ 05.03.2004).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Alegação de cerceamento de defesa. Causídico que não pôde estar presente à sessão de julgamento para oferecer sustentação oral. Nulidade da decisão que recebeu a denúncia contra o agravante. Inocorrência. Precedente do Pleno.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido que, por possuir caráter facultativo, o indeferimento de pedido de adiamento de sessão de julgamento, pela impossibilidade de comparecimento do advogado da parte para oferecer sustentação oral, não gera nulidade.

2. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AI n. 717.895, Relator Ministro Eros Grau, DJe 06.03.2009).

Na espécie, apesar de o pedido de adiamento da sessão de julgamento ter sido feito em tempo hábil para apreciação, como se tratava, em princípio, de pedido de caráter urgente e enviado na véspera do julgamento, deveria a defesa ter diligenciado para que a petição fosse analisada tempestivamente pelo Desembargador Relator, mas, isso não ocorreu. Ademais, os outros advogados constituídos (Dr. José Nilo de Castro e Dra. Renata Miranda Duarte) deveriam ter comparecido à sessão para fazer a pretendida sustentação oral. De qualquer maneira, consoante o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, não gera

nulidade o indeferimento de pedido de adiamento de sessão de julgamento, mesmo com a impossibilidade de comparecimento do advogado da parte para oferecer sustentação oral.

Assim, não obstante a opinião do Ministério Público Federal, voto pela denegação da ordem.

HABEAS CORPUS N. 167.517-SP (2010/0057558-8)

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

Impetrante: Maria Teresa Bastia Vichi - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: M A C

EMENTA

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Modificações trazidas pela Lei n. 12.015/2009. Lei penal mais benéfica. Retroatividade. Condutas praticadas contra a mesma vítima e no mesmo contexto. Crime único. Ordem concedida.

1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC n. 144.870-DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei n. 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.

2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.

3. *Habeas corpus* concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n. 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

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

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

Brasília (DF), 17 de agosto de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 06.09.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* deduzido em favor de M. A. C., condenado por estupro e atentado violento ao pudor, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, objetivando excluir a condenação pelo segundo delito.

A liminar foi indeferida à fl. 40.

Instada a manifestar-se (fls. 55-59), a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Colhe-se do autos que o paciente foi condenado, por estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material, à pena de 16 anos de reclusão, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao apelo defensivo para, reconhecendo o concurso formal, reduzir a pena imposta a 12 anos de reclusão.

Busca-se no presente *writ* a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009 para excluir a condenação pelo crime de atentado violento ao pudor.

A meu ver, a ordem deve ser deferida.

Com efeito, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC n. 144.870-DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei n. 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.

Confira-se:

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Crime continuado X Concurso material. Inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009. Modificação no panorama. Condutas que, a partir de agora, caso sejam praticadas contra a mesma vítima, num mesmo contexto, constituem único delito. Norma penal mais benéfica. Aplicação retroativa. Possibilidade.

1. A Lei n. 12.015/2009 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.

2. Essas inovações, partidas da denominada “CPI da Pedofilia”, provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.

3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis hão de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n. 12.015/2009.

4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.

5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.

6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das Execuções.

(HC n. 144.870-DF, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 24.05.2010)

Assim, tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.

De notar, ademais, que, em consonância com o princípio da individualização da pena, deverá ser diferenciada, na análise das circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, a conduta do indivíduo que pratica um só ato daquele que executa dois ou mais, como no caso em tela.

Ante o exposto, em consonância com o parecer do douto Ministério Público Federal, concedo a ordem para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n. 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de saber se, diante do advento da Lei n. 12.015/2009, as condutas do paciente, condenado por crimes de estupro e atentado violento ao pudor, configuram um único delito.

O Relator, Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, concede a ordem para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n. 12.015/2009.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Após a mencionada modificação legislativa, o art. 213 do Código Penal passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Assim, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor.

Com isso, se verificados os elementos do tipo mediante uma só conduta, fica configurado um único crime, devendo a questão da maior reprovabilidade decorrente da existência de mais de um tipo de violação à liberdade sexual ser avaliada por ocasião da dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal.

É certo que não fica excluída a possibilidade de incidência da continuidade delitiva, a teor do art. 71 do Código Penal, se praticados dois ou mais crimes mediante mais de uma ação e preenchidos os requisitos legais. Esta Sexta Turma, inclusive, já reconheceu tal hipótese no seguinte julgado:

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor e tentativa de estupro. Infrações cometidas, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, guardando identidade. Atos posteriores havidos como continuidade do primeiro. Possibilidade de reconhecimento do crime continuado. Pretensão absolutória. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Improriedade da via eleita.

1. Segundo o art. 71 do Código Penal, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

2. *Após as inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, os arts. 213 e 214 do Código Penal hoje estão condensados no mesmo dispositivo legal, constituindo, dessarte, crimes da mesma espécie, o que viabiliza a aplicação da regra do art. 71 da Lei Penal.*

3. *No caso presente, o intervalo entre os acontecimentos é de aproximadamente um mês. As condições de lugar (residência do acusado) e maneira de execução (aproveitava-se do fato de a vítima estar dormindo em casa) são absolutamente semelhantes, o que conduz ao reconhecimento do crime continuado.*

4. Tomando por base o número de infrações cometidas – 2 (duas) – deve incidir a majoração no patamar de 1/6 (um sexto).

5. A pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via eleita.

6. Ordem parcialmente concedida para, reconhecendo o crime continuado entre as infrações cometidas pelo ora paciente, reduzir a pena sobre ele recaída, de 10 (dez) anos de reclusão para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

(HC n. 114.054-MT, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.04.2010, DJe 19.04.2010)

No caso, veja-se a narração dos fatos contida na denúncia (fls. 9-10):

(...) constrangeu (...) a manter com ele conjunção carnal e a permitir que com ela se praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

A vítima caminhava pela Rua (...) quando foi abordada pelo indiciado que conduzia o veículo (...) e de arma em punho anunciou o assalto, determinando a ela que lhe entregasse o dinheiro. Quando a vítima lhe entregou os R\$ 8,00 que trazia consigo o indiciado a puxou para dentro do carro e a levou até a Avenida (...), onde mandou que passasse para o banco de trás e se despisse, sempre ameaçando-a com a arma e dizendo que se colaborasse nada de mal lhe aconteceria.

Com a vítima reduzida à impossibilidade de resistência pela ameaça da arma o indiciado a constrangeu à conjunção carnal, mantendo com a mesma cópula vaginica completa e, logo depois, não satisfeito, constrangeu-a ao coito anal, introduzindo o pênis no ânus da mesma.

A seguir, o indiciado levou a vítima até uma rua das proximidades, devolveu a ela o dinheiro que havia subtraído e se evadiu.

Como visto, a prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso se deu em um mesmo contexto, no mesmo momento, configurando, após a alteração legislativa, crime único. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores. Nesse sentido, vejam-se os precedentes desta Corte Superior de Justiça:

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Crime continuado X Concurso material. Inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009. Modificação no panorama. Condutas que, a partir de agora, caso sejam praticadas contra a mesma vítima, num mesmo contexto, constituem único delito. Norma penal mais benéfica. Aplicação retroativa. Possibilidade.

1. A Lei n. 12.015/2009 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.

2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.

3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis hão de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n. 12.015/2009.

4. *No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.*

5. *Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.*

6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções.

(HC n. 144.870-DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 09.02.2010, DJe 24.05.2010)

Habeas corpus. Roubo agravado. Pena-base. Exasperação. Circunstâncias que integram o tipo penal. Impossibilidade. Estupro e atentado violento ao pudor. Infrações cometidas antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade. Possibilidade de reconhecimento do crime continuado. Ordem concedida.

1. Verificado que a pena-base no tocante ao crime de roubo agravado foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em circunstâncias que integram o tipo penal incriminador, de rigor a redução ao mínimo legal.

2. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, unificaram-se as condutas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, do que resulta ser essa lei *plus douce*, em relação ao Código Penal, a exigir retroatividade, para alcançar fatos passados, pondo fim ao dissídio doutrinário e jurisprudencial que se lavrava a respeito da possibilidade de continuação entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

3. *Diante dessa nova situação jurídica, mais favorável ao paciente, e unificadas as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor, cabe redimensionar a pena privativa de liberdade imposta.*

4. Ordem concedida para reduzir as penas ao total de catorze anos e oito meses de reclusão, no regime inicial fechado, e vinte diárias, no unitário mínimo.

(HC n. 129.398-RJ, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 18.05.2010, DJe 14.06.2010)

Destaque-se que o magistrado de primeiro grau aplicou as penas, separadamente, para os dois delitos anteriormente considerados, de estupro e de atentado violento ao pudor.

Com o reconhecimento de crime único, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da

prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento. Poderá, portanto, se assim entender, fixar a pena-base em patamar superior ao antes estabelecido, observando, por óbvio, o limite do *quantum* final da sanção, de 12 anos, em razão da vedação da *reformatio in pejus*.

Feitas essas considerações, acompanho o voto do Relator e concedo o *habeas corpus* para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n. 12.015/2009, destacando que deve ser refeita a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 172.727-SP (2010/0087904-8)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Heráclito Antônio Mossin e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Caio Meneghetti Fleury Lombard (preso)

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Homicídios qualificados tentados. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. (1) Fundamento: referências genéricas. *Periculum libertatis*. Não reconhecimento. (2) Análise cronológica. *Periculum libertatis*. Não ocorrência. Ilegalidade. Reconhecimento. (2) Prévio *writ*. Acréscimo de outros fundamentos para segregação. Impossibilidade.

1. A prisão processual é medida odiosa, marcada pelo signo da imprescindibilidade, sendo imperioso alinhar-se, para tanto, elementos concretos. Não se admite que o Tribunal, no seio de *habeas corpus*, acrescente fundamentos novos àqueles lançados pelo magistrado de primeiro grau, quando da decretação da prisão preventiva.

2. O indispensável *periculum libertatis* deve ser apurado quando da decretação da medida constritiva, sendo ilegal a referência a fatos que já distam no tempo, sem qualquer reiteração.

3. Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente, mediante termo de comparecimento aos atos do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 06.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de *Caio Meneghetti Fleury Lombard*, contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* que, em prévio *writ*, manteve a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, denunciado pela suposta prática de duas tentativas de homicídio qualificado e tráfico de drogas.

Alegam que a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente carece da devida motivação.

Aduzem que tanto a decisão de primeiro grau quanto o aresto guerreado se assentam em presunções e ilações. Destacam que a falta em audiência de processo de indenização e o fato de não residir no distrito da culpa são circunstâncias que não corporificam a garantia da aplicação penal. Por outro lado, a gravidade do delito somente poderia servir para modalizar a responsabilidade penal, mas, não, para embasar a medida extrema; do contrário, estar-se-ia a promover indevida antecipação de pena.

Destacam a existência e correção do voto vencido, no qual se deferia a liberdade ao paciente.

Salientam, por fim, a dilatação temporal entre o fato imputado (12.02.2008) e a efetivação da segregação do paciente (27.11.2009), o que evidenciaria a desnecessidade da prisão.

Eis o teor do decreto de prisão preventiva:

2. Representa o DD. Promotor de Justiça para prisão preventiva do réu que, envolvido em duas tentativas de homicídio triplamente qualificadas, em continuidade delitiva, e tráfico ilícito de substância entorpecente, em concurso material de crimes, não reside no distrito da culpa e mostrou-se pessoa indiferente ao chamamento da Justiça em outro processo.

Existem fortes indícios de estar o acusado envolvido nos crimes noticiados na denúncia. Tais circunstâncias, aliadas ao fato de cuidar o processo de crimes e de não residir o denunciado no distrito da culpa, são suficientes para embasar o decreto da prisão cautelar; isso sem olvidar da gravidade dos delitos em exame, que recomenda maior rigor a fim de ser preservada a ordem pública e assegurada a aplicação da lei penal (fl. 124).

Eis o teor do voto condutor do aresto guerreado:

Não concedo a liberdade provisória ao paciente, *data venia*, e o faço com tranqüilidade e sem receio de estar sendo mais ou menos severo para a situação.

Julga-se a hipótese de forma serena, tenha-se a certeza de tanto, identicamente ao que se faz em tantos outros feitos, mas a espécie impõe, indubitavelmente, algumas considerações de caráter determinantes para a decisão que se toma.

De efeito.

O caso não é igual a tantos outros, pelo menos na valoração fática da coisa e no comportamento do agente, ao momento da ação.

Que revela situação para além de *grave*, verdadeiramente *gravíssima*, e comportamento à direção verdadeiramente tresloucado de um jovem que, tudo indica **embriagado, drogado e eufórico** (f. 101), e portando tubos de lança-perfumes dentro do veículo, lançou-se, de forma violentíssima, para dentro de um posto de combustíveis, e lá, atropelando também lança-perfumes dentro do veículo, lançou-se, de forma violentíssima, para dentro de um posto de combustíveis, e lá, atropelando também de forma violentíssima a vítima, continuou a acelerar da mesma forma tresloucada que ingressou ao posto, com a vítima aterrorizada e já completamente abatida, debaixo do carro daquele.

Ao ingressar ao posto mantinha velocidade mais do que perigosa e excessiva, como narra a denúncia, amparada em elementos de convicção já existentes

nos autos, arrancou ainda e completamente uma bomba de combustível com a velocidade do carro, e ainda colidiu com outro veículo dentro do posto.

Nessa sanha de seqüência de violência na condução de veículo, apanhou simplesmente *de costas* o frentista vítima, causando-lhe (i) traumatismo cerebral difuso, (ii) traumas indelévels na face, (iii) anosmia (perda de olfato), (iv) hematomas, (v) contusões cerebrais frontais, (vi) queimaduras corporais diversas, (vii) fratura de ossos malares e (viii) maxilares, (ix) fratura do assoalho orbital, dentre (x) outras lesões corporais.

Difícil imaginar um brasileiro que tem acesso aos meios de comunicação, que não tenha visto aquela cena, repetida várias e várias vezes em jornais televisivos, falados e na *mídia* virtual da rede mundial.

Difícil imaginar que qualquer um que tenha visto a cena - *portanto a maioria esmagadora dos brasileiros* - não tenha imaginado o verdadeiro circo de horror que o ato representou.

A coisa é de domínio público, como de domínio público o tremendo mal-estar que causou ver um ser humano, em seu humilde posto de trabalho, decerto cidadão pacato, honesto e de bem, trabalhando à noite para sustentar sua família, ver aquele ser humano, se dizia, completamente abatido, lesado, ferido e humilhado, debaixo das rodas do veículo.

Estas mesmas cenas mostram o desespero do paciente, à não negada condução do veículo, em *tentar fugir da situação*, acelerando seu carro com todas as gigantescas forças que ele, carro, tem, *verdadeiramente 'fritando' pneus*, a ponto de se estabelecer uma grande, enorme, gigante nuvem de fumaça branca, do *queimar dos pneus*, nas imagens que se via.

Reproduzida por fotos nos autos, no apenso, decompostas e degravadas do filme que as câmaras de segurança do posto produziam.

É impressionante verificar a frieza do ato do condutor do veículo, o réu e aqui paciente, àquele momento, continuando a acelerar fortissimamente o carro.

O que só por si demonstra a perigosidade do paciente.

Uma tragédia.

Ora.

Do quadro até aqui desenhado, é dado ver e por isso mesmo a imperiosa necessidade prisional, bem aplicada na origem e pelo meu voto integralmente mantida.

Se no ato, com nada menos do que um ser humano atropelado sob suas rodas, o réu de tudo fez, **herculeamente**, para *fugir*, que se dirá do curso do processo (?).

Quem é que garante que, solto, não se furtará à ação penal?

Final, já não compareceu à audiência de tentativa de conciliação quanto aos danos materiais, sequer para atender aos reclamos mínimos de remédios que fazia a vítima, para seu tratamento (*vide denúncia*).

O fato indica descaso para com a Justiça, de saída.

Já a fuga, o descaso é pelo menos para com a piedade humana e para com as posturas de cidadão.

Donde não ser de pronto forçado dizer que poderá ele criar, sim e certamente, tremendos embaraços à persecução penal e/ou aplicação da Lei Penal e da Justiça.

Não se trata, portanto, desde logo se anote para que de futuro tanto não se alegue, de atender *clamor público*, da *revolta cidadã*, da *demanda reprimida populacional* ou da *vontade de dar à sociedade aquilo que ela própria grita às aberturas nas ruas do país*, nessas situações, de *'fazer justiça'*.

Não, absolutamente não.

O que se têm por aqui são dados concretos de que o agente poderá querer se furtar à aplicabilidade da lei.

Que, para isso, tem remédio, adequadamente administrado pela origem.

Trata-se, então e isto sim, neste momento, de fazer efetiva a Justiça para o caso concreto, neste momento processual, sob pena de eventualmente e em futuro se lamentar a não concretização dela num caso de tremenda repercussão, por ausência do réu.

Então e para o caso concreto, positivamente se coloca.

Encarcera-se, preventivamente, aquele que mereça ser, que não demonstrou um pinga sequer de humanidade, de piedade ou de dó, para com um humilde semelhante atropelado, dentro de seu ambiente de trabalho, onde se imaginava em paz, vítima esta debaixo do veículo do acusado, tratada ela como uma *casca de banana*, *data venia*, esmagado que se encontrava pelo carro conduzido por um jovem muito provavelmente **embriagado, drogado e eufórico** - *palavras da denúncia* - e com vários tubos de lança-perfume no carro.

Está-se diante, enfim e por isso mesmo, do mais nítido caso - *sempre data venia do eminente relator, que já proferiu voto* - de necessidade prisional.

Para garantia da ordem pública e da instrução criminal.

Enfim.

Não se está a tratar, aqui, de um réu comum, de uma modalidade de fato comum, de um delito comum, mas para **muito além** de diferenciado.

Basta lembrar as cenas do fato.

Volta-se a repetir.

Ingressa o réu com seu veículo ao posto de forma tresloucada, e com as particularidades já referidas, derruba uma bomba de combustíveis, atropela violentamente um ser humano, que acaba por ficar debaixo daquela viatura e, na ânsia inescandível de fuga, põe-se a acelerar a máquina violentamente - *consulte*

leigo qualquer as fotos dos autos e se constatará a situação - mesmo sentindo que um ser humano estava sob o veículo.

Para o que servia o gesto, senão *a fugir*?

Espera-se de quem atropela alguém, por acidente, culpa deste ou daquele, inimporta, **um mínimo** de dignidade e respeito para com seu semelhante atropelado, **um mínimo** de dó ou pelo menos piedade para com o ferido, **um mínimo** de compaixão e fraternidade.

Pelo menos isso.

Que se o recolha e dê cuidados.

Pelo menos.

Situação **muito** longe da aqui verificada.

Dando mostras claras de que quem age assim, *fugindo ou procurando fugir violentamente da cena do crime*, por certo também o fará, quanto ao distrito da culpa.

Mais ainda quando resida dela distante, como aqui (**Ribeirão Preto/Franca**).

Ou que possua cidadania indefinida aos autos, até aqui.

Enfim.

O paciente está denunciado nada menos do que por *duas tentativas de homicídio triplamente qualificadas*, em continuidade delitiva, mais *tráfico de droga*.

Tudo nesta situação preambular praticamente de horror que acima se colocou.

Os crimes são *graves*.

Dir-se-á mais que isso, *gravíssimos*.

E dir-se-á além disso, hediondos, **por disposição expressa de lei**.

Quer-se mais do que isso, assente-se que o cidadão processado, além de não residir no distrito da culpa, como já se firmou, não parece possuir **nacionalidade definida** - *italiana ou brasileira*.

O que, aliás, se investiga na origem, como ela própria informa, mas é mais um traço que marca outra probabilidade de ausência ao distrito da culpa.

Afinal, nunca se olvide do preâmbulo deste posicionamento que aqui se coloca: o paciente simplesmente buscou por todos os meios a *fuga* verdadeiramente alucinada do local do fato (*sem perdoar quem quer que seja, sem dó ou piedade de uma das vítimas, sob o veículo - não se cansa de repetir*).

Isto já é só por si suficiente ao encarceramento, *data venia*, e demonstra personalidade avessa aos bons costumes, à política da sociedade ordeira e responsável, aos trabalhadores honestos e de bem, que querem ver a justiça atuando.

Quem age como aqui se agiu, torne-se sempre a dizê-lo, não pode ser tratado como comum, sob pena de estar se tratando desigualmente, pessoas desiguais. (fls. 66-73).

E, este o teor do voto vencido:

De início, cumpre dizer que, muito embora pudesse ser discutida a alegada prevenção, pois, no mandado de segurança referido não houve menção a qualquer questão meritória, tampouco incidental, além do que foi julgado “prejudicado” o *mandamus*, na medida em que o órgão ministerial, na origem, atingiu o objetivo que buscava, para que o feito não se delongue em matéria periférica, aceito a competência e passo ao exame de mérito.

O paciente está sendo acusado de dupla tentativa de homicídio na direção de veículo automotor, que conduzia em alta velocidade, sob efeito de álcool e outras drogas. Além de tráfico de entorpecente, porque, na mesma ocasião, foram apreendidos seis frascos de “lança-perfume”, destinados a amigos e colegas, em comemoração à aprovação em curso superior.

Pois bem.

Respeitados os posicionamentos em sentido contrário, doutos e ilustrados, deles ousou divergir para conceder a ordem impetrada.

Rigorosamente, a decisão pela prisão preventiva baseou-se na gravidade dos delitos imputados ao paciente e em questões cuja gravidade foram projetadas, não verificadas.

A MM. Juíza decidiu, verbis: *Existem fortes indícios de estar o acusado envolvido nos crimes noticiados na denúncia Tais circunstâncias, aliadas ao fato de cuidar o processo de crimes e de não residir o denunciado no distrito da culpa, são suficientes para embasar o decreto da prisão cautelar, isso sem olvidar da gravidade dos delitos em exame, que recomenda maior rigor a fim de ser preservada a ordem pública e assegurada a aplicação da lei penal* (fls. 155).

Com efeito, indícios de autoria, por si sós, são pressupostos para o recebimento da denúncia, para a persecução penal. A prisão preventiva deve ater-se aos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, isto é, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Os fatos atribuídos ao paciente, em que pesem tenham repercutido na mídia de forma intensa, não se distanciam de outros tantos que se nos apresentam com certa frequência, infelizmente, mas que devem ser enfrentados, em sua gravidade lata na fase de conhecimento e, se comprovados, refletirem sanções convincentes, indispensáveis à prevenção e reprovação das condutas.

A conveniência da instrução, até onde se tem notícia nos autos, não está sendo prejudicada ou comprometida, mesmo porque nada sobre o tema foi mencionado nos autos.

Fez referência a magistrada à circunstância de o paciente não residir no distrito da culpa, o que é fato (reside em Franca, comarca a 80 km de Ribeirão Preto). No entanto, há de ser conjugada (a circunstância) a outro fator, essencial, isto é, à dificuldade de localização ou à intenção de se furtar à aplicação da lei, posturas, igualmente, não vislumbradas no caso em comento. Ao contrário, foi o paciente localizado quando necessário.

O Ministério Público alegou ter o paciente demonstrado indiferença para com a justiça, pois não atendeu a chamamento judicial em outro processo, declarado revel.

A postura atribuída, longe de configurar o pressuposto para a custódia cautelar, revela uma opção processual, que pode ser, desde estratégia da defesa, ou mesmo indiferença, conforme mencionado pelo *parquet*. Seja como for, não pode ser confundida com condutas direcionadas à chicana, à procrastinação, à dificultar, de qualquer modo, a atuação da parte contrária, do juízo ou dos órgãos auxiliares.

Nas informações, menciona-se dúvida sobre o paciente possuir ou não dupla nacionalidade. Uma vez mais, estamos diante de uma proposição hipotética; primeiro, porque não se sabe se, além de brasileiro, tem o paciente nacionalidade alienígena; segundo, porque, ainda que a detenha, não pode embasar uma afirmação de que se ausentará do distrito da culpa.

Por fim, menciona-se que a custódia seria devida também pela simples natureza, ainda que por equiparação, hedionda dos delitos. O tema não é novo e, ousado afirmar, está delineado no sentido de que a prisão provisória deve ser analisada com base nos pressupostos da prisão preventiva.

Alega-se incompatibilidade do artigo 44, da Lei n. 11.343/2006, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.464/2007. No entanto, merece registro o fato de que o sistema processual, no tocante a esses aspectos, é absolutamente contraditório Crimes mais leves são afiançáveis, enquanto que os mais graves não. Ainda, nestes, o juiz pode conceder a liberdade sem o pagamento de qualquer quantia. Mas, independentemente da infração, a liberdade sem fiança também poderá ser concedida nos delitos afiançáveis. A partir dessas incongruências, conclui-se que o magistrado deve pautar-se sempre pelos pressupostos da prisão preventiva.

Não é demais observar que, a qualquer tempo, havendo concreta e justificada razão, poderá a situação ser revista e, se o caso, levado o paciente à custódia cautelar.

O paciente, sob o aspecto pessoal, de mérito subjetivo, é primário, sem registro de antecedentes desabonadores, tem família, estuda, nada, enfim, que desaconselhe a benesse da liberdade provisória.

Portanto, no presente momento, sempre com o respeito aos entendimentos noutro sentido, a prisão aqui decretada não se sustenta, devendo ser revogada, com expedição, pela origem, de alvará de soltura.

Requer, liminarmente e o no mérito, a liberação do paciente.

Destaque-se que o presente *writ* foi a esta Ministra distribuído por prevenção ao HC n. 160.541, o qual teve o seu seguimento negado sendo interessante daquela decisão o seguinte:

Ressuma dos autos que o paciente se envolveu em uma ocorrência de trânsito que, no registro policial, foi descrita como lesões corporais de trânsito. Ocorre que a Autoridade Policial, diante da existência de seis frascos de “lança-perfume” no interior do veículo, e, das graves particularidades e consequências da conduta irrogada, enxergou a ocorrência de duas tentativas de homicídio qualificado, além de tráfico de drogas.

Relatado o feito, o representante do Ministério Público, oficiante perante a Vara do Júri, entendeu que os autos não envolveriam crime doloso contra a vida:

Data maxima venia, discordo, em parte, do entendimento do ilustre Dr. Luiz Geraldo Dias.

Tenho que é impossível, s.m.j., cogitar-se de tentativa de homicídio com dolo eventual.

(...)

É que, ao assumir o resultado mais grave, quando da prática da conduta, o agente somente por ele responderá, pelo dolo eventual, se vier a concretizar-se. Se outro resultado típico advier, menos grave, por este outro responderá o agente, pois não desejou o mais grave.

(...)

Esses argumentos me orientam, *permissa venia*, a sustentar a inexistência de tentativa de homicídio, na hipótese vertente, que reflete na subtração da competência a este MM. Juízo. (fls. 341-343).

Acolhida a manifestação, os autos foram encaminhados à Vara Comum. Em seguida, o representante do Ministério Público lá oficiante suscitou conflito de atribuições, fls. 360-368.

Contudo, o Juiz da 1.^a Vara da Comarca de Ribeirão Preto, indeferiu o pedido, ao seguinte argumento:

1. O requerimento de remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça para dirimir conflito de atribuições não pode ser atendido, pois na decisão de fls. 301 o Meritíssimo Juiz Titula da 1.^a Vara do Júri e Execuções Penais desta Comarca pronunciou-se declinando de sua competência, adotando como razão de decidir os argumentos da manifestação Ministerial de fls. 297-299, no sentido de que a conduta do indiciado não pode ser

considerada crime doloso contra a vida, determinando a redistribuição do inquérito policial relatado a uma das Varas comuns.

Dessa maneira, com o pronunciamento judicial declinando da competência, a questão saiu do conflito de atribuições.

O provimento deste Juízo deve ser no sentido de aceitar sua competência ou declinar dela, suscitando o conflito negativo junto ao Egrégio Tribunal de Justiça.

A questão, assim, se coloca na análise da competência.

2. Analisando os posicionamentos diversos dos Órgãos Ministeriais oficiais, bem como os elementos produzidos no inquérito policial, entendo que a conduta atribuída ao indiciado se insere no âmbito desta Vara Criminal, por não se tratar de crime doloso contra a vida, nos termos da manifestação de fls. 297-299. (fls. 396-397).

Seguiu-se a seguinte manifestação ministerial:

Agradeço a abertura de vista dos autos a este Órgão, mas, abstenho-me de me manifestar a respeito do teor do despacho de fls. 352-353, porque suscitei *conflito de atribuições* ao Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça, e não ao juiz (fl. 399).

O Juiz, então, invocando, por analogia o art. 28 do CPP, encaminhou os autos ao Procurador Geral de Justiça, que assim deliberou, no que interessa:

O MM. Juiz indeferiu a remessa dos autos a esta Procuradoria-Geral de Justiça, dizendo ter reconhecido a própria competência, motivo pelo qual não existiria conflito algum a ser dirimido (fls. 352-353). Em face desta decisão, impetrou-se mandado de segurança cujo objeto agora parece-nos prejudicado, a remessa dos autos a esta Procuradoria-Geral.

Tendo em vista que o i. Promotor de Justiça recusara-se (justificadamente) a se manifestar, o MM. Juiz aplicou, por analogia, o art. 28 do CPP (fls. 356).

(...)

De qualquer modo, não se trata, agora, de conflito de atribuições, mas de remessa decorrente da aplicação do art. 28 do CPP.

De fato, há um impasse nos autos que precisa ser resolvido, consistente em saber se o 12º Promotor de Justiça possui atribuição para o oferecimento de denúncia.

Para isso, é mister enfrentar a questão fulcral, ou seja, a natureza do crime atribuído na fase investigatória (...).

Cabe ponderar que, sob o aspecto objetivo, a prova é cristalina. O indiciado conduzia seu veículo no dia e horário acima declinado pela Rua Maximiano Almeida, em alta velocidade e, depois de perder o controle do automóvel, cruzou

a Av. Independência, atravessando o canteiro central desta via, invadindo o posto de gasolina em que trabalhava o frentista Carlos Alaetes Pereira Silva, o qual ficou gravemente ferido.

No interior do veículo conduzido pelo increpado foram encontrados diversos frascos contendo “lança-perfume” (fls. 197-200), tendo o sujeito inalado tal substância momentos antes (v. laudo de fls. 162 e declarações dos policiais militares a fls. 44-49 e do perito a fls. 179).

O impacto da colisão foi tão intenso que, além de derrubar uma bomba de combustível, atingir violentamente o frentista, o automóvel do indiciado abalroou outro veículo que estava estacionado no local, provocando ferimento leve em seu proprietário (v. fls. 52-53).

A dinâmica dos fatos foi registrada por diversas câmeras de segurança instaladas no posto de gasolina, conforme se nota em diversos laudos periciais encartados aos autos (...).

As testemunhas foram uniformes em suas declarações (...). A esposa do ofendido foi ouvida a fls. 104-105. Ele próprio foi auscultado a fls. 117-118, descrevendo a cena tétrica. O indiciado deu sua versão a fls. 144-148, alegando que fora submetido a trote acadêmico, contexto em que ingeriu diversas bebidas alcoólicas. Com referência ao momento do atropelamento, asseverou que perdera completamente a consciência, somente a recobrando quando pessoas tentavam agredi-lo e retirá-lo para fora do carro. Sobre os frascos de lança-perfume, disse desconhecer sua origem, supondo que tivessem sido ali deixados por veteranos desconhecidos a quem dera carona no dia.

(...)

Nota-se, deste modo, que o indiciado, fazendo uso de seu direito de defesa, faltou com a verdade ao ser interrogado, porquanto disse estar absolutamente inconsciente quando da colisão. Ocorre que, sem a menor dúvida, ele não só se deu conta do abalroamento como tentou evadir-se atropelando ainda mais a vítima. (...)

As testemunhas estimaram que a velocidade imprimida pelo veículo era de aproximadamente 100 km/h, inclusive porque o automóvel arrancou do chão uma bomba de gasolina chumbada ao concreto do solo (fl. 180).

Em face das provas robustas suso analisadas, é forçoso concluir suficientemente caracterizado o crime doloso contra a vida.

É importante destacar que o comportamento do indiciado pode ser desdobrado em dois momentos distintos, separados no tempo pela colisão provocada. Assim, até o momento em que ele embriagado e, ao que tudo indica, sob efeito de drogas, conduzia o veículo, pode-se verificar em sua conduta dolo eventual, consistente em ter assumido, de modo consciente e voluntário, o risco de matar ou ferir terceiros. Da colisão em diante, o que se percebe é dolo

direito, porquanto, o agente atropelou ainda mais a vítima, cujo estado era grave, passando com o automóvel por cima dela. Registre-se que as marcas de “fritagem” dos pneus demonstram ter o veículo se deslocado por alguns metros em função da brusca aceleração imprimida pelo condutor (v. fotografia de fls. 251).

(...)

O fim proposto pelo agente e os meios por ele escolhidos correspondem ao dolo direto de primeiro grau e as consequências secundárias (ou colaterais), inerentemente ligadas aos meios escolhidos, perfazem o dolo direto de segundo grau.

Não há confundir-se dolo direto de segundo grau (figura presente no comportamento de *Caio* após a colisão) com o dolo eventual. (...). Ao decidir conscientemente acelerar o “Vectra”, passando por cima do ofendido, sua morte tornou-se efeito colateral necessário e, se ela somente não ocorreu pelo rápido socorro prestado, o agente deve responder por homicídio doloso tentado.

Em face do exposto, assiste razão ao i. Promotor de Justiça oficiante, com a vênua do magistrado, motivo por que designo outro membro do *Ministério Público* para atuar no caso, oferecendo denúncia perante o Tribunal do Júri de Ribeirão Preto, imputando ao agente o crime doloso contra a vida e os delitos conexos por ele praticados. Para respeitar a independência funcional do 19º Promotor de Justiça da Comarca, designo seu substituto automático, a quem cumprirá prosseguir nos ulteriores termos do processo, e, caso a denúncia seja rejeitada por eventual declaração de incompetência do Juízo, interpor o competente recurso em sentido estrito. (fls. 402-410).

O substituto automático do 19º Promotor de Justiça da Comarca foi justamente o membro que suscitou o conflito de atribuições, que foi conhecido como a providência do art. 28 do CPP.

Ato contínuo, o tal representante do *Parquet* opôs exceção de suspeição (fls. 414-417), que foi acolhida, *verbis*:

Atendendo a manifestação Ministerial de fls. 370-373, dou-me por suspeito nesta data para prosseguir na condução do presente feito. É que, e faço questão de aqui deixar de público, tenho convicção de que não se trata de homicídio doloso, consoante decidi e até comentei com o digno Promotor de Justiça postulante, sendo certo que rejeitaria a denúncia. Assim, para que haja apreciação imparcial, prefiro que outro Magistrado faça o respectivo juízo de valor acerca do recebimento ou não da futura peça processual.

Oficie-se ao Colendo Conselho Superior da Magistratura, com cópia do presente e da manifestação Ministerial, solicitando designação de outro Magistrado. (fl. 245).

Foi então oferecida denúncia em desfavor do paciente, a qual foi recebida tendo sido decretada a sua prisão preventiva, nos seguintes termos:

Existem fortes indícios de estar o acusado envolvido nos crimes noticiados na denúncia. Tais circunstâncias, aliadas ao fato de cuidar o processo de crimes e de não residir o denunciado no distrito da culpa, são suficientes para embasar o decreto da prisão cautelar; isso sem olvidar da gravidade dos delitos em exame, que recomenda maior rigor a fim de ser preservada a ordem pública e assegurada a aplicação da lei penal (fl. 526).

(...)

Pleiteiam, liminarmente, a suspensão do processo e a revogação da prisão preventiva até o julgamento do *writ*. No mérito, pedem a anulação da decisão do Procurador Geral de Justiça, que teria determinado a cristalização de um promotor de exceção.

(...)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *nego sequimento* ao presente *writ*, determinando o encaminhamento do feito ao e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, competente para dele conhecer.

Foi diferida a apreciação do pleito prefacial, fls. 88-96.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 99-110, da lavra do Subprocurador-Geral da República João F. Sobrinho, opinando pela denegação da ordem.

Os impetrantes, por meio da petição de fl. 112-113, apresentou documentos de fls. 114-120.

Em contato telefônico com a Vara de origem, obteve-se a informação de que o interrogatório do paciente realizou-se em 14 de julho de 2010, encontrando-se os autos com carga ao Ministério Público para apresentação de alegações finais.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da impetração cinge-se à aferição de cautelaridade na prisão preventiva do paciente.

Duas são as alegações: carência de motivação e que a decretação ocorreu muito tempo após a concretização do suposto crime.

No caso em foco, foi alinhada a gravidade dos fatos e a circunstância de não residir o paciente no distrito da culpa para fundamentar o édito prisional.

De acordo com as informações constantes dos autos, noto que o decreto de prisão preventiva carece da necessária motivação.

Desta feita, penso, o voto vencido do acórdão guerreado, deve, nesta sede, tornar-se a tese vencedora. Como afirmado pelo Desembargador Augusto de Siqueira, questões laterais, como não residir o paciente no distrito da culpa, deixar de comparecer a audiência cível ou possuir dupla nacionalidade, não guardam relação com os fundamentos da cautelaridade insertos no art. 312 do Código de Processo Penal.

É indiscutível o dever constitucional de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado. Assim, a necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Confira-se, a propósito, a lição do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo aposentado e Professor da Faculdade de Direito da USP, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

Assim, recebida a comunicação sobre a prisão em flagrante, incumbe ao juiz competente verificar não apenas os aspectos relacionados à sua *legalidade*, constatando a *tipicidade* do fato que a ensejou, a ocorrência de uma das situações em que a lei considera haver *flagrante* (art. 302), bem como o atendimento das diversas formalidades estabelecidas pelo legislador para a validade do ato (especialmente os arts. 304 a 306 do CPP), mas também a *necessidade* da manutenção da custódia, pois, em caso contrário, deve ser concedida ao preso a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Trata-se, portanto, de uma decisão complexa, em que diversas questões de fato e de direito devem ser analisadas para que se possa chegar a uma conclusão sobre a manutenção de uma prisão que só excepcionalmente foi realizada sem a prévia ordem judicial. A inversão na ordem natural das coisas, admissível em face das circunstâncias mencionadas, não implica, é óbvio, a dispensa de uma cognição que, na verdade, deve ser tão completa e aprofundada quanto aquela realizada quando o juiz decide ordenar uma prisão.

Daí a indispensável exigência de que essa decisão seja integralmente justificada: quanto à *legalidade*, devem ser explicitadas as razões pelas quais se entende válido o flagrante; quanto à *necessidade*, nos mesmos moldes em que tal dever é imposto em relação ao provimento em que se decreta a prisão preventiva (*A motivação das decisões penais*, São Paulo, RT, 2001, p. 226-227).

Trata-se, na minha ótica, de verdadeira afronta à garantia da motivação das decisões judiciais. O *decisum* que justifica a prisão da forma supracitada. Como medida extrema, dotada de absoluta excepcionalidade, deve ser a prisão provisória justificada em motivos concretos, e, ainda, que indiquem a necessidade cautelar da prisão, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência.

Assim, não havendo a indicação de elementos específicos do caso que, substancialmente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea.

Em casos como o presente, em que não há a concreta motivação a ensejar a necessidade da providência extrema, esta Corte tem reconhecido o constrangimento ilegal:

Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Ausência de demonstração dos requisitos da custódia cautelar. Ordem concedida aos corréus pela Corte *a quo*. Extensão dos efeitos do julgado a outro acusado pelo Superior Tribunal de Justiça. Possibilidade de aplicar também ao paciente o art. 580 do Código de Processo Penal. Ordem concedida.

1. A custódia cautelar do corréu foi revogada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC n. 102.086-MT, porque o próprio Tribunal *a quo* reconheceu a falta de fundamentação do decreto construtivo ao julgar impetração em favor de outros acusados, logo, não poderia denegar a ordem sem apontar qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que justifique a diferenciação, sob pena de ofensa ao Princípio da Isonomia e ao art. 580 do Código de Processo Penal.

2. Também em relação ao ora Paciente, a custódia excepcional é manifestamente desfundamentada, pois o decreto de prisão preventiva não elencou qualquer fato concreto para justificá-la, tendo se apoiado apenas em argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, sobre a necessidade de resguardar a ordem pública, a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal.

3. *Habeas corpus* concedido para revogar a custódia cautelar expedida em desfavor do Paciente.

(HC n. 162.981-MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 02.08.2010)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Crimes de tráfico e associação. Comercialização de 8,9 gramas de cocaína e 4 porções de maconha. Decreto de prisão preventiva carente de fundamentação idônea. Gravidade em abstrato do delito. Ausência de dados concretos a embasar o decreto prisional. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.

2. Não se prestam para justificar a prisão preventiva apenas a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade e o juízo valorativo sobre a gravidade dos delitos imputados ao acusado.

Tais aspectos não são suficientes para respaldar a segregação cautelar quando não se demonstra concretamente a sua necessidade.

3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, determinado-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, devendo assumir o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, não se ausentar do distrito da culpa sem autorização judicial e manter informado o Juízo de seu endereço residencial e de trabalho.

(HC n. 159.904-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15.06.2010, DJe 28.06.2010)

Habeas corpus. Tráfico e receptação. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Superveniência de sentença condenatória. Negativa do benefício de recorrer em liberdade. Ordem concedida.

1) A prisão preventiva só pode ser decretada ou mantida com base em elementos concretos constantes dos autos, que demonstrem a necessidade da medida.

2) É entendimento jurisprudencial desta E. Corte que a vedação prevista no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 não obsta, por si só, a concessão da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico.

3) A circunstância de ter o agente respondido ao processo em liberdade não justifica a negativa do recurso em liberdade, só por só.

4) Necessidade da segregação cautelar não demonstrada.

5) Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva, outorgando ao paciente o benefício de recorrer em liberdade.

(HC n. 142.772-MS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 25.05.2010, DJe 21.06.2010)

Repisa-se, o édito prisional é deveras lacônico. Reporta-se de forma genérica à gravidade dos fatos e à circunstância de o paciente não residir no distrito da culpa. Já o voto condutor, ao meu sentir, de maneira inapropriada, agrega elementos não presentes na decisão de primeiro grau.

Segundo penso, não se poderia promover achegas ao primitivo *decisum*, inovando, sob risco de se incorrer em indevida supressão de instância.

Vejam-se, em sentido semelhante, os seguintes julgados:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Roubo. 1. Prisão preventiva. Falta de indicação de elementos concretos a justificar a medida. Perigo à ordem pública. Mera reprodução dos termos legais. Motivação inidônea. Ocorrência. 2. Decreto mal fundamentado. Tentativa de complementação pelo Tribunal *a quo*. Impossibilidade. 3. Excesso de prazo. Ocorrência. 7 anos sem início da instrução criminal. 4. Ordem concedida.

1. Illegal é a prisão mantida por força de decisão calcada em meras suposições e que se limita a reproduzir os termos da lei, sem indicar elementos concretos a justificar a medida.

2. Não se admite a complementação de decreto de prisão preventiva mal fundamentado pelo Tribunal *a quo*.

3. Absolutamente irrazoável a demora de mais de 7 anos após o oferecimento da denúncia sem que tenha sequer iniciado a instrução criminal. Excesso de prazo configurado.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente no Processo n. 276/2001, em trâmite perante a Comarca de Carolina-MA, expedindo-se o competente contra-mandado de prisão, já que o mandado de prisão expedido contra ele referente a este processo deixou de ser cumprido por encontrar-se o paciente preso em razão de outros processos. (HC n. 100.264-MA, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 22.09.2008)

Recurso em *habeas corpus*. Roubo majorado. Prisão em flagrante. Excesso de prazo. Razoabilidade. Ausência de desídia do Estado-juiz. Coação não evidenciada.

1. Os prazos necessários à formação da culpa não são peremptórios, admitindo dilações quando assim exigirem as peculiaridades do caso concreto, desde que observados os limites da razoabilidade, à luz do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, mostrando-se, no caso, ausente desídia da autoridade judiciária na condução do feito.

Liberdade provisória. Indeferimento. Carência de fundamentação. Lesão ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Ausência das hipóteses do art. 312 do CPP. Motivação suplementada pelo Tribunal de origem. Impossibilidade. Constrangimento verificado.

1. A prisão processual é medida de exceção, somente podendo subsistir quando presentes os pressupostos e fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, e desde que sua ocorrência venha concretamente demonstrada na decisão que determinou ou manteve a constrição cautelar.

2. Constitui evidente constrangimento ilegal o indeferimento da soltura do réu em despacho que silenciou acerca das hipóteses legais da custódia provisória, limitando-se a sustentar a ausência dos requisitos do art. 310 do Estatuto Processual.

3. Não pode a Corte impetrada inovar nos fundamentos que determinam a prisão do recorrente, ausentes na decisão de primeira instância.

4. Recurso parcialmente provido, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em favor do recorrente, se por outro motivo não estiver preso. (RHC n. 25.042-PI, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 06.04.2009)

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Associação para o tráfico. Prisão preventiva. Insuficiência da fundamentação.

(...)

III - Novos argumentos, aduzidos pelo e. Tribunal *a quo*, por ocasião do julgamento do *writ* originário, não suprem a falta de fundamentação observada no decreto prisional. (Precedentes do STJ e do STF).

Ordem concedida. (STJ, Quinta Turma, HC n. 79.287-SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28.06.2007, DJ de 1º.10.2007, p. 325)

Criminal. HC. Homicídio qualificado. Tentativa. Prisão preventiva. Prova da materialidade e autoria. Conclusão vaga e genérica a respeito da conduta do réu. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Ausência de concreta fundamentação do decreto prisional. Necessidade da custódia não demonstrada. Carência que não pode ser suprida em 2º grau de jurisdição. Situação peculiar do paciente. Ordem concedida.

Aspectos relacionados à existência de indícios de autoria e prova da materialidade não são suficientes para respaldar a prisão preventiva, se desvinculados dos pressupostos legais indispensáveis.

Afirmação vaga e genérica a respeito da conduta do réu, sem vínculo com situação fática concreta referente à ocorrência de fuga, e tampouco sem a explicitação de circunstâncias relativas ao envolvimento de cada acusado, não se presta como justificativa adequada à manutenção da custódia.

Precedentes do STF e do STJ.

O Tribunal não pode suprir a carência de fundamentação do decreto prisional monocrático.

A situação peculiar do paciente não pode ser desconsiderada, pois compareceu em Juízo, por duas oportunidades, para ser interrogado, ainda que sob o manto da expedição de salvo-conduto pelo Tribunal *a quo*, e juntou petição declinando endereço para intimações e comunicações da Justiça.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 43.715-MA, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005, p. 360)

Assim agindo, tangenciando o mérito, tenho que o aresto guerreado reveste-se de ilegalidade a ser corrigida pela via do remédio heróico.

Por fim, é importante ter presente que os indigitados fundamentos de cautelaridade devem ser apreciados sob o signo temporal.

Como já tive oportunidade de registrar, os fundamentos para a prisão preventiva além de necessitarem de concreção, devem se revestir de atualidade, sob pena de degenerarem no mais rematado arbítrio.

Em hipótese semelhante, a envolver fatos gravíssimos, assim se pronunciou a colenda Sexta Turma deste Tribunal Superior:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Prisão processual. Fundamento. Análise cronológica. *Periculum libertatis*. Ausência. Ilegalidade. Reconhecimento.

1. A prisão processual é medida odiosa e excepcional, marcada pelo signo de sua imprescindibilidade. O indispensável *periculum libertatis* deve ser apurado quando da decretação da medida constritiva, sendo ilegal a referência a fatos que já distam no tempo, sem qualquer reiteração.

2. Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente, mediante termo de comparecimento aos atos do processo - com voto vencido.

(HC n. 117.779-MG, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 03.08.2009)

Em tal ocasião, salientei o seguinte:

A prisão processual, medida odiosa, deve ser decretada apenas em hipóteses excepcionais, marcadas pelo signo de sua imprescindibilidade. Além da demonstração dos pressupostos e requisitos, a providência deve ser encarada sob o prisma de sua inserção cronológica. Dentro dessa perspectiva, cumpre enfatizar a segregação em seu contexto histórico-processual.

Não pode o magistrado deixar-se obnubilar pela gravidade dos fatos, que, *in casu*, pulsa vigorosamente. Havia notícia de que os corréus, avô e irmãos (um deles o paciente) da vítima, a molestavam sexualmente. Demais disso, reunidos, a afogaram em uma caixa d'água, levando-a a óbito.

Tendo sido os acusados inicialmente encarcerados, foi tal segregação relaxada, ainda em 2001. Posteriormente, diante de fatos que teriam ocorrido em 2006, o paciente foi, por ocasião da pronúncia prolatada em 2007, preso preventivamente em 2008.

É fundamental ter claro que o magistério punitivo e suas incursões cautelares devem ser parcimoniosas, sob o risco de não cumprirem suas delicadas missões e degenerarem em arbítrio.

Ora, como os fatos ensejadores da prisão do paciente ocorreram mais de um ano antes de sua decretação, inexistindo registro de renitência, não há falar em justificativa legítima para a medida constritiva em tela.

Note-se tal compreensão, foi reiterada nesta Corte, nos seguintes julgados:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Incêndio. Dano contra bem público. Quadrilha. Prisão preventiva. (1) Insurgência contra o indeferimento de liminar em prévio *writ*. Superveniência do julgamento do mérito. Cognição. Possibilidade. (2) Prisão processual. Fundamento. Análise cronológica. *Periculum libertatis*. Ausência. Ilegalidade. Reconhecimento. (3) Ameaça a membro do *Parquet*. Fato ocorrido mais de dois anos antes do decreto prisional. (3) Risco de reiteração delitiva. Referência genérica. (4) Programa de proteção a testemunha. Conveniência da instrução criminal. Autos conclusos para sentença. Alegação superada.

1. A superveniência do julgamento do mérito do prévio *writ*, contra cujo indeferimento de liminar se voltava, não obsta a cognição da ordem e a apreciação de tal aresto como ato coator.

2. A prisão processual é medida odiosa e excepcional, marcada pelo signo de sua imprescindibilidade. O indispensável *periculum libertatis* deve ser apurado quando da decretação da medida constritiva, sendo ilegal a referência a fatos que já distam no tempo, sem qualquer reiteração.

3. Não justifica a prisão processual a referência genérica ao risco de reiteração delitiva.

4. Com o término da instrução, a menção à existência de testemunha protegida não se presta mais a justificar a prisão preventiva.

5. Ordem concedida para deferir ao paciente liberdade provisória nos autos do Processo n. 2006.000795-4, em curso na 17ª Vara Criminal da Comarca de Maceió-AL.

(HC n. 135.179-AL, de minha relatoria, julgado em 02.03.2010, DJe 22.03.2010)

Igualmente: HC n. 132.767-MA, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 08.09.2009, DJe 28.09.2009

Na espécie, o fato estampado na denúncia ocorreu em 12 de fevereiro de 2008. Tendo em vista as diversas idas e vindas dos autos da ação penal, com a manifestação de juízes e de um promotor de justiça no sentido de não se tratar de crime doloso contra a vida, culminou-se com a determinação da prisão apenas em 27.11.2009, quando do recebimento da denúncia.

Ora, entre o suposto sucesso delitivo e o advento da segregação, não houve ocorrências que pudessem indicar qualquer risco para o processo ou para a ordem pública. Desta forma, afigura-se inapropriado, penso, quase dois após o indigitado crime efetivar-se a medida extrema.

Por mais que a imputação choque, que tenha ocupado as páginas na mídia, ressaltado, é importante que os operadores do direito ostentem o devido distanciamento emocional, a fim de se dispensar o tratamento técnico que o feito requer.

Ante o exposto, concedo a ordem para deferir liberdade provisória ao paciente, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, no seio da Ação Penal n. 18/2009, da 2ª Vara do Júri da Comarca de Ribeirão Preto-SP.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.153-SP
(2004/0154090-1)**

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

Recorrente: José Carlos Rosa

Recorrente: Geraldo Bernardineli Meneguetti

Advogado: Juliano Botelho de Araújo e outro(s)

Recorrente: Geraldo Bernardeli Meneguetti

Tribunal de Origem: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Marília-SP

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Delito de trânsito. Exclusão de informações relativas a inquérito policial e ação penal, no qual foi declarada extinta a punibilidade, do banco de dados de instituto de identificação. Impossibilidade. Recurso ao qual se nega provimento.

1. As informações relativas a inquérito e processo criminal (no qual foi declarada extinta a punibilidade) não podem ser excluídas do banco de dados do instituto de identificação, porque fazem parte da história de vida do agente e, assim, devem ser mantidas *ad aeternum*.

2. Aos recorrentes assiste o direito somente ao sigilo das informações, as quais só podem ser fornecidas mediante requisição judicial. Os registros, de regra, existem para a comprovação de fatos e situações jurídicas de interesse particular e também público. Tornam públicas tais relações jurídicas.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

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

Brasília (DF), 07 de outubro de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 25.10.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP):
Trata-se de recurso ordinário constitucional interposto por *José Carlos Rosa*

e *Geraldo Bernardeli Meneguetti*, contra o v. acórdão de fls. 86-89, do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. A ação fora ajuizada contra ato do MM. Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal da comarca de Marília-SP, que indeferiu pedido de exclusão das informações referentes ao Inquérito Policial n. 132/95 e ao Processo n. 578/95 do banco de dados do Instituto de identificação Ricardo Gumbleton Daunt. Esclarecem os recorrentes que foram denunciados por infração ao artigo 121, parágrafos 3º e 4º, do Código Penal. O processo foi suspenso condicionalmente e, após cumpridas as condições impostas, foi declarada extinta a punibilidade da espécie, por sentença datada de 21 de maio de 1998. Aduzem que as informações constantes do banco de dados poderão ser acessadas por policiais por meio do sistema informatizado do IIRGD, existente em todas as Delegacias. E que tal possibilidade causa prejuízo aos recorrentes, principalmente no meio profissional, onde a pesquisa não oficial aos candidatos a empregos é muito comum. Ademais, se foi extinta a punibilidade, não há razão alguma para a manutenção das informações no banco de dados. Pleiteiam seja provido o presente recurso, determinando-se a exclusão dos registros referentes ao Inquérito Policial n. 132/95 e ao Processo Penal n. 578/95 do banco de dados do Instituto de identificação Ricardo Gumbleton Daunt (fls. 93 a 107).

O recurso foi respondido a fls. 125-128.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 132 a 137). Eis a ementa do parecer:

Processo Penal. RMS. Exclusão de dados dos registros de instituto de identificação criminal.

Inexiste ato ilegal ou abusivo a ser sanado pela via eleita, eis que resguardado está o sigilo das informações referentes aos recorrentes, para efeitos civis. Porém, para efeitos penais, deverão ser mantidos os seus registros, pois tais dados, somente no caso de requisição judicial, poderão ser fornecidos pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt.

Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Os registros, de regra, existem para a comprovação de fatos e situações

jurídicas de interesse particular e também público. Tornam públicas tais relações jurídicas.

No caso em exame, os registros dizem respeito à prática de delito e consequente decisão judicial, a extinção da punibilidade do fato delituoso.

Na atividade típica da polícia, de investigar a prática de delitos e coletar dados para a *opinio delicti* do Promotor de Justiça, o acesso a dados policiais pode contribuir para o esclarecimento da autoria de crimes. Em outras palavras, a polícia precisa de organização.

E, ao cancelar registros policiais, o Judiciário estará contribuindo para a própria desorganização da atividade policial e, de forma oblíqua, prejudicando a própria sociedade, tornando menos eficaz o trabalho investigatório da polícia.

Esses registros permanecem *ad aeternum* e compõem a própria história do condenado e da sociedade.

Exemplo da importância da manutenção dos registros é a exigência feita pelo Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Lei n. 8.906/1994.

Os requisitos para a inscrição do advogado estão previstos no artigo 8º, *in verbis*:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame da Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - *idoneidade moral*;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

O parágrafo 4º do mesmo artigo esclarece que

Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.

Nem se desconsidere a existência de folha de antecedentes para concurso público e para os julgamentos de ações penais pelo Poder Judiciário, em que é vital a pesquisa sobre antecedentes criminais dos réus.

O ora extinto Tribunal de Alçada Criminal paulista destacou que “Desde logo, cumpre assinalar que a proteção ao sigilo das informações não consubstancia direito absoluto, cedendo passo se presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, como a necessidade de se apurar fatos da vida pregressa do indivíduo para fins judiciais, não se podendo cogitar, nessa hipótese, de afronta a preceito legal algum.

Não se trata aqui de permitir acesso indiscriminado e imotivado de informações sigilosas e que só interessam quando requisitadas por ordem judicial, pois se ocorrer vazamento desses registros e isso ficar provado, impõe-se a responsabilização, como de direito, de quem os tenha divulgado”.

Sobre a matéria, transcrevo, por oportuno, trechos de trabalho publicado por Clóvis Mendes, constante do *site* Jus Navigandi:

A Constituição Federal, no inciso X, do seu artigo 5º, garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Comentando esse inciso, prelecionam CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS que o direito à reserva da intimidade e da vida privada consiste “na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano” (COMENTARIOS A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, 2º Volume, Editora Saraiva, 1989, p. 63).

A simples existência do registro e de informações relacionados com o processo do impetrante não fere o direito constitucional à reserva de sua intimidade e de sua vida privada. O que viola esse direito é a divulgação indevida desse registro e dessas informações. Por isso, a lei determina que, em determinados casos, se guarde sigilo a respeito desse registro e dessas informações. A lei não manda cancelar, apenas determina que se observe sigilo sobre esses dados, preservando, com isso, o direito constitucional à reserva da intimidade e da vida privada da pessoa.

Com efeito, o artigo 93, *caput*, do Código Penal, assegura ao condenado reabilitado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação. O artigo 748 do Código de Processo Penal, na mesma esteira, determina que a condenação ou condenações anteriores do reabilitado não serão mencionadas na folha de antecedentes, nem em certidão extraída dos livros do juízo, ressalvando a hipótese de requisição judicial.

O artigo 202 da Lei de Execução Penal, por fim, dispõe que, depois de cumprida ou extinta a pena, “não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”.

Esse dispositivo legal, por interpretação extensiva, também se aplica aos processos em que resulta a absolvição do réu. Tem pertinência aqui a lição do saudoso autor Julio Fabbrini Mirabete: “De toda lógica a afirmação de que não devem também constar das folhas corridas e certidões referências às ações penais encerradas com a absolvição do réu. A proibição da informação relativa ao processo com absolvição é extraída do art. 202 da Lei de Execução Penal, por interpretação extensiva, em virtude dos conhecidos princípios *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* e *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*” (EXECUÇÃO PENAL, Atlas, 9ª Edição, p. 694).

Vê-se, pois, que, em nenhum caso, a lei determina o cancelamento ou a exclusão de registros ou informações a respeito de processos na Instituição Policial e no Poder Judiciário, pelo contrário, ela deixa entendida a necessidade de manutenção desses dados para possibilitar o fornecimento deles na hipótese de requisição judicial e em outros casos expressos na legislação. As disposições legais apenas mandam observar o sigilo desses dados naqueles casos específicos.

(...)

O registro histórico do processo e das informações relativas a ele não pode ser cancelado, apagado ou eliminado dos assentamentos das repartições policiais e do Poder Judiciário, pois é necessário para a preservação da memória histórica da Administração Pública, que exige que seus arquivos sejam completos e fidedignos, a fim de que se saiba tudo que nela tramitou.

Atualmente, com a informatização das repartições públicas, imprimindo maior agilidade e eficiência aos serviços da Polícia e do Judiciário, os registros e informações a respeito de processos são lançados no computador, os quais podem ser protegidos com a utilização de códigos de modo a torná-los inacessíveis ao público, tendo acesso a eles apenas funcionários autorizados. O cancelamento ou exclusão desses dados no computador tornariam incompletos os lançamentos, impossibilitando o fornecimento de informações fidedignas na hipótese de requisição judicial e em outros casos previstos em lei, como para fins de concurso público.

[...]

O sigilo do registro de sentenças penais absolutórias e inquéritos arquivados nos terminais dos computadores do IIRGD, assim como no Departamento de Investigação e na Delegacia de Polícia, não impõe, necessariamente, a exclusão desses registros. A manutenção do registro histórico do processo é necessária para a preservação da memória dos atos praticados pela Administração Pública. O sigilo pode ser assegurado sem a exclusão desses registros. (...) Ademais, a exclusão dos dados daqueles impetrantes dos computadores do IIRGD tomou os arquivos dessa instituição falhos, incompletos, inviabilizando o fornecimento de informações corretas na hipótese de requisição judicial e em outros casos previstos em lei, como, por exemplo, concursos públicos.

É importante registrar que o IIRGD é o Órgão encarregado de fornecer a folha de antecedentes das pessoas no Estado de São Paulo. Nele se centralizam as anotações sobre todos os processos instaurados contra as pessoas neste Estado. É através da folha de antecedentes, requisitada ao IIRGD, que os Juízes tomam conhecimento da existência de outros processos, em outras Comarcas, de réus sob seu julgamento, e, eventualmente, requisitam às Comarcas certidões relativas a esses processos, para fins de individualização da pena, decisão sobre transação penal e suspensão condicional do processo etc. E através da folha de antecedentes, requisitada ao referido Instituto, que as comissões de concursos públicos avaliam a idoneidade moral de candidatos, para fins de aprovação para cargos públicos. A exclusão de registro de processos, regularmente feito, irá tornar falha e omissa as folhas de antecedentes naqueles casos de requisição judicial e em outros previstos em lei, retirando-lhe a credibilidade. (A possibilidade de exclusão de inquéritos e processos dos registros de instituto de identificação. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 18.sete.2006).

Trago à colação julgado desta Corte Superior, de relatoria de relatoria do eminente Ministro Humberto Martins, assim ementada:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Antecedentes criminais sigilosos. Inquérito arquivado. Acesso apenas pelos agentes públicos. Manutenção de dados de consulta restrita. Possibilidade.

1. Mandado de segurança impetrado para excluir dados relativos a antecedentes criminais de impetrante - de caráter sigiloso - de cadastros mantidos por órgãos públicos estaduais.

2. Por analogia ao que dispõe o art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na folha de antecedentes, salvo para consulta restrita pelos agentes públicos, devem ser mantidos nos registros criminais sigilosos os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos, em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, com o devido cuidado de preservar a intimidade do cidadão.

Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 28.838-SP, relator Ministro Humberto Martins, DJe 04.11.2009).

Não se desconhece a existência de ponderosos argumentos contrários e decisões deste e. Tribunal, dentre os quais cito REsp n. 443.927, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 04.08.2003; RMS n. 25.096-SP, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 07.04.2008; e Pet n. 5.948-SP, relator Ministro Felix Fischer, DJe 07.04.2008.

No meu sentir, no entanto, o direito que deve ser garantido aos recorrentes consiste somente no sigilo das informações constantes do instituto de identificação.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 1.024.042-RJ (2008/0011488-0)

Relator: Ministro Og Fernandes
Recorrente: Paulo César da Silva Homem
Advogado: Ana Luiza de Sá e outro(s)
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Falsificação de documento público (porte de arma) e estelionato. Princípio da consunção. Aplicação do Enunciado da Súmula n. 17 do STJ. Possibilidade. Prescrição. Extinção da punibilidade.

1. No caso, sem que haja uma análise acurada da matéria fático-probatória contida nos autos, constata-se que o recorrente falsificou os documentos com o fim único e específico de induzir as vítimas em erro, fazendo-as pensar que estavam adquirindo portes de armas verdadeiros, com o objetivo de auferir vantagem econômica.

2. Na verdade, a própria denúncia deixa claro que as falsificações foram perpetradas unicamente como meio para a prática dos estelionatos, não apontando a exordial acusatória nenhum fato que sugira terem sido os documentos utilizados para fins diversos, que lhes pudessem conferir objetivo autônomo e independente.

3. Com efeito, inviável a condenação do recorrente pelo crime de falsificação de documento público, pois não houve demonstração em concreto de que falsificação ocorreu em momentos distintos para a prática de outros crimes, que não a específica para a fraude empregada no delito de estelionato, sendo certo, também, que a potencialidade lesiva esgotou para o autor do fato, que nada mais poderia fazer com os ditos documentos.

4. Ademais, não há se falar que as vítimas fossem utilizar o documento público para praticar outros delitos, pois, nessa qualidade, sequer sabiam da falsidade do porte de arma.

5. Enfim, não há dúvida de que o falso foi o crime-meio destinado à consumação do estelionato, atraindo a incidência da Súmula n. 17 do

STJ, que preceitua, “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

6. Recurso provido para excluir da condenação a pena relativa ao crime previsto no art. 297 do Código Penal. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para declarar a extinção da punibilidade estatal quanto ao delito remanescente, qual seja, o estelionato, em face da ocorrência superveniente da prescrição da pretensão punitiva, ficando prejudicadas as demais alegações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso e, de ofício, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Dr. Carlos Eduardo Machado, pela parte Recorrente: Paulo César da Silva Homem.

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

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 04.10.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto por Paulo César da Silva Homem, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Federal da 2ª Região.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 171 do Código Penal, por cinco vezes, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime aberto, e 13 (treze) dias-multa, bem como pela prática do crime previsto no art. 297 do mesmo diploma legal, por cinco vezes,

à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Em virtude do concurso material, as penas foram somadas, totalizando 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, negado provimentos aos recursos, guardando o acórdão a seguinte ementa:

Penal e Processual Penal. Falsificação de porte de arma (art. 297, do Código Penal). Estelionato (art. 171, do Código Penal). Autoria e materialidade comprovadas. Majoração da pena-base. Crime continuado. Compatibilidade do aumento da pena com o número de infrações cometidas. Manutenção do valor do dia-multa em razão da situação econômica do réu. Cerceamento de defesa por indeferimento de nova perícia. Inexistência.

- As provas carreadas aos autos comprovaram tanto a falsidade dos portes de armas como o induzimento a erro das vítimas, mostrando-se presentes as elementares dos crimes de estelionato e de falsidade material;

- O juiz goza de certa discricionariedade na fixação da pena-base, sendo que sua fixação acima do mínimo legal mostrou-se razoável e suficiente para a prevenção e repressão dos crimes em comento, em considerando a quantidade dos delitos praticados;

- O aumento da pena da continuidade delitiva fixada pelo juiz em um quarto para cada crime, face às cinco repetições do ilícito praticado, mostra-se compatível com o número de infrações;

- No crime continuado, as ações praticadas posteriormente devem ser consideradas como continuação da primeira, o que faz com que a ação inicial e as subseqüentes constituam, por ficção, um único ilícito. Igual raciocínio é válido na aplicação da pena de multa, sendo, em consequência, inaplicável a regra estabelecida no art. 72 do Código Penal (Precedentes: REsp n. 493.227-SP, 63.742-SP, 68.186-DF);

- Ausência de conflito entre os laudos periciais, na medida em que os mesmos levaram em consideração portes de armas de diferentes pessoas. O juiz deve negar a realização de nova perícia, se ela em nada modificaria o resultado do julgamento no que tange às provas colhidas (art. 184, do Código de Processo Penal), farta na comprovação da autoria;

- Inexistência de vício na denúncia, acompanhada de amplo conjunto probatório a permitir a adequação típica - ademais da demonstração do pagamento pelas vítimas para a obtenção dos portes de armas - a demonstrar haver atendido às exigências do art. 41, do Código de Processo Penal.

- Incabível a arguição de inépcia da denúncia após a prolação da r. sentença condenatória. (fls. 249-250)

Daí o presente recurso especial, no qual se alega violação dos arts. 49, *caput* e § 1º, 59, 71 e 72, todos do Código Penal, além de divergência jurisprudencial, sustentando, em suma, que a falsificação documental se exauriu no crime de estelionato, não representando maior potencialidade lesiva, pelo que deveria ser absorvida por este, conforme o disposto na Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça.

Alternativamente, requer sejam as penas-bases de ambos os delitos (arts. 171 e 297 do Código Penal) fixadas no mínimo legal, por estarem ausentes quaisquer circunstâncias judiciais autorizadoras da exasperação.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Colhe-se dos autos que a autoridade policial, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, apreendeu, na residência do recorrente, que é proprietário da Escola de Tiro Bullet Ltda., 320 (trezentos e vinte) espelhos de portes de armas em branco falsos, instrumentos utilizados para falsificação, além de diversas armas de procedência estrangeira.

Consta da denúncia que o recorrente falsificou portes de armas federais e induziu a erro quanto à autenticidade desses documentos, mediante fraude, as pessoas de M. Z. (fls. 200), A. F. (fls. 174), L. L. (fls. 167), K. A. (fls. 105), A. F. (fls. 155) e C. E. P. (fls. 158), com o objetivo de obter para si vantagem econômica.

O acusado teria oferecido para essas pessoas portes de arma federal, solicitando, para tanto, todos os documentos que a Polícia Federal exigia para a expedição desse documento, bem como uma quantia em dinheiro, sob o fundamento de agilizar o trâmite legal do procedimento, entregando-lhes, todavia, portes de armas falsificados.

Em razão disso, foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 171 do Código Penal, por cinco vezes, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime aberto, e 13 (treze) dias-multa, bem como pela prática do crime previsto no art. 297 do mesmo diploma legal, por cinco vezes, à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (dias de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 13 dias-multa.

A exordial acusatória noticia que ele está sendo processado, também, pelo crime de receptação, na forma do art. 180, § 1º, do CP, nos autos da Ação Penal n. 97.0060282-6, em virtude das armas apreendidas em seu poder.

QUANTO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

O Tribunal de origem manteve o concurso material entre os crimes de falso e estelionato, pelos seguintes fundamentos:

Como afirmado pelo Juiz sentenciante, a falsidade não se exauriu no estelionato, na medida em que o documento continuou tendo potencial capacidade lesiva para enganar terceiros, ainda que as vítimas estivessem de boa fé.

(...)

Logo, não tendo ocorrido unidade de ação, o concurso pode ser considerado como sendo o material, não se aplicando a Súmula n. 17 do STJ.

No caso, sem que haja uma análise acurada da matéria fático-probatória contida nos autos, constata-se que o recorrente falsificou os documentos com o fim único e específico de induzir as vítimas em erro, fazendo-as pensar que estavam adquirindo portes de armas verdadeiros, com o objetivo de auferir vantagem econômica.

Na verdade, a própria denúncia deixa claro que as falsificações foram perpetradas unicamente como meio para a prática dos estelionatos, não apontando a exordial acusatória nenhum fato que sugira terem sido os documentos utilizados para fins diversos, que lhes pudessem conferir objetivo autônomo e independente.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o recorrente foi absolvido na Ação Penal n. 97.0060282-6, que respondia pela suposta prática do crime previsto no art. 180 do Código Penal, c.c. o art. 10 da Lei n. 9.437/1997, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal - *por não constituir o fato infração penal*. (fls. 1.120-1.128)

Sendo assim, inviável a condenação do recorrente pelo crime de falsificação de documento público, pois não houve demonstração em concreto de que a falsificação ocorreu em momentos distintos para a prática de outros crimes, a não ser a específica para a fraude empregada no delito de estelionato, sendo certo, também, que a potencialidade lesiva esgotou para o autor do fato, e nada mais se poderia fazer com os ditos documentos.

Ademais, não há se falar que as vítimas fossem utilizar o documento público para praticar outros delitos, pois, nessa qualidade, sequer sabiam da falsidade do porte de arma.

Enfim, não há dúvida de que o falso foi o crime-meio destinado à consumação do estelionato, atraindo a incidência da Súmula n. 17 do STJ, que preceitua, “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

Nesse sentido.

Penal. Falso e estelionato. Absorção do primeiro pelo segundo delito. Venda de carteira de habilitação falsa (CNH). Aplicação da Súmula n. 17-STJ.

1 - Se a conduta do acusado visava, conforme apurado nas instâncias ordinárias, única e exclusivamente, a obtenção de vantagem pecuniária ilícita, mediante a venda de carteiras de habilitação falsas, resta o crime de falso absorvido pelo estelionato, *não podendo se dizer que a eventual apresentação das CNHs, pelos terceiros, seja remanescência de potencialidade lesiva, pois, se assim ocorrida, foi por mãos das vítimas que, nessa qualidade, nem sabiam estar de posse de documentos oriundos de contrafação.*

2 - Recurso conhecido (alínea c), mas improvido. (REsp n. 237.293-GO, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 04.02.2002)

Habeas corpus. Artigos 171, § 3º c.c. artigo 14, II; 299 e 304 do Código Penal. Inépcia da inicial. Descrição individualizada da conduta delituosa dos pacientes. Crime de autoria coletiva. Inocorrência de constrangimento. Excesso na imputação dos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso. Incidência da Súmula n. 17 do STJ. Recurso a que se dá parcial provimento.

1. Na via estreita do *habeas corpus* “só se acolhe alegação de inépcia da denúncia quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu” (HC n. 25.263-SE, DJU de 24.11.2003). Assim, a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade.

2. Hipótese em que o falso é mero instrumento da fraude, não havendo narrativa de que foi utilizado para finalidade diversa, faz incidir o Enunciado n. 17 da Súmula desta Corte (Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido).

3. Recurso a que se dá parcial provimento, tão somente para excluir da denúncia a capitulação dos crimes dos artigos 299 e 304 do Código Penal, mantendo a imputação quanto ao delito de estelionato.

(RHC n. 24.601-SP, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), DJe 19.12.2008)

Habeas corpus. Falsidade ideológica e uso de documento falso. Estelionato. Consunção. Ocorrência. Alegada nulidade da ação penal, em razão da incompetência da Justiça Federal. Tentativa de estelionato. Lesão à autarquia federal. Interesse da União. Art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

1. Os crimes previstos nos arts. 299 e 304 do Código Penal foram cometidos, conforme narra a denúncia, com o fim exclusivo de se obter benefício previdenciário mediante fraude, nada havendo nos autos que sugira ter sido o documento utilizado para fins diversos.

2. “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.” Enunciado da Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de crimes em que a conduta do acusado é praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, sendo irrelevante a existência de efetivo prejuízo.

4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para excluir da denúncia a capitulação dos crimes dos arts. 299 e 304 do Código Penal.

(HC n. 96.082-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 28.10.2008)

Dito isso, há questão a ser enfrentada, de ofício, vale dizer, a ocorrência da prescrição.

De notar que, tratando-se de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena cominada para cada delito, isoladamente. Dessarte, não deve ser computado, no caso, o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, nos termos da Súmula n. 497 do Supremo Tribunal Federal e art. 119 do Código Penal.

Com efeito, tendo o recorrente sido condenado a 2 anos de reclusão, desconsiderada a continuidade delitiva, sem recurso do Ministério Público, constata-se que já decorreram mais de quatro anos desde a publicação da sentença condenatória, que data de 24.11.2004 (fl. 1.217), operando-se a

prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, inciso V, c.c. o art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, uma vez que não ocorreu qualquer causa interruptiva desde então.

Por conseguinte, ficam prejudicadas as demais questões suscitadas pelo recorrente, notadamente em relação à dosimetria da pena.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para excluir da condenação a pena relativa ao crime previsto no art. 297, em face do princípio da consunção ou da absorção. De ofício, concedo *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade estatal quanto ao delito remanescente, qual seja, o estelionato, em face da ocorrência superveniente da prescrição da pretensão punitiva, ficando prejudicadas as demais alegações.

É o voto.