



Jurisprudência da **Sexta Turma**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 670.453-RJ
(2004/0105745-9)**

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

Agravante: União

Agravado: Hudson Lopes Lourenço

Advogado: Rosejane Santos da Silva Pereira

EMENTA

Agravo regimental. Recurso especial. Constitucional e Administrativo. Militar. Remoção. Princípio da Razoabilidade. Transferência de local de serviço. Deferimento. Mora imotivada para efetivação da movimentação. Discricionariedade. Teoria dos Motivos Determinantes. Matéria constitucional. STF. Acórdão conforme a jurisprudência do STJ. Enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

1. A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).

2. Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.

3. No caso, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: “a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade.” (fl. 153).

4. Pretensão e acórdão *a quo*, na via especial, firmados em preceito constitucional elidem o exame do STJ.

5. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado n. 83 da Súmula do STJ).

6. Agravo regimental a que 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 agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

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

DJe 08.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de agravo regimental interposto pela União, contra decisão que negou seguimento ao seu recurso especial, ao determinar a remoção do ora agravado do Rio de Janeiro para o Rio Grande do Sul, assim ementada (fls. 210):

Recurso especial. Constitucional e Administrativo. Militar. Remoção. Princípio da Razoabilidade. Transferência de local de serviço. Deferimento por parte da Administração. Mora imotivada para efetivação da movimentação. Discricionariedade. Teoria dos Motivos Determinantes. Acórdão conforme a jurisprudência do STJ. Enunciado n. 83 da Súmula do STJ. Recurso especial não provido.

Das razões de agravo regimental (fls. 219-238), inferem-se as proposições:

a) o ora agravado solicitou sua transferência funcional do Rio de Janeiro para o Rio Grande do Sul, em razão de questões familiares. O pleito foi

atendido, entretanto, antes de iniciada a movimentação do servidor, a própria Administração revogou o provimento do pedido, “por questões de interesse público o administrador público, em tempo, entendeu que a ausência do militar da Sede (Rio de Janeiro) causaria prejuízo ao serviço público.” (fl. 220);

b) o acórdão *a quo* merece reforma, pois o magistrado não pode substituir as legítimas opções realizadas pelo administrador público, “sob pena de violação do princípio da separação dos poderes expresso no artigo 2º, da Constituição Federal.” (fl. 232); e,

c) no caso “a administração apresentou motivo para não efetivar a movimentação: necessidade administrativa e o interesse público.” (fl. 236).

Dispensou-se a oitiva da parte contrária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A irrisignação não merece prosperar.

Essência da Controvérsia

A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).

Principais Ocorrências dos Autos

No caso, o ora agravado solicitou sua transferência funcional do Rio de Janeiro para o Rio Grande do Sul, em razão de questões familiares. *Prima facie*, o pleito foi atendido, entretanto, antes de iniciada a movimentação do ora agravado, a própria Administração revogou o provimento do pedido, “por questões de interesse público o administrador público, em tempo, entendeu que a ausência do militar da Sede (Rio de Janeiro) causaria prejuízo ao serviço público.” (fl. 220).

Diante disso, o Tribunal Regional da 2ª Região, *in casu*, determinou a transferência do servidor, conforme o acórdão abaixo transcrito: (fl. 155)

Administrativo. Mandado de segurança. Militar. Negativa à movimentação anteriormente deferida. Discricionariedade. Ato indevidamente motivado.

- Apelação em mandado de segurança interposta pelo impetrante Hudson Lopes Lourenço, face à sentença que denegou a segurança pleiteada, que objetivava o cumprimento do ato de sua movimentação para o Rio Grande do Sul, com todos os direitos advindos da mudança, conforme deferido anteriormente pela autoridade militar.

- Em que pese a discricionariedade do ato, verifica-se que o motivo apresentado, de caráter genérico, em relação à grave situação social do caso, gerando a separação familiar em momento tão delicado, não fundamenta a negativa do cumprimento do ato anteriormente deferido.

- A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da “Teoria dos Fatos Determinantes”, obedecendo ao princípio da razoabilidade.

- A circunstância dos valores terem sido recebidos de boa-fé pelo servidor ou pensionista não afasta o dever de reposição, o que somente ocorreria no caso de mudança de interpretação de lei pela Administração, considerando que o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999 veda a aplicação retroativa de nova interpretação.

4. Apelo e remessa providos.

Contra o *decisum* regional, o ora agravante interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, em função de suposta violação dos arts. 535, inciso II, do CPC; 1º, da Lei n. 1.533/1951; 2º; e 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, ao sustentar, em síntese: “por necessidade de serviço, com base nos princípios acima invocados, a Administração necessita manter o ora recorrido desempenhando as suas atividades na base naval da Ilha de Cobras, no estado do Rio de Janeiro.” (fl. 183).

Efetuada breve relato, passe-se ao exame da controvérsia.

Violação do art. 535 do CPC: Inexistência

Sobre a suposta omissão do acórdão *a quo*, objeto da presente insurgência, conveniente a transcrição da lição de Rui Barbosa, *in verbis*: “em presença de um texto claro, preciso, inequívoco, não há que estar argumentando como se nos achássemos ante um enunciado incompleto ou indistinto, do qual houvéssimos de extrair por ilações ou deduções a interpretação mais plausível” (Parecer, na Revista do Supremo Tribunal 9/305, *apud* Paulo Bonavides, “Participação da OAB em todas as fases do concurso de acesso à magistratura”, RTDP 12/41).

Por esse aspecto, não merece seguimento o recurso no tocante à violação ao art. 535, incisos I e II, do Código Processo Civil, porque o Tribunal de origem se

manifestou sobre toda a *quaestio*, não obstante desfavorável à pretensão da parte recorrente.

Confira-se o precedente da Sexta Turma:

Embargos de declaração. Obscuridade, contradição ou omissão. Inexistência. Matéria constitucional. Prequestionamento. Impossibilidade.

1. Inviáveis os declaratórios quando ausentes as hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

[...]

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no Ag n. 673.151-PE, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6ª Turma, DJe 1º.07.2009)

Teoria dos Motivos Determinantes

“Já dizia o Juiz Holmes: ‘Uma palavra não é um cristal transparente e imutável; ela é a pele de um pensamento vivo e pode variar intensamente em cor e conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que são usadas’ (Towne V. Eisner, 245 US, p. 425)”. (SCHNAID, David. *A Interpretação Jurídica Constitucional (e Legal)*, in RT. 733:35).

Nesse contexto, para adequada compreensão da lide, oportuna breve digressão acerca dos fenômenos jurídicos dispostos nos autos.

Primeiramente, ato administrativo, segundo a doutrina, “é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2007).

Assim, indispensável, para a validade do ato administrativo, a motivação, isto é, demonstração, por escrito, do conjunto de argumentos ou de pressupostos autorizadores para a realização de determinado procedimento. Sobre o tema, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no art. 50, estabelece:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
 - II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
 - III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
 - IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
 - V - decidam recursos administrativos;
 - VI - decorram de reexame de ofício;
 - VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
 - VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
- § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
- § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
- § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito (Lei n. 9.784, de 1999).

Nesse passo, pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada a existência e a veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar a Administração aos seus termos. Precedente: “Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada.” (RMS n. 20.565-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 21.05.2007)

De feito, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: “a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade.” (fls. 153).

Sobre a relevância do Princípio da Razoabilidade, na esfera administrativa, destaque-se a manifestação doutrinária: “um ato não é razoável quando não

existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.” (ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, dezembro, 2001).

Jurisprudência do STJ Contrária à Insurgência

No caso, contravindo aos argumentos recursais, inexistente suposta invasão judicial em relação à discricionariedade do administrador, pois este também se submete à norma legal. Jurisprudência da Primeira Seção do STJ: “A administração vincula-se aos motivos que determinaram o ato impugnado (teoria dos motivos determinantes)” (MS n. 12.227-DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 1º.09.2008)

Em acréscimo, em sentido contrário à irresignação *sub judice*, o ato administrativo é nulo quando dissociado da situação de direito ou de fato que determinou ou autorizou a sua realização. Precedente: “2. O ato administrativo é nulo quando o motivo se encontrar dissociado da situação de direito ou de fato que determinou ou autorizou a sua realização. A vinculação dos motivos à validade do ato é representada pela teoria dos motivos determinantes.” (REsp n. 708.030-RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 21.11.2005)

Matéria Constitucional

De igual forma, não merece seguimento o recurso, pois o acórdão *a quo* se firmou em preceitos constitucionais. Nessa linha de raciocínio, frise-se a manifestação doutrinária: “a rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. (...) Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Ed. Ref. Ampl. e Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003).

Além disso, consoante o disposto nos autos, os argumentos recursais firmaram-se à luz de matéria constitucional (arts. 2º; e 5º, inciso LXIX, ambos da Constituição da República), *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode

conhecer do recurso especial, nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, inciso III, da Constituição da República.

Confira-se o precedente da Sexta Turma deste Tribunal:

Agravo regimental. Administrativo. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Alegação genérica. Enunciado n. 284-STF. Complementação de pensão. Viúva. Ferroviário. RFFSA. Lei n. 8.186/1991. Dispositivos constitucionais. Violação. Exame. Impossibilidade. Juros moratórios. Percentual. Matéria não alegada nas razões do recurso especial.

[...]

3. A violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, não pode ser apreciada em sede de recurso especial, matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal pela via do extraordinário.

(AgRg no REsp n. 1.108.665-SC, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 10.08.2009)

Enunciado n. 83 da Súmula do STJ

Não assiste razão à recorrente, porque o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência assente do STJ, assim sendo, aplica-se, no caso vertente, o Enunciado 83 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Jurisprudência:

Agravo regimental em recurso especial. Processual Civil e locação. Fraude à execução. Inexistência. Ausência de má-fé do terceiro adquirente. Incidência do Enunciado n. 83 da Súmula desta Corte Superior. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Enunciado n. 7 da Súmula do STJ

O *decisum* exarado pelo Tribunal de origem, bem assim os argumentos da insurgência em exame, se firmaram em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a discricionariedade do ato administrativo, ter-se-ia de reexaminar o acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Nesse sentido, oportuna a transcrição dos julgados:

Agravo regimental em recurso especial. Violação dos artigos 535 e 458 do Código de Processo Civil. Omissão e ausência de fundamentação. Inocorrência. Reajuste geral de vencimentos. Mora legislativa. Indenização. Período. Dano moral. Reexame da prova.

[...]

5. O acolhimento da pretensão de indenização por dano moral implica o reexame do acervo fático-probatório, no sentido de se aferir a efetiva existência e a extensão do dano sofrido, vedado no Enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 840.669-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 15.09.2008)

Agravo regimental. Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Embargos à execução. Reajuste de 28,86%. Portaria MARE n. 2.179/1998. Excesso de execução e compensação. Integralidade. Ausência de demonstração. Súmula n. 7-STJ.

[...]

2. Consignado no acórdão recorrido que a Recorrente, ora Agravante, não demonstrou que o percentual de 28,86% foi efetivamente integralizado, para alcançar conclusão diversa, a fim de se reputar incorretos os cálculos apresentados pelos exequêntes, bem como eventual afronta à coisa julgada em decorrência da não aplicação da Portaria MARE n. 2.179/1998, ter-se-ia que reexaminar o acervo fático-probatório dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

[...]

(AgRg no REsp n. 763.836-RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6ª Turma, DJe 08.06.2009)

Agravo regimental. Recurso especial. Comprovação do dano material e valor do dano moral. Súmula n. 7-STJ.

1. A irrisignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido para decidir a controvérsia encontra óbice no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.014.354-RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJe 06.10.2008)

Em face do exposto, nego provimento ao agravo interno.

HABEAS CORPUS N. 41.655-AC (2005/0019800-8)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Antônio José Braña Muniz

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

Paciente: Antônio José de Araújo Carneiro (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Julgamento da apelação. Abandono (ou renúncia) do advogado. Ausência de comunicação ao cliente ou ao tribunal. Certificação de trânsito em julgado. Nulidade absoluta. Constrangimento ilegal caracterizado. Devolução do prazo. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação a um dos delitos.

1. Segundo o disposto no art. 261 do CPP, nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

2. “Constitui nulidade absoluta, por evidente cerceamento de defesa, a falta de intimação do réu sobre a renúncia de seu advogado, para que possa substituí-lo por outro de sua confiança ou, ao menos, caso assim não proceda, para que lhe possa ser nomeado um defensor dativo” (HC n. 69.644-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 28.05.2007).

3. No caso, o patrono do paciente foi nomeado em cargo público incompatível com o exercício da advocacia (agente de Polícia Federal). Ele, entretanto, não comunicou tal fato ao cliente ou ao Tribunal.

4. Em consequência, quando do julgamento da apelação, o paciente se encontrava desassistido. Assim, a certificação do trânsito em julgado, em razão de o prazo recursal ter transcorrido *in albis*, evidencia constrangimento ilegal.

5. Considerando que, com a anulação aqui procedida, afasta-se o trânsito em julgado da ação penal, cumpre reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de formação de quadrilha armada, pois superado o prazo de 8 (oito) anos, previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

6. Também em razão da necessidade de reabertura do prazo recursal, de rigor se assegure ao paciente que aguarde em liberdade o desfecho do processo, sob pena de violação ao princípio da razoável duração do processo.

7. Ordem concedida para, de um lado, anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja realizado, após intimação do paciente para constituir novo patrono (ou, em caso de inércia, que lhe seja nomeado dativo); de outro lado, reconhecer, em relação ao crime de formação de quadrilha, a prescrição da pretensão punitiva. Expeça-se alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo.

ACÓRDÃO

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE).

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

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 1º.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Antônio José de Araújo Carneiro, contra acórdão proferido pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, que negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a condenação do paciente, pela prática dos crimes de formação de quadrilha armada e roubo (três vezes), à pena de 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos desta ementa (fls. 16):

Apelação. Roubo qualificado. Concurso de pessoas. Menor participação. Réu que não praticava atos de execução. Condenação mantida. Inadmissível a diminuição da pena.

O réu que, embora não tenha praticado atos de execução, mas, deu cobertura aos demais co-réus na prática de vários roubos duplamente qualificados, não pode ser beneficiado com causa a causa de diminuição de participação de menor importância, se sua culpabilidade é tão intensa quanto a dos demais.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, uma vez que do acórdão de apelação *não tomou ciência nem o Paciente, tampouco o seu patrono, Dr. Wilson Chiste Fleming, o que ocasionou a baixa dos autos ao Juízo da 2ª Vara Criminal para cumprimento da sentença, confirmada pelo Acórdão guerreado.* (fl. 4).

Afirma, ainda: *agrava-se o fato de que o seu advogado, como é público e notório, não obstante ter sido nomeado no cargo de Agente da Polícia Federal, sequer enviou ao Paciente qualquer Carta de renúncia de mandato, conforme estabelece o Estatuto dos Advogados, tampouco comunicou ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre que não patrocinava mais a causa, conforme se observa dos documentos juntados provenientes da tramitação naquele Douto Tribunal* (fl. 4).

Aduz, de resto, que, *se o Paciente tivesse sido intimado pessoalmente em sua residência, por carta precatória, ou mesmo se o seu patrono houvesse sido intimado pessoalmente do v. acórdão, jamais o Paciente concordaria com essa decisão, uma vez que além de ser inocente, é uma pessoa de bem, conforme faz prova as manifestações de apoio recebidas de autoridades constituídas, entidades de classes e religiosos e do próprio Delegado de Polícia, pois possui família, tem dois filhos, é pequeno pecuarista, comerciante e ainda, nas horas vagas, trabalha como taxista* (fl. 5).

Pede, ao final, seja tornada sem efeito a certidão de trânsito em julgado da apelação criminal, além da expedição de alvará de soltura.

Em 1º.03.2005, a liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Hamilton Carvalhido.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem. Após a juntada de novos documentos, o parecerista modificou posicionamento anterior, manifestando-se pelo acolhimento do pedido.

Atribuído o feito em 04.07.2008, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Como visto, busca o impetrante seja reaberto o prazo para interposição de recurso, após afastamento da certidão de trânsito em julgado. Sustenta que, quando do julgamento da apelação, o advogado constituído não poderia desenvolver suas funções (no caso, interpor recurso), por ter sido nomeado como agente de polícia federal, cargo incompatível com o exercício da advocacia.

Aponta, também, que o patrono não havia comunicado renúncia, nem ao cliente, nem ao Tribunal.

Quando de sua primeira manifestação, o ilustre representante do Ministério Público Federal assentou o seguinte (fls. 187-8):

O princípio da ampla defesa, constante no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Conseqüência deste princípio é o devido processo legal, garantia individual inserta no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna.

A legislação processual penal pátria já consagra tais princípios, com os meios a ela inerentes, dentre os quais insere-se o direito do réu de se valer do concurso de advogado de sua confiança. O princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio do devido processo legal estão traduzidos no art. 261 da Lei Adjetiva Penal, que assim dispõe:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Desse modo, havendo renúncia ao mandato, é mister que o réu seja intimado para que constitua novo advogado de sua preferência, para proceder sua defesa em juízo.

Levantada a hipótese de que o paciente não tenha tomado conhecimento da renúncia de seu advogado, bem como o Tribunal Estadual, que não recebeu qualquer comunicação, obedecendo aos trâmites legais, faz-se imprescindível a declaração de nulidade do v. acórdão em questão. *Em sendo demonstrado o abandono por parte do causídico, sem a intimação do acusado, padece de nulidade absoluta o processo, no intuito de assegurar ao réu o inafastável direito de defesa.*

Ocorre que, não há como analisar o pedido deduzido no presente writ, porquanto não foi comprovada nos autos, pelo impetrante, a existência de abandono da causa pelo patrono constituído naquela ocasião.

Na hipótese vertente, a impetração informa que o antigo patrono do paciente passou a exercer atividade incompatível com a advocacia, em face

de sua aprovação e nomeação no cargo de Agente da Polícia Federal. Todavia, compulsando-se os autos, verifica-se que a defesa não logrou êxito em demonstrar se realmente houve abandono do feito pelo motivo acima explicitado.

Nos autos não constam elementos que esclareçam se houve, de fato, a desistência do advogado constituído pelo paciente. Ademais, a Corte *a quo* não foi cientificada da renúncia, restando, portanto, configurada a regular intimação do advogado para o julgamento da apelação e da publicação do acórdão. Tais assertivas podem ser confirmadas observando o teor das certidões constantes às fls. 105 e 108.

Considerando que o causídico tenha renunciado ao mandato, por estar exercendo atividade incompatível com o exercício da advocacia, e não tenha cientificado o paciente e nem o Tribunal, é causa de nulidade absoluta, cuja declaração pode ser feita de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação, cabendo à parte, contudo, sua inequívoca comprovação, o que efetivamente não aconteceu nos autos.

O impetrante, então, trouxe aos autos novos documentos. Entre eles, consta termo de posse do advogado à época constituído, que teria sido nomeado para o cargo de agente de polícia federal no dia 06.01.1999.

Há também informações, prestadas pelo Tribunal de origem, noticiando o seguinte (fls. 206):

... compulsando-se os autos da Ação Penal n. 001.98.007813-9, que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Rio Branco, verifiquei que a súmula do v. acórdão n. 1.112, foi publicada no Diário de Justiça n. 1.656, de 21.11.1999, à fl. 07, com trânsito em julgado em 07.12.1999. Certifico ainda que *figurou o Doutor Wilson Criste Fleming, OAB-AC 1722, como advogado do réu Antônio José de Araújo Carneiro, nos autos da referida Ação Penal e Apelação Criminal n. 1998.000766-6, não apresentando o citado Advogado, renúncia ao mandato nos autos.*

Os autos seguiram novamente para o *Parquet* Federal. Nessa oportunidade, o parecerista assim se manifestou:

2. Em parecer anterior (fls. 183-190), o *Parquet* Federal opinou pela denegação da ordem, porque: 1) ausente comprovação do não-conhecimento, pelo paciente e pela eg. Corte Estadual, do abandono da causa pelo patrono constituído, em razão do exercício de atividade incompatível com a prática da advocacia e; 2) desnecessária a intimação pessoal do réu, em se tratando de advogado constituído, bastando a publicação do acórdão no órgão oficial.

3. Diante da omissão supra mencionada, a defesa juntou cópia do termo de posse do anterior causídico, Wilson Chiste Fleming, no cargo de Agente da Polícia

Federal em 06.01.1999, e certidão da Diretoria Judiciária do eg. Tribunal Local da não-apresentação da renúncia ao mandato, pelo referido patrono, nos autos.

4. O Ministério Público Federal, diante dos demais documentos juntados, entende que a situação fática referente ao writ em espeque se alterou, eis que as informações trazidas à baila modificam o posicionamento esposado por este Órgão ministerial.

5. Assim a irresignação merece prosperar.

6. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo indispensável a participação do advogado para garantir a atuação desses princípios constitucionais.

7. No caso em tela, o abandono da causa pela patrono sem a devida comunicação, quer à parte quer ao eg. Tribunal a quo, impossibilitou o exercício do direito irrenunciável à ampla defesa, o que importa na nulidade do feito, a partir do momento em que o paciente se encontrou desassistido.

8. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem.

De fato, à época do julgamento da apelação (22.10.1999), o paciente se encontrava sem defensor, já que o patrono constituído havia sido nomeado para o cargo de agente de polícia federal em 06.01.1999, sabidamente incompatível com o exercício da advocacia. Daí, caracterizado o cerceamento de defesa.

Em consequência, deve-se anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja realizado, após intimação do paciente para constituição de outro advogado (ou, em caso de inércia, que lhe seja nomeado dativo).

Para casos análogos, esta Corte vem assim decidindo:

Habeas corpus. Liberdade provisória conferida à acusada em primeira instância e cassada pelo Tribunal de Justiça. Abandono da causa pelo advogado constituído. Ausência de nomeação de defensor dativo. Prejuízo para a ré. Cerceamento de defesa. Elementos do art. 312, do Diploma Processual Penal, não configurados. Manifesta ilegalidade.

É assente, nesse Augusto Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, se da eiva resulta prejuízo, caracterizada está a nulidade processual. Outro, aliás, não é o que soa o princípio da pas de nullité sans grief.

No mais, não havendo motivos concretos para que se decrete a prisão preventiva, deve a acusada responder ao processo em liberdade, sob pena de flagrante ofensa ao *status libertatis*, garantia abrigada na Constituição Federal.

Ordem concedida. (HC n. 43.964-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 26.09.2005)

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de concussão. Renúncia do advogado do réu. Julgamento realizado sem defensor. Cerceamento de defesa. Nulidade.

1. *Constitui nulidade absoluta, por evidente cerceamento de defesa, a falta de intimação do Réu sobre a renúncia de seu advogado, para que possa substituí-lo por outro de sua confiança ou, ao menos, caso assim não proceda, para que lhe possa ser nomeado um defensor dativo. Precedentes.*

2. Ordem concedida para anular o julgamento da apelação criminal e todos os atos processuais subseqüentes, tão-somente com relação ao ora Paciente, e determinar que outro julgamento seja proferido com a presença de seu advogado constituído ou, caso não venha a indicar um de sua confiança, após ser devidamente intimado para tanto, que lhe seja designado um defensor dativo. (HC n. 69.644-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 28.05.2007)

Processo Penal. Apelação. Falta de intimação do acusado para constituir novo patrono, em face da renúncia do advogado. Não nomeação de defensor dativo, ante a ausência do defensor constituído. Julgamento realizado sem defensor. Cerceamento de defesa.

Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (art. 71 do CPPM).

Consoante reiterado entendimento jurisprudencial, a falta de intimação do acusado sobre a renúncia de seu patrono, para que possa substituí-lo por outro de sua confiança, configura ofensa ao devido processo legal.

Do mesmo modo, “a falta de intimação pessoal do advogado do réu para a sessão de julgamento da apelação, configura cerceamento de defesa, importando em constrangimento ilegal susceptível de revisão por meio de *habeas corpus*” (HC n. 15.397-SP).

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

Ordem concedida para anular o acórdão proferido na Apelação Criminal n. 2.646/2001-050 e todos os atos processuais subseqüentes, para que outro julgamento seja proferido com a presença do Defensor. (HC n. 21.415-RJ, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 02.06.2003)

Habeas corpus. Roubo. Renúncia do advogado constituído para a defesa. Intimação por edital do réu não localizado pelo oficial de justiça. Necessidade. Ordem concedida.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a falta de intimação do acusado sobre a renúncia dos seus advogados constitui constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio do processo legal. Frustrada essa*

intimação por mandato, cabe procedê-la por edital, para só então, se for o caso, determinar a nomeação de defensor público.

2. Ordem concedida para anular a certidão de trânsito em julgado do acórdão que julgou a apelação, com o recolhimento do respectivo mandado de prisão, determinando ao Tribunal de origem que proceda à intimação do réu, inclusive por edital, se necessário for, sobre a renúncia dos procuradores até então constituídos, para só então, se o caso, nomear defensor público e inaugurar o prazo recursal. (HC n. 94.197-RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 02.06.2008)

Com a anulação aqui procedida, cumpre analisar a possibilidade de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Considerando:

- a)* que o último marco interruptivo é a sentença, proferida em 05.08.1998;
- b)* que, em relação ao crime de formação de quadrilha, a pena foi definitivamente fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão;
- c)* que, para cada crime de roubo, isoladamente, estabeleceu-se a reprimenda de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão.

De rigor se reconheça a prescrição da pretensão punitiva no que tange ao crime de quadrilha, uma vez que superado o prazo de 8 (oito) anos, previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

Deve ser ressaltado que a prescrição não alcance os delitos de roubo, pois seria necessário o lapso de 12 (doze) anos, em compasso com o que prescreve o art. 109, III, do Código Penal.

Há, também, de se assegurar possa ele aguardar em liberdade o desfecho do processo, sob pena de afronta ao princípio da razoável duração do processo.

Pelo exposto, concedo a ordem para, de um lado, anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja realizado, após intimação do paciente para constituir novo patrono (ou, em caso de inércia, que lhe seja nomeado dativo); de outro lado, reconhecer, em relação ao crime de formação de quadrilha, a prescrição da pretensão punitiva. Expeça-se alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 48.412-SP (2005/0161289-1)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: João Antônio

Impetrado: Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: João Antônio (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Estelionato praticado contra a Previdência Social. Obtenção de aposentadoria. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Termo inicial do lapso prescricional. Recebimento da primeira parcela indevida. Prescrição da pretensão punitiva. Reconhecimento.

1. O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que o crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, no caso, consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos, reveste-se de natureza permanente. Nestes casos, a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir da cessação do recebimento do benefício indevido, que é a data da interrupção do auferimento das prestações.

2. Em recente orientação, a Sexta Turma decidiu que o crime em questão é instantâneo de efeitos permanentes, tomando, assim, como *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional, a data do início do pagamento do benefício fraudulento. (*Habeas Corpus* n. 121.336-SP, Relator Ministro Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ-SP, DJe 30.03.2009).

3. No caso, o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 171, § 1º, do Código Penal, supostamente cometido no dia 26.06.1984.

4. Considerando que a pena aplicada na sentença não alcança 4 (quatro) anos, e que, entre a data dos fatos (26.06.1984) e a do recebimento da denúncia (30.08.2002) transcorreu lapso superior a 8 (oito) anos, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, a teor do que dispõe o art. 109, IV, do Código Penal.

5. Ordem concedida para, reconhecendo tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, declarar extinta a punibilidade na ação penal de que aqui se cuida, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

ACÓRDÃO

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

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

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 22.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: De próprio punho, João Antônio, condenado, por estelionato cometido contra o antigo Instituto Nacional da Previdência Social, à pena de 2 (dois) anos 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mais pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa), impetrou este *habeas corpus*, mediante o qual alega, em resumo, o seguinte:

- que não cometeu o delito a ele imputado;
- ainda que tivesse praticado algum delito, estaria prescrita a pretensão punitiva estatal, sustentando que o crime a ele imputado é instantâneo de efeitos permanentes (e não permanente);
- que a fixação da pena-base acima do mínimo legal não foi devidamente justificada;

– que, “com a condenação imposta no regime fechado, o impetrante-paciente foi sumariamente prejudicado, vez que sacrificadamente, já estava cumprindo pena no regime semiaberto”.

Ao final, formulou estes pedidos: absolvição; reconhecimento da prescrição; subsidiariamente, redução da pena e modificação de regime prisional.

Originariamente impetrado junto ao Tribunal Regional Federal, os autos foram remetidos a esta Corte.

Ouvido, o Subprocurador-Geral Alcides Martins, o Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento da ordem. Eis a ementa do parecer (fls. 62):

Ementa: *Habeas corpus*. Aresto condenatório que já transitou em julgado. Impossibilidade de reparação via *mandamus*. Exame aprofundado da prova. Inadmissível na via estreita do *writ*. Acórdão que deve ser mantido *in totum*. Pelo não-conhecimento da presente ordem.

1. O *Habeas Corpus* não é a via idônea para desconstituir decisão transitada em julgado, sendo a Revisão Criminal a via correta para tanto, mormente em se tratando de pedido cuja análise envolva estudo detalhado de todo o conjunto de provas.

2. A via estreita do remédio heróico não é adequada para o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório.

3. Pelo não-conhecimento do presente *writ*.

Atribuído o feito em 10.07.2008, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Das alegações constantes na inicial, ater-me-ei à de que o crime seria instantâneo de efeitos permanentes, e não permanente.

Não descuido que a jurisprudência desta Corte perfilhava o entendimento de que o estelionato cometido contra a Previdência Social seria crime permanente. Assim, para fins de cálculo da prescrição, tomar-se-ia por base não a apresentação dos documentos que deram início aos pagamentos indevidos, mas, sim, o final da obtenção das vantagens, quando, normalmente, a prática delitativa é descoberta. Por todos, veja-se este precedente:

Habeas corpus. Estelionato contra o INSS. Percepção de aposentadoria indevida. Art. 171, § 3º do CPB. Crime permanente. Prescrição. Termo inicial. Cessação do recebimento do benefício indevido. Ordem denegada.

1. Não há divergência, nesta Corte Superior, quanto ao caráter permanente do crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, protraindo-se no tempo enquanto durar a percepção do benefício.

2. O termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício previdenciário indevido, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal.

3. Não se admite o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base em pena virtual, a dizer, aquela que provavelmente seria fixada em caso de condenação, hipótese não contemplada na legislação de regência.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC n. 90.451-RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 19.12.2008)

Entretanto, recentemente, o ilustre Desembargador Celso Limongi nos trouxe um *habeas corpus*, no qual encampou a tese de que o caso seria de crime instantâneo de efeitos permanentes. Na ocasião, S. Exa. escreveu o seguinte:

Em julho de 2003, o Ministério Público Federal denunciou a paciente como incurso no artigo 171, § 3º, do Código Penal, porque, mediante a apresentação de documentação falsa perante o INSS, teria ela, de julho de 1983 até dezembro de 1997, recebido auxílio-doença da Previdência Social, importando os valores recebidos em R\$ 119.865,19.

O MM. Juiz não recebeu a denúncia, porque considerou o crime instantâneo, mas de efeitos permanentes, e o prejuízo causado à vítima data de 1983, quando foi recebido o primeiro benefício. Considerando a pena abstratamente cominada para espécie, seis anos e oito meses, prescreveria em doze anos, entre o primeiro benefício e a data da denúncia, prazo já decorrido.

Ocorre que o Ministério Público recorreu em sentido estrito e o Tribunal *a quo* deu provimento, para receber a denúncia e determinar o regular prosseguimento do feito.

Postula, por meio do presente *writ*, o restabelecimento da decisão de primeiro grau, insistindo em que o delito é instantâneo, de efeitos permanentes.

E assiste razão à Defensoria Pública, porque a espécie realmente se caracteriza por ser crime instantâneo de efeitos permanentes. Verdade é que os precedentes desta E. Corte são diametralmente opostos a este entendimento, como o demonstram os seguintes acórdãos:

(...)

Todavia, é preciso considerar, em primeiro lugar, que a vantagem ilícita foi auferida em razão de um -- e apenas um -- único ato, a apresentação de documentação falsa.

É preciso enfatizar: o sujeito ativo executou uma única vez o núcleo do artigo 171 do Código Penal, isto é, os verbos induzir ou manter em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento (na espécie, o uso de documentação falsa) o INSS.

A apresentação de documento falso ocorreu por uma única vez e se esgotou nisso. A falsidade consistiu em dizer que a paciente trabalhara na Maternidade São Paulo no período entre 30 de janeiro de 1970 a 15 de julho de 1983, apresentando documentação falsa, beneficiando-se do auxílio-doença pelo período de julho de 1983 a dezembro de 1997. E, na verdade, a paciente trabalhou na Maternidade São Paulo somente durante o período entre janeiro e maio de 1970.

O crime permanente, como se sabe, protraí no tempo sua consumação. Exemplo típico é o crime de sequestro: enquanto o sequestrador não liberta a vítima, o delito está sendo consumado e, pois, é delito permanente, pelo que o sujeito ativo pode ser preso em flagrante. Sobre "o elemento subjetivo, nos crimes permanentes, cumpre lembrar que a permanência decorre de um *non facere quod debetur*, pelo que o agente está, sem sombra de dúvida, desobedecendo a norma que o manda remover a situação antijurídica que criou. O agente deve, assim, ter a possibilidade de alterar essa situação ilícita. Tanto isto é exato que na bigamia não há crime de caráter permanente porque a situação criada pelo agente não pode ser desfeita por ato ou comportamento seu", como ensinava o saudoso José Frederico Marques ("Tratado de Direito Penal", vol. II, ed. Bookseller, 1ª edição atualizada, Campinas, 1997, p. 366).

O delito instantâneo de efeitos permanentes, diferentemente do que ocorre com o crime permanente, não enseja ao sujeito ativo coarctar seus efeitos, pois estes são permanentes, como no crime de bigamia. Não há como retornar, como fazer cessar os efeitos da ação produzida, não há como cessar a ação, pois esta já se esgotou. Em suma, não há como retroceder...

Na espécie, como se viu, a ação foi única, instantânea. O que se reveste do caráter de permanência é a fruição da vantagem pecuniária, recebida mês a mês, o que aconteceu por vários anos. Mas a fruição é o exaurimento do crime, exaurimento que pode ocorrer de uma só vez ou em trato sucessivo, de tempo em tempo. Poderia ocorrer o recebimento de uma só vez, se, por exemplo, o sujeito passivo fosse uma seguradora, que pagaria de uma só vez quantia vultosa.

De qualquer forma, é preciso considerar que a paciente não estava falsificando documento a cada pagamento e isto é suficiente para mostrar que o crime foi instantâneo, com a devida vênua de quem possa entender de outro modo.

Da mesma forma ocorre no crime de concussão: a consumação ocorre com a simples exigência pelo agente de vantagem indevida; o recebimento posterior

é mero exaurimento da infração, como ensina Celso Delmanto (“Código Penal Comentado”, p. 791, 7ª edição, 2007).

Parece, ainda, curial que, na espécie, não caberia prisão em flagrante da paciente, exatamente porque o crime é instantâneo de efeitos permanentes, e não crime permanente, que admitiria a prisão em flagrante. Como admitir-se flagrante de um crime consumado em 1983?

Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 82.965-1-RN, Rel. Min. Cezar Peluso:

No crime instantâneo, o fato que, reproduzindo o tipo, consuma o delito, realize-se num só instante e neste se esgota, podendo a situação criada prolongar-se no tempo, ou não. No permanente, o momento de consumação é que se prolonga mais ou menos dilatado, durante o qual se encontra ainda em estado de consumação.

Não se deve, pois confundir a execução mesma do crime com a sua conseqüência: esta, como a situação criada pela conduta delituosa, pode prolongar-se depois da consumação instantânea, mas, aí, o que dura – e, como tal, se diz permanente – não é o delito, mas seu efeito. É esta, aliás, a clara razão por que, neste caso, em que perdura só a conseqüência, se tem o chamado crime instantâneo de efeito permanente, que difere do crime permanente, porque, neste, é o próprio momento consumativo, e não o efeito da ação, que persiste no tempo:

Pode a situação por ele (crime instantâneo) criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação. Fala-se, então, em crime instantâneo de feito permanente.

Nota característica do crime permanente é a possibilidade de o agente fazer cessar, a qualquer tempo, a atividade delituosa, porque o estado de consumação persiste e continua indefinidamente, até que ato do agente ou outra circunstância faça cessar. No caso de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes, a consumação ocorre em determinado instante, após o qual já não pode fazê-la cessar o agente (...).

Confira-se, no mesmo sentido, Precedente de relatoria do Min. Marco Aurélio:

Prescrição. Aposentadoria. Fraude perpetrada. Crime instantâneo de resultados permanentes versus crime permanente. Dados falsos. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: *Habeas Corpus* n.

75.053-2-SP, 79.744-0-SP e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 83.446-9-RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - o último -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002 e de 28 de novembro de 2003, respectivamente.

(HC n. 84.998-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16.09.2005)

Esses fundamentos servem, igualmente, para afastar a ideia de crime continuado, pois continuada é a fruição da vantagem e não a ação da paciente.

Em face do exposto, concedo a ordem, reconhecendo tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes e, em consequência, declaro extinta a punibilidade da espécie pela prescrição da pretensão punitiva, tal como decidido em primeiro grau de jurisdição. (HC n. 121.336-SP, DJ de 30.03.2009)

Como bem asseverou o Relator do *leading case*, seu voto está em compasso com a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal. Também eu já trouxe a julgamento caso análogo, quando escrevi esta ementa:

Recurso em sentido estrito. Estelionato praticado contra a previdência social. Obtenção de aposentadoria. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Termo inicial do lapso prescricional. Recebimento da primeira parcela indevida. Prescrição da pretensão punitiva. Pena *in abstracto*.

1. O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que o crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, no caso, consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos, reveste-se de natureza permanente. Nestes casos, a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir da cessação do recebimento do benefício indevido, que é a data da interrupção do auferimento das prestações.

2. Em recente orientação, a Sexta Turma decidiu que o crime em questão é instantâneo de efeitos permanentes, tomando, assim, como *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional, a data do início do pagamento do benefício fraudulento. (*Habeas Corpus* n. 121.336-SP, Relator Ministro Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ-SP, DJe 30.03.2009)

3. No caso, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 171, § 1º, do Código Penal, ao qual é cominada a pena em abstrato de a 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal, o lapso de tempo em que se opera a prescrição da pretensão punitiva nessa hipótese é de 12 (doze) anos.

4. Considerando a data da percepção do primeiro benefício (29.02.1996), momento de consumação do crime, e o recebimento da denúncia, que ocorreu em 03.03.2008, já transcorreu tempo suficiente para se verificar a extinção da

punibilidade, com amparo no art. 107, IV, c.c. o art. 109, III, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* concedido para, reconhecendo tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, declarar extinta a punibilidade na ação penal de que aqui se cuida, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Prejudicadas as demais alegações. (HC n. 135.443-SP, sessão de 13.08.2009)

Assim, falta agora apreciar a ocorrência – ou não – da prescrição da pretensão punitiva no caso concreto. Considerando: *a)* a data do fato (26.06.1984), conforme fls. 27; *b)* a do recebimento da denúncia (30.08.2002); e *c)* a pena aplicada – 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão –, dúvidas não há quanto à presença da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, a teor do que dispõe o art. 109, IV, do Código Penal.

Com isso, ficam prejudicadas as outras matérias constantes na inicial.

Pelo exposto, concedo a ordem para, reconhecendo se tratar de crime instantâneo de efeitos permanentes, declarar extinta a punibilidade na ação penal de que aqui se cuida, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ficando prejudicadas as demais alegações.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 101.796-MT (2008/0053501-8)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Karine Faria Braga de Carvalho e outro

Advogado: Sady Pereira de Abreu Júnior

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Paciente: Nelson Siqueira Lopes (preso)

EMENTA

Processo Penal. Instrução processual. Irregularidade. Falta de defesa. Nulidade.

1. De tão relevante que é a defesa, ninguém será processado ou julgado sem defensor (Cód. de Pr. Penal, art. 261); é indisponível; “consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais” (Rui Barbosa).

2. No processo penal, dúvidas não há, a citação pessoal será, sempre e sempre, a regra.

3. Circunstâncias como as dos autos, a saber, de revelia, defensor nomeado pelo juiz, testemunhas de defesa as mesmas de acusação, audiência não realizada, depoimentos juntados, diligências não requeridas e utilização de provas emprestadas, apresentam-se como as de um processo ao qual faltou defesa: da mais simples defesa à ampla defesa.

4. Sendo a defesa de ordem pública (Carrara), meramente formal é que não poder ser, pois o seu exercício é indeclinável imposição da lei.

5. A falta de defesa constitui nulidade absoluta (Súmula n. 523-STF, de 1969).

6. *Habeas corpus* concedido.

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, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi, que acompanhou o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, bem como o Sr. Ministro Og Fernandes, que a denegavam. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Data a denúncia por latrocínio de 1984, contra nove pessoas, nestes termos, resumidamente:

Consta do incluso inquérito policial, que os ora denunciados, todos policiais civis, sponte própria, *ut* Ofício n. 0432/84-Del. Esp./CIOP/SSP/MT, fls. 132, no dia 29 de outubro de 1984, por volta das 18:00 horas, no trevo do Lagarto, em Várzea Grande, início da BR-364, montaram uma barreira, efetuando prisões e apreensões.

Os policiais dispunham de uma viatura Veraneio e de um camburão Gurgel, além de um Opala vermelho que se encontrava estacionado junto à barreira.

(...)

Os ocupantes revelaram que procediam da “Ponta do Aterro” onde venderam alguns veículos e estavam dirigindo-se para Cuiabá onde comprariam outros carros, que seriam revendidos na “Ponta do Aterro”.

(...)

Não há dúvida que as vítimas Minamar, Adelson e José Laurentino Carlos portavam grande soma em dólares, pois os carros vendidos na “Ponta do Aterro” o são para bolivianos que efetuam o pagamento em dólares a exemplo de Nilton que também lá vendera seu carro e retornava com US\$ 2.500 dólares.

Assim que, em vista dos elementos portarem grande soma de dólares, os policiais que montavam barreira acordaram entre si a morte de Minamar, Adelson e José Carlos para subtraírem os dólares.

(...)

Assim, não há dúvida que os ora denunciados de comum acordo, ajuste e execução entre eles, mataram as vítimas Minamar, Adelson e Zé Carlos para roubarem os dólares que portavam consigo no momento em que foram presas na barreira montada no Trevo do Lagarto na noite de 29 de outubro de 1984.

Assim, denunciando-os, requeiro seja contra os mesmos instaurada a competente Ação Penal, citando-os para interrogatórios e ouvindo-se, oportunamente, as testemunhas abaixo arroladas, aplicando-se-lhes medida de segurança, condenando-os na pena máxima.

Quanto a dois dos denunciados, foi então o processo separado, data a sentença de 1994 – dela não se recorreu –, e eis a sua conclusão, principalmente quanto ao aqui paciente (Nelson Siqueira Lopes):

Por todo o exposto e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia contra Nelson Siqueira Lopes e Etalívio Viegas, atribuindo-

lhes a conduta descrita no art. 157 § 3º (3 vezes), c.c. 29 do C.P.B. e a co-autoria das mortes de Minamar Leite da Costa, Adelson Luiz de Carvalho e José Laurentino Carlos, mortos na madrugada de 30.10.1984, e em consequência, condeno Nelson Siqueira Lopes a 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, regime fechado e multa de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, fixada a unidade em 1/6 (um sexto) do maior salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, com valor atualizado na data do pagamento, pelos índices de correção monetária e pagamento proporcional das custas processuais; e condeno Etalvíio Viegas a 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, regime fechado, e multa de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, fixada a unidade em 1/5 (um quinto) do maior salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, com valor atualizado na data do pagamento, pelos índices de correção monetária e pagamento proporcional das custas processuais.

Para o cálculo da pena de Nelson Siqueira Lopes, considere que agiu com dolo intenso, comandava uma das equipes de policiais na barreira, é primário sem antecedentes criminais, sua conduta social não demonstra aspectos relevantes, sua personalidade, entretanto, demonstra insensibilidade e distorção completa de valores sociais e morais; o motivo do crime foi a ambição desmedida em obter valores de posse das vítimas, ainda que em prejuízo de suas vidas para que não revelassem quais os autores; as circunstâncias eram totalmente desfavoráveis às vítimas que não tiveram como desobedecer à ordem policial de parada na barreira, até porque, os acusados estavam devidamente paramentados de policiais, com viaturas oficiais e em local onde há posto policial de fiscalização de veículos e pessoas; as consequências foram gravíssimas e irreparáveis, não tendo, as vítimas, em nada contribuído para que fossem sacrificadas.

Assim, parti, da pena base de 27 (vinte e sete) anos, devido à multiplicidade de circunstâncias previstas no art. 59 do C.P.B. desfavoráveis ao acusado, não encontrando circunstâncias atenuantes a considerar, agravei-a de 2/3 (dois terços) com base nos arts. 61, II, **c** (recurso que tornou impossível a defesa das vítimas, pois, foram amarradas antes de ser executadas) e art. 61, II, **g** (violação de dever inerente à profissão, já que, como policial era pago para promover a segurança pública e não para assassinar inocentes) e, ainda, aumentei-a de 1/3 (um terço) por reconhecer a prática do crime continuado (art. 71 C.P.B.), tornando-se definitiva, como constou da condenação.

É de 2008 o acórdão do *habeas corpus* de origem, de ementa seguinte:

Constitucional. Processual Penal. *Habeas corpus*. Triplo latrocínio. Alegada nulidade do processo por ausência de citação válida, violação da ampla defesa e do contraditório e violação ao inciso IX do artigo 93 da CF e artigos 59 e 68 do Código Penal. Inocorrências. Instrução criminal realizada de acordo com o preceito legal. Sentença condenatória devidamente fundamentada. Ordem denegada.

Não é nula a citação editalícia se a fuga do réu encontrava-se patente nos autos. *In casu*, estando o defensor público constituído presente em todos os atos processuais, não denota prejuízo por falta de citação pessoal.

Não há cerceamento de defesa, mas preclusão consumativa a defensor público que, regularmente intimado, tanto para os fins do art. 499 quanto do art. 500 do CPP, não se refere ou alega qualquer nulidade, fixando-se na defesa do paciente com alusão de prova já recolhida.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal resta suficientemente justificada na sentença penal condenatória, quando reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Com os mesmos fundamentos de origem, vieram ter ao Superior Tribunal os impetrantes do atual *habeas* com estas conclusões:

01. Declarar a nulidade do processo por falta de citação válida, haja vista não se encontrar nos autos nada que firme o esgotamento do chamamento judicial, invalidando o decreto de revelia, com a conseqüente renovação dos atos processuais a partir da citação anotada, determinando-se no caso, a expedição do competente alvará de soltura se por al; e,

02. Ultrapassado o acima anotado, em vista da inobservância do devido processo legal, com violação da ampla defesa e do contraditório penal, haja vista o cerceamento da defesa inerente a juntada da prova acusatória sem obediência ao contraditório pleno, e ainda, a não realização da prova defensiva pertinente as mesmas testemunhas arroladas pela acusação, consoante se verifica na defesa prévia formulada pela ilustrada Defensoria Pública, traduzindo verdadeiro cerceamento de defesa, haja vista a prova emprestada sem valor plausível em nosso ordenamento processual e constitucional, devendo, neste ponto, caso ultrapassado o tópico anterior, ser declarada a nulidade da ação penal, com a conseqüente renovação dos atos processuais, determinando-se, no ponto a anulação da prova juntada sem o devido processo legal, determinando-se a expedição do competente "alvará de soltura se por al"; e

03. Finalizando, ultrapassados os tópicos acima anotados, entende a impetração, com apoio na doutrina e na jurisprudência devidamente anotada, tendo em vista a exasperação da pena-base aplicada quase ao máximo legalmente permitido para o injusto tipificado, afastando-se do mínimo legalmente estabelecido em 15 (quinze) anos à época do injusto praticado, e ainda a exasperação de 2/3 quanto as agravantes anotadas no artigo 61, do Código Penal, sendo certo que tal aumento, segundo doutrina, não pode conduzir a pena reclusiva ao máximo legalmente estabelecido para o tipo penal infringido, consoante entendimento anotado em Celso Delmanto, em Código Penal Comentado, 2007, Editora Renovar, p. 200, devendo, no caso, exasperação da pena-base e aumento de 2/3 (dois terços) das agravantes anotadas, agravante

esta não formulada na peça exordial nem tampouco aplicada aos co-réus em número de 07 (sete) e na mesma situação fática da co-autoria, ser declarado nula a r. sentença proferida em sua dosimetria e decotação das agravantes anotadas, determinando-se, neste aspecto a expedição de alvará de soltura se por al, no sentido de que a mesma seja cassada e desconstituindo-se o trânsito em julgado caso certificado nos autos.

Parecer ministerial pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): São três as questões vindas ao Superior Tribunal, duas, abaixo examinadas, eu as estou, sucessivamente, acolhendo. Rejeito, assim, desde logo, a primeira das três, exatamente a que diz respeito à citação, porquanto, no pormenor, estou em conformidade, tintim por tintim, com o acórdão do *habeas* local.

Sobre a defesa, relativamente à qual se aponta cerceio, também sobre a prova, a propósito da qual se aponta empréstimo, aqui vão tópicos da sentença (dela não se apelou, como se viu do relatório):

Por despacho de fls. 202, o feito foi desdobrado, com fundamento no art. 80 do C.P.P., prosseguindo-se nos autos originais, apenas com relação aos réus presos, cuja ação penal já chegou ao seu término, com prolação de sentença que se encontra às fls. 355 a 389, sendo todos condenados à pena de multa de Cz\$ 30,00 (trinta cruzados) e 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão (Laury e Moacir), 40 (quarenta) anos de reclusão (Aguinaldo, Oswaldo, Ezio e Roberto), 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, para Sérgio Rogério Borges. Decisão mantida pelo T.J. conforme acórdão às fls. 390-391.

Os acusados Nelson Siqueira Lopes e Etalvío Viegas foram citados, conforme editais de fls. 205-206, por se encontrarem em local ignorado (fls. 203v).

Não comparecendo para ser interrogado, aos 31.05.1985, às 14:30 horas (fls. 206v), tiveram decretada a revelia, nomeando-se-lhes defensor dativo, que ofereceu às fl. 208, defesa prévia, arrolando as mesmas testemunhas que o M.P.

Designou-se o dia 20.11.1985, às 13:30 horas, para inquirição das testemunhas arroladas na denúncia, não se realizando a audiência e juntando-se aos autos cópias dos respectivos depoimentos, prestados nos autos originais, que se encontram às fls. 210-B a 218 (Nilton José Curvo) e fls. 219 a 221 (Geraldo Puziol), bem como, cópias da acareação feita com Nilton José Curvo, às fls. 222 a 231.

Na fase do art. 499 do C.P.P., nada foi requerido, como se vê, às fls. 348 e 348v.

As alegações finais do M.P., propugnando pela condenação dos acusados, encontram-se às fls. 349-350, e as da defesa, às fls. 352-353, pretendendo a absolvição por falta de provas.

A denúncia foi instruída com inquérito policial que se iniciou por ordem do Secretário de Segurança Pública, e tramitou pela Delegacia Especial de Polícia - CIOP/SSP/MT, do qual constam as cópias dos Laudos de Exames de Necrópsia...

Observem: revela, defensor nomeado pelo juiz, testemunhas de defesa as mesmas de acusação, audiência não realizada, depoimentos juntados, diligências não requeridas. Tais circunstâncias se me apresentam como as de um processo ao qual faltou defesa: a simples, a corriqueira, quero crer que sim, a ampla defesa, de dúvida alguma padeço eu. Caso, portanto, de nulidade do processo.

Ainda que aqui se tenha por admissível o empréstimo já que as provas vieram dos autos originais – de minha parte, sempre vi, com restrições, a utilização de provas emprestadas, e tal deixei registrado no RMS n. 12.057, de 2008 –, o que o caso apresenta mesmo é falta de defesa. Vejam que, admitindo-se aqui, repito, o empréstimo da prova, a colheita de tal prova nos autos originais verificou-se, obviamente, sem a presença da defesa do ora paciente e, mais obviamente, sem a presença do próprio paciente. E foi essa toda a prova oral, porquanto, nos autos desmembrados, o que o defensor nomeado arrolou como testemunha de defesa foi a prova lá atrás já produzida. Estranho comportamento! Observem, ainda, que, após, diligência alguma se requereu.

Em alguns momentos, já escrevi sobre a defesa – meramente formal é que não pode ser, pois o seu exercício é indeclinável imposição da lei –, por exemplo, observem estas duas lições, uma de Carrara e outra de Rui:

(I) A este princípio se associa o outro, de que a sociedade também tem direito interesse na defesa do acusado, por necessitar, não de uma pena que recaia sobre qualquer cabeça, mas da punição do verdadeiro culpado. Assim, a defesa não é apenas de ordem pública secundária, mas também de ordem pública primária. ("Programa do curso de Direito Criminal", Parte Geral. Campinas: LZN, vol. II, p. 450.)

(II) Ora, quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda, por mais execrando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais.

Se a enormidade da infração reveste caracteres tais, que o sentimento geral recue horrorizado, ou se levante contra ela em violenta revolta, nem por isto essa voz deve emudecer. Voz do Direito no meio da paixão pública, tão susceptível de se demasiar, às vezes pela própria exaltação da sua nobreza, tem a missão sagrada, nesses casos, de não consentir que a indignação degenerem em ferocidade e a expiação jurídica em extermínio cruel. (“O dever do advogado”. Rio de Janeiro: Aide, p. 40-41.)

Foi, em tal sentido, a ementa que escrevi para o HC n. 44.165, de 2006:

Inquérito policial (acesso aos autos). Sigilo das investigações (relatividade). Incompatibilidade de normas (antinomia de princípio). Defesa (ordem pública primária).

1. Há, no nosso ordenamento jurídico, normas sobre sigilo, bem como normas sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

2. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade. Afinal, somente se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

3. A defesa é de ordem pública primária (Carrara); sua função consiste em ser a voz dos direitos legais – inocente ou criminoso o acusado.

4. De mais a mais, é direito do advogado examinar autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, inciso XIV).

5. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de permitir ao advogado vista, em cartório, dos autos de inquérito.

Relativamente à defesa pessoal, aquela exercida pelo próprio acusado, foi no HC n. 110.242 que recordei brilhante lição de Leitão de Abreu, e-la conforme o RHC n. 54.439, de 1976:

Como é natural, o titular do direito de defesa é o acusado, não o defensor. A este se atribui, como ensina a doutrina, o exercício desse direito. Posto a ordem jurídica admita o defensor, de confiança ou dativo, ao exercício desse direito, o titular dele não é despojado, de nenhum modo, da faculdade de exercer esse direito, de que se acha intitulado a fazer uso contemporaneamente com o defensor técnico. Não é unicamente pelo fato em si de sua presença à inquirição das testemunhas que o imputado exerce esse direito. É inegável que a sua presença exerce influência sobre os depoentes, que, sob os olhos daquele a respeito de cujo comportamento são inquiridos, serão naturalmente levados a medir suas palavras, a fim de mais se aproximarem, na versão dos fatos, da sua exata configuração. Além daquilo que representa a sua presença ao interrogatório,

no que respeita à sua defesa, poderá ainda, na tutela do seu direito de liberdade, formular perguntas ou reperguntas às testemunhas, ou sugerir ao defensor que tais perguntas ou reperguntas sejam feitas, bem como exercer vigilância pela maneira como na sua defesa, se está havendo o defensor que haja escolhido, para, se for o caso, revogar-lhe o mandato, a fim de constituir outro procurador que, a seu juízo, melhor sirva ao interesse da defesa. Tanto bastaria para que se concluisse que estão em pé de igualdade, quanto ao concurso para a defesa do acusado, este mesmo, como titular desse direito, capacitado, nessa qualidade, para também exercê-lo, e o defensor técnico, admitido, contemporaneamente com o réu, ao exercício desse mesmo direito.

(...)

Por estes fundamentos, entendo que tão importante é para a tutela do direito de liberdade do acusado a defesa material por ele mesmo exercida, a sua defesa pessoal, como a defesa formal ou técnica, confiada a advogado de confiança ou a defensor dativo. Desta sorte, assim como a não intimação do advogado, de confiança ou não, para a audiência de inquirição de testemunhas, viola o princípio da ampla defesa, consagrado na Constituição Federal, infringe também esse princípio a não intimação do réu para ato processual dessa mesma natureza.

Nessas condições, *data venia* das douts opiniões em contrário, acompanho o voto do eminente Relator: dou provimento ao recurso.

Em suma, Srs. Ministros, o caso se me revela caso de falta de defesa – decerto que não de deficiência (ver Súmula n. 523-STF) –, razão pela qual estou votando no sentido de proclamar a nulidade do processo desde quando, lá na origem, o Juiz do processo nomeou defensor para ambos os acusados. Certamente que os efeitos da ordem alcançam o corréu, Etalívio Viegas.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Pedi vista dos autos para melhor análise dos fatos e de molde a melhor refletir sobre algumas das questões postas pelo impetrante.

O paciente foi denunciado, conjuntamente com outros 8 acusados, por latrocínio ocorrido em 29 de outubro de 1984. Eis como foram descritos os fatos pela denúncia:

Consta do incluso inquérito policial, que os ora denunciados, todos policiais civis, *sponte propria*, (...) no dia 29 de outubro de 1984, por volta das 18:00 horas, no trevo do Lagarto, em Várzea Grande, início da BR-364, montaram uma barreira, efetuando prisões e apreensões.

(...)

A viagem transcorreu normalmente quando no trevo que dá entrada à cidade de Várzea Grande foram abordados pelos policiais que montavam ali uma barreira.

(...)

Os ocupantes revelaram que procediam da "Ponta do Aterro" onde venderam alguns veículos e estavam dirigindo-se para Cuiabá onde comprariam outros carros, que seriam revendidos na "Ponta do Aterro".

Sem que nada fosse encontrado no carro ou com seus ocupantes, os policiais determinaram que o taxista retornasse para Cáceres, prendendo os 4 ocupantes no camburão Gurgel, juntamente com mais 2 mulheres e um elemento conhecido de *Nilton* pela alcunha de "*Tio Patinhas*". Em seguida, as mulheres foram transferidas para o interior da viatura Veraneio que se encontrava naquele local. Após serem recolhidos no Camburão permanecerem ali por mais ou menos 3 horas, quando foram retirados um por um e interrogados.

(...)

Não há dúvida que as vítimas *Minamar*, *Adelson* e *José Laurentino Carlos* portavam grande soma em dólares, pois os carros vendidos na "Ponta do Aterro" o são para *Bolivianos* que efetuam pagamento em dólares a exemplo de *Nilton* que também lá vendera e retornava com US\$ 2.500 dólares.

Assim que, em vista dos elementos portarem grande soma de dólares, os policiais que montavam a barreira acordaram entre si a morte de *Minamar*, *Adelson* e *José Carlos*, para subtraírem os dólares.

Assim, de comum acordo e ajuste entre os denunciados, mediante disparos de arma de fogo, eliminaram as indefesas vítimas, sendo que *Minamar* foi encontrado com as mãos amarradas para trás, com tira de toalha azul.

Os cadáveres das vítimas foram encontrados nos lugares denominados "*Pazrinhpo*" (dois cadáveres) e três cadáveres na estrada que demanda a cidade de Nossa Senhora da Guia.

Porém, ao todo foram encontrados sete cadáveres, sendo mais dois encontrados à margem da Rodovia Cuiabá-Cáceres. Com referência aos cadáveres das vítimas Delso Pereira de Araújo e João Batista Zaccoro e dos não identificados, serão objetos de outra denúncia, posteriormente.

Após as vítimas serem eliminadas, o denunciado *Ézio Guimarães Santiago*, no dia 30.10.1984, vendeu ao Banco do Brasil S/A, agência de Cuiabá, US\$ 480 (quatrocentos e oitenta dólares). No dia 31.10.1984, o denunciado *Roberto Magalhães Pinto* vendeu também ao mesmo estabelecimento Bancário já referido US\$900 (novecentos dólares), recebendo a importância de CR\$ 2.348.100,00 conforme boleto de compra n. 147542, tudo conforme notícia o documento de fls. 130.

Pelo auto de exibição e apreensão de fls. 139 foram apreendidos em poder de *Maria José Genaro* - esposa do denunciado *Aguinaldo Godoy* US\$440,00.

Assim, não há dúvida que os ora denunciados de comum acordo, ajuste e execução entre eles, mataram as vítimas *Minamar*, *Adelson* e *Zé Carlos* para roubarem os dólares que portavam consigo no momento em que foram presas na barreira montada no Trevo do Lagarto na noite de 29 de outubro de 1984.

Não sendo encontrados alguns dos acusados, dentre eles o paciente, os autos foram desmembrados, prosseguindo-se com relação aos presos nos mesmos autos (fl. 137).

Citado o paciente por edital (fl. 141), não compareceu à audiência de interrogatório, pelo que lhe foi nomeado defensor dativo (fl. 142), que apresentou defesa prévia, arrolando como testemunhas as mesmas da acusação (fl. 143).

Foi designada a data de 20 de novembro de 1985 para a oitiva das testemunhas de acusação, que não se realizou, porque não foi expedido o mandado (fl. 144).

À fl. 145-166, encontram-se os termos de oitiva das testemunhas da acusação e audiência de acareação. Não há o número do processo aos quais se referem, não se sabendo precisar, portanto, se a audiência teria sido redesignada, ouvindo-se as testemunhas de acusação arroladas no processo desmembrado ou nos autos originais. Apenas na sentença é que o magistrado esclarece o que ocorreu, como adiante se verá.

Na fase a que se referia a antiga redação do artigo 499 do Código de Processo Penal, a defesa do paciente nada requereu (fl. 128).

Em alegações finais, a defesa protestou pela absolvição do paciente, diante da falta de provas (fls. 173-174).

A sentença foi proferida em 12 de maio de 1994, podendo-se ressaltar os seguintes trechos, de relevância para a análise da matéria ora sob exame:

(...)

Por despacho de fl. 202, o feito foi denunciado, com fundamento no art. 80 do CPP, prosseguindo-se nos autos originais, apenas com relação aos réus presos, cuja ação penal já chegou ao seu término, com prolação de sentença que se encontra às fls. 355 e 389, sendo todos condenados à pena de multa de CZ\$ 30,00 (trinta cruzados) e 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão (*Laury* e *Moacir*), 40 (quarenta) anos de reclusão (*Aguinaldo*, *Oswaldo*, *Ézio* e *Roberto*), 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, para *Sérgio Rogério Borges*. Decisão mantida pelo T.J. conforme acórdão às fls. 390-391.

Os acusados Nelson Siqueira Lopes e Etalvío Viegas foram citados, conforme editais de fls. 205-206, por se encontrarem em local ignorado (fls. 203v).

Não comparecendo para serem interrogados, aos 31.05.1985, às 14:30 horas (fls. 206v), tiveram decretada a revelia, nomeando-se-lhe defensor dativo, que ofereceu, às fls. 208, defesa prévia, arrolando as mesmas testemunhas que o M.P.

Designou-se o dia 20.11.1985, às 13:30 horas, para inquirição das testemunhas arroladas na denúncia, não se realizando a audiência e juntando-se aos autos cópias dos respectivos depoimentos, prestados nos autos originais, que se encontram às fls. 210-B a 218 (Nilton José Curvo) e fls. 219 a 221 (Geraldo Puziol), bem como cópias da acareação feita com Nilton José Curvo, às fls. 222 a 231.

Na fase do art. 499 do CPP, nada foi requerido, como se vê, às fls. 348 e 348v.

As alegações finais do MP propugnando pela condenação dos acusados, encontram-se às fls. 349-350, e as da defesa, às fls. 352-353, pretendendo a absolvição por falta de provas.

A denúncia foi instruída com inquérito policial que se iniciou por ordem do Secretário de Segurança Pública, e tramitou pela Delegacia Especial de Polícia – CIOP/SSP/MT.

(...)

Para o cálculo da pena de Nelson Siqueira Lopes, considerei que agiu com dolo intenso, comandava uma das equipes de policiais na barreira, é primário sem antecedentes criminais, sua conduta social não demonstra aspectos relevantes, sua personalidade, entretanto, demonstra insensibilidade e distorção completa de valores sociais e morais; o motivo do crime foi a ambição desmedida em obter valores de posse das vítimas, ainda que em prejuízo de suas vidas para que não revelassem quais os autores; as circunstâncias eram totalmente desfavoráveis às vítimas que não tiveram como desobedecer à ordem policial de parada na barreira, até porque, o acusados estavam devidamente paramentados de policiais, com viaturas policiais e em local onde há posto policial de fiscalização de veículos e pessoas; as conseqüências foram gravíssimas e irreparáveis, não tendo as vítimas, em nada, contribuído para que fosse sacrificadas.

Assim, parti da pena-base de 27 anos, devido à multiplicidade de circunstâncias previstas no art. 59 do CPB desfavoráveis ao acusado, não encontrando circunstâncias atenuantes a considerar, agravei-a de 2/3, com base nos arts. 61, II, **c** (recurso que tornou impossível a defesa das vítimas, pois foram amarradas antes de ser executadas) e art. 61, II, **g** (violação de dever inerente à profissão, já que, como policial, era pago para promover a segurança pública e não para assassinar inocentes) e, ainda, aumentei-a de 1/3 por reconhecer a prática do crime continuado (art. 71 do CPB), tornando-se definitiva, como constou da condenação. (fls. 214-229)

A defesa não apelou desta decisão, transitando em julgado a condenação.

Apenas em 13.07.2007 é que o mandado de prisão foi cumprido (fl. 240). Impetrou-se, então, ordem de *habeas corpus* perante o tribunal *a quo* alegando-se a nulidade da citação por edital do paciente, a nulidade em razão do empréstimo de prova dos autos originais, produzida sem o crivo do contraditório da defesa do paciente, e a nulidade em razão da falta de fundamentação para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. A ordem foi denegada com base nos seguintes argumentos:

I - Da alegada nulidade por ausência de citação válida.

Vergastam os impetrantes contra citação realizada por edital, ao argumento de que o paciente é natural de Rezende, Cidade do interior do Estado do Rio de Janeiro, e que a Justiça Matogrossense não enredou esforços em localizá-lo naquela cidade.

Buscam, por essa razão, a nulidade da citação editalícia por ausência de esgotamento para o chamamento do réu ao processo.

(...)

Relativamente à citação ficta, além das formalidades essenciais, ainda se exigem, obrigatoriamente, aquelas outras decorrentes dos pressupostos da *in jus vocatio* por edital.

Nos termos do artigo 361 do Código de Processo Penal, cita-se o réu por edital se não for encontrado.

Muito embora os impetrantes não tenham apresentado, como prova pré-constituída, toda a *persecutio criminis*, apenas extraíndo cópia de parte do processo original, afinal, não há uma cronologia numérica lógica que, ao meu sentir, *data venia*, agiram com astúcia, à fl. 69-TJ conta *mandado de prisão* em desfavor do paciente, em razão de provável deferimento da representação pela prisão preventiva do mesmo, formulada pelo DD. Delegado de Polícia, Bel. José Francisco de Oliveira Filho, pois segundo narra o relatório do inquérito policial:

(...) Ante as evidências dos fatos, com o conseqüente aparecimento dos corpos das vítimas em locais diversos, os quais pela última vez foram deixados sob responsabilidade dos policiais civis que compunham a barreira Trevo do Lagarto, em data supra, conforme depoimento de Nilton José Curvo, via da Portaria n. 035/84/GS/Interna, baixada por S. Exa., o Secretário de Segurança Pública, fora determinada a abertura do presente I.P. e, consoante Ordem de Serviço, às fls. fora determinado pelo Senhor Secretário a detenção Administrativa dos Policiais relacionados, 'Tendo em vista os veementes indícios de estarem envolvidos no massacre de 05 ou 07 pessoas, ocorridos na noite de 29 de outubro passado.

Cumprida a referida O.S., foram os policiais: (...) encontram-se em local incerto e não sabido: *Nelson Siqueira Lopes* e *Etalvio Viegas*, com qualificação indireta no bojo destes autos (...) (Sic fl. 67-TJ)

O esgotamento dos meios de comunicação da imputação que pesa contra alguém tem seu início quando da instauração do inquérito policial, ainda na fase inquisitiva. Dessarte, por se tratar o paciente, à época dos fatos, de servidor público, convictamente, que possuía endereço fixo no distrito da culpa, porém, evadindo-se do local donde praticara o delito, poder-se-ia muito bem se instalar em qualquer lugar diverso deste.

Ademais, é anormal que um servidor público, atuante na corporação, que aduz não ter participado do crime de latrocínio, efetue a mudança de endereço para o Estado do Rio de Janeiro sem ao menos comunicar seu superior. Na espécie, é perfeitamente aplicável o artigo 565 do CPP, afinal, o paciente evitou que a citação fosse realizada pessoalmente, desaparecendo de Mato Grosso. Logo, não pode alegar nulidade de tal ato para se servir de objetivos impossíveis.

Por conseguinte, não basta que venha agora em juízo alegar que sempre esteve em sua cidade natal (Resende-RJ), no afã de convencer o Estado, como poder punitivo, à obtenção da nulidade do processo; afinal, não há quaisquer outras evidências nestes autos, senão as parcas argumentações dos impetrantes. Inobstante a contenda, os documentos de fls. 36-52-TJ são todos recentes, o que nem de longe comprova que o mesmo residia em sua cidade natal desde 1984.

Ademais, não vislumbrei neste *mandamus* sequer a Certidão do Oficial que se esforçou para encontrá-lo, o que não permite uma conclusão diversa, senão de que a citação editalícia foi perfeitamente realizada. Logo, não há evidência de nulidades a serem sanadas.

(...)

Por derradeiro, a citação editalícia no processo penal deriva da necessidade em que se encontra o Estado de promover a persecução penal contra os que violaram a ordem jurídico-penal, independentemente das circunstâncias de poderem, ou não, ter notícia da acusação intentada.

Assim sendo, tendo o paciente foragido do distrito da culpa, não sendo permitido ser citado *in faciem*, nem por isso ficou o Estado impedido de dar andamento ao procedimento penal condenatório, resguardando o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que foi devidamente respeitado pelo juízo coator.

Por essas razões, na verifiquei nulidade da citação editalícia pela 4ª Vara Criminal da Capital - MT, consubstanciando em citação perfeitamente válida, o que vincula o paciente em todos os termos do processo condenatório.

II - Da alegada violação da ampla defesa e do contraditório relativamente à oitiva das testemunhas de defesa em processo desmembrado.

Os impetrantes sustentam haver uma segunda nulidade presente nos autos. Alega, em suma, que:

(...)

Pois bem, acredito que os impetrantes não aplicaram cuidadosamente a mente quanto à realidade do processo que subsidiou a verdade real dos fatos com relação ao paciente *Nelson Siqueira Lopes*.

Fazendo uma retrospectiva processual, em 27 de novembro de 1984, o Juiz de Direito então à época dos fatos, hoje emérito Desembargador desta Corte, Paulo Inácio Dias Lessa, proferiu a seguinte decisão, *verbis*:

(...)

O feito foi desmembrado justamente após o interrogatório dos 7 réus presos, permanecendo o paciente entre os 02 (dois) réu foragidos, que teve seu processamento apartado dos demais, sendo que estes tiveram seus ulteriores termos continuados.

Conclui-se, então, que as testemunhas arroladas nas defesas prévias dos réus presos (autos originais) não aproveitam ao paciente, salvo aquelas arroladas pela acusação na denúncia. Nisso, até os impetrantes concordam, *verbis*:

(...)

Ora, se a defesa prévia do paciente arrolou como suas testemunhas de defesa as mesmas inventariadas na denúncia, não há que se falar em cerceamento de defesa ou contraditório, afinal, à fl. 104-TJ encontra-se o Termo de Assentada de *Nilton José Curvo* e, à fl. 113-TJ, o Termo de Assentada de *Geraldo Puziol*. Inclusive, às fls. 116 *usque* 125-TJ resta comprovada a acareação judicial realizada entre as duas testemunhas do processo.

De mais a mais, não logrei encontrar, como prova pré-constituída do mandamus, qualquer pedido formulado pela defesa de que gostaria que fosse aproveitada a assentada de alguma testemunha arrolada no processo original, afinal, à fl. 128-TJ consta manifestação do Procurador do Estado - Defensoria Pública - na fase do artigo 499 do CPP, assim exprimindo: "(...) Nada a requerer. Cuiabá, 21.05.1986 (...)".

Ora, à defesa do paciente fora oportunizada indicar ao juiz alguma diligência complementar que, na sua visão, seria indispensável à busca da verdade real, todavia, não o fez, decorrendo preclusão consumativa de seu direito.

Na oportunidade, já assentou o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

(...)

Assim, não se visualizou "qualquer acordo entre as partes para não realização de prova acusatória ou a suposta desistência da oitiva de testemunhas" (fl. 18-

TJ), porque, efetivamente, não houve tais manobras no processo que condenou o paciente.

Diante da ausência de prejuízo, não há o que ser anulado; logo, inexistente constrangimento ilegal por inexatidão do procedimento criminal.

III - Da alegada nulidade da sentença por violação ao inciso IX do artigo 93 da CF e artigos 59 e 68 do Código Penal.

Os impetrantes fustigam, por fim, a falta de proporcionalidade quanto à fixação da pena-base e a exasperação da agravante prevista no artigo 61 do Código Penal.

Desde que a decisão guerreada forneça elementos para análise, e sem adentrar no conjunto fático-probatório, é possível examinar a dosimetria da pena.

Cediço que o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento, devendo se atentar circunstâncias judiciais que envolvem o crime, nos aspectos objetivos e subjetivos, constituindo efeito residual das circunstâncias legais.

(...)

Em que pesem às argumentações dos impetrantes, entendo que a razoabilidade e a proporcionalidade como meios necessários à fixação da pena-base foi, *in casu*, adequados e proporcionais aos fins colimados (prevenção e repressão). Afinal, o Magistrado fixou-a pela soma das condutas do paciente, ou seja, 03 (três) autorias e mais 03 (três) co-autorias de latrocínio. Na esteira, o STJ:

(...)

Houve justificativa racional na atuação, enquadrando-a no conjunto de regras e princípios albergados pela Constituição, como imprescindível derivação do princípio do devido processo, baseado no princípio da razoabilidade.

Alçou, outrossim, a proporcionalidade, adequando o necessário à finalidade e ao objetivo, bem como verificou, no cotejo dos interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, a dosimetria que devesse prevalecer no caso concreto; portanto, não é objeto de nulidade a parte dispositiva da sentença, porque está formal e constitucionalmente fundamentada, bem como está dosada na medida da conduta do paciente.

Do conseguinte, o mesmo raciocínio translada-se para as circunstâncias agravantes, constantes no artigo 61, inciso II, alínea **c** (recurso que tornou impossível a defesa da vítima) e **g** (violação de dever inerente à profissão), do Código Penal, não havendo que se falar em exacerbação sem fundamentação legal, consubstanciando na transgressão ao inciso IX do artigo 93 da Carta Magna.

Com esses fundamentos, em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, *denego* a ordem, diante da não ocorrência de qualquer nulidade

no processo-crime que condenou o paciente à pena privativa de liberdade de 54 anos de reclusão, a ser cumprido em regime fechado, e ao pagamento de 360 salários-mínimos, à razão de 1/6 do maior salário mínimo mensal vigente à época dos fatos. (fls. 267-279)

No que se refere, portanto, à alegada nulidade da citação por edital acompanhado o voto do Ministro Nilson Naves, porque efetivamente entendo que, estando o paciente reconhecidamente foragido à época da citação, não se poderia exigir do Estado que efetuasse outros tipos de diligência além daquelas já levadas a cabo para o cumprimento do mandado de prisão. Aliás, a dificuldade para encontrá-lo, de mais de treze anos, mesmo havendo contra ele mandado de prisão expedido, aponta para a regularidade da citação por edital.

No que se refere à alegada nulidade por violação ao contraditório e ampla defesa em razão do empréstimo de prova produzida nos autos originais sem a presença da defesa, o fator que me torna resistente ao seu reconhecimento é o momento em que suscitada.

No caso, é de se ressaltar que o paciente foi assistido por defensor público em todos os atos do processo e que, sentenciado em 12 de maio de 1994, não houve interposição de recurso, transitando em julgado a condenação. Inacreditáveis 14 anos depois de absoluto silêncio, impetrou-se ordem de *habeas corpus* perante o tribunal *a quo* visando ao reconhecimento da nulidade em nenhum outro momento invocada.

Tenho votado no sentido de não reconhecer nulidades em situações tais como a falta de intimação pessoal do defensor público e a falta de intimação para a apresentação de defesa prévia, quando, após o trânsito em julgado, e geralmente passado longo tempo, a defesa se apercebe de determinada irregularidade e passa a suscitar nulidade que em nenhum momento foi invocada no curso do processo. Eis alguns casos em que votei entendendo dessa forma:

Processo Penal. *Habeas corpus*. 1. Intimação pessoal da data de sessão de julgamento de apelação. Defensor dativo. Necessidade. Nulidade. Precedentes. 2. Excepcionalidade do caso. Ciência pela imprensa oficial. Posterior ciência pessoal do acórdão. Silêncio de cinco anos sem qualquer impugnação. Nulidade. Não reconhecimento. 3. Ordem denegada.

1. A falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da sessão de julgamento do recurso de apelação torna nulo o acórdão proferido, por cerceamento de defesa. Precedentes.

2. Todavia, não é de reconhecer referida nulidade em casos excepcionais, como o presente, em que houve a intimação de defensor dativo da data de sessão de julgamento de apelação pela Imprensa Oficial, seguida de ciência pessoal do causídico do acórdão, sem qualquer impugnação, por mais de cinco anos.

3. Ordem denegada. (STJ, Sexta Turma, HC n. 68.167-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.02.2009, DJ de 16.03.2009)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Nulidade. Intimação da data de sessão de julgamento de apelação. Defensor dativo. Ciência pela imprensa oficial. Posterior ciência pessoal do acórdão. Silêncio. Nove meses. Preclusão.

1. A intimação de Defensor dativo da data de sessão de julgamento de apelação pela Imprensa Oficial, seguida de ciência pessoal do causídico do acórdão, sem qualquer recurso, por nove meses, enseja a preclusão da arguição da nulidade.

2. Ordem denegada. (STJ, Sexta Turma, HC n. 46.599-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.08.2007, DJ de 03.12.2007, p. 365)

Também tenho a ressaltar que a defesa do paciente se deu quando ainda não existia a previsão de suspensão do processo, que apenas passou a integrar o ordenamento jurídico em 1996, com a Lei n. 9.271. Correndo o processo à revelia, não havia como produzir a prova na presença do acusado, assim como não consta que a defesa tivesse outras provas a produzir em seu favor.

Ademais, particularidades do caso fazem-me discordar do voto condutor, com a devida vênia do Eminentíssimo Ministro Relator, já que se trata de crime bastante grave, em que policiais civis montaram uma “barreira policial” no início da BR-364, em Várzea Grande, com o fim de subtrair o dinheiro de pessoas que haviam vendido automóveis em uma feira livre na cidade de Cárceres. Para isso, teriam executado sete pessoas, todas da mesma maneira - com os pés e mãos amarrados - e abandonado seus corpos à margem da Rodovia.

No caso, se for reconhecida a nulidade, fatalmente estará prescrito o crime, pois desde o momento de constituição do defensor dativo, em 25 de junho de 1985, até a presente data, já transcorreram mais de 20 anos. Destaque-se, ademais, que o paciente apenas veio a ser preso no ano de 2007, tendo cumprido pouco mais de 1 ano da pena que lhe fora imposta.

No que se refere à alegação de falta de fundamentação para a imposição da reprimenda em patamar tão elevado, reservo a minha manifestação, dependendo do resultado da votação, para momento posterior ao voto do Ministro Relator, que ainda não chegou a se pronunciar sobre a matéria.

Ante o exposto, com o devido respeito aos votos dos eminentes Ministros Nilson Naves e Paulo Galotti, voto pela denegação da ordem.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Nelson Siqueira Lopes, policial civil, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que denegou o *writ* ali manejado.

O paciente foi denunciado, juntamente com outros 8 (oito) policiais, pela prática do delito descrito nos arts. 157, § 3º – três vezes –, c.c. o 29, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia que os acusados, em 29 de outubro de 1984, montaram uma barreira policial, no início da BR-364, em Várzea Grande, no Mato Grosso, objetivando subtrair o dinheiro de certas pessoas que haviam vendido automóveis em uma feria livre na cidade de Cárceres. Para tanto, teriam executado cinco homens e duas mulheres, todas da mesma maneira – com pés e mãos amarrados –, abandonado-as à margem da Rodovia.

Os policiais foram julgados e condenados pela morte de três pessoas – Minamar, Adelson e José Laurentino. As outras quatro mortes estão sendo apuradas em outro processo.

Os autos foram desmembrados em relação aos réus Nelson Siqueira Lopes e Etalívio Viegas, por se encontrarem foragidos do distrito da culpa, tendo sido realizadas suas citações por meio de editais e decretada suas prisões preventivas, efetivadas contra o paciente apenas em 13.07.2007.

Sobreveio a sentença que condenou o ora paciente à pena de 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. A Defensoria Pública, apesar de intimada, deixou transcorrer *in albis* o prazo recursal.

Em sede de *habeas corpus*, alegou-se a nulidade da citação editalícia, a nulidade do processo por violação do contraditório e da ampla defesa, em razão do empréstimo de prova dos autos originais, produzida sem a presença da defesa, bem como ausência de fundamentação na dosimetria da pena.

O Ministro Nilson Naves, Relator, concedeu a ordem para anular o processo por ausência de defesa técnica, sendo acompanhado pelo Ministro Paulo Gallotti. A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, divergiu, denegando-a.

Após, pedi vista dos autos, para melhor análise da questão relativa à ausência de observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

É o relatório.

Não há, pois, que se falar em nulidade do processo.

Decretada a revelia e não tendo o réu defensor constituído, o Juízo de primeiro grau, em atendimento às normas processuais, nomeou defensor público ao paciente para a sua defesa até o final do processo.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento sumulado de que, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Tendo sido nomeado defensor público que teve oportunidade de se manifestar em todas as fases processuais – e, de fato, o fez –, não há que se falar em falta de defesa.

Como bem ressaltou a Ministra Maria Thereza, as provas dos autos demonstram que foi apresentada a defesa prévia (fl. 143), arrolando-se as mesmas testemunhas de acusação, bem como oferecidas as alegações finais (fls. 173-174), as quais, apesar de sucintas, defendem a tese da ausência de prova de autoria e pedem a absolvição do paciente.

É certo ainda que, na fase do art. 499 do CPP – hoje revogado pela Lei n. 11.719/2008 –, a defesa do paciente não requereu nenhuma diligência, faculdade assegurada tanto à acusação quanto à defesa.

De outra parte, a juntada dos depoimentos das testemunhas de acusação, inquiridas no processo principal, aos autos desmembrados, não constitui nulidade por prova emprestada, mas prova comum, pois dizem respeito aos mesmos fatos e às mesmas partes. Além do mais, a defesa do paciente teve a oportunidade de contraditá-las, como dito acima, por todos os meios admissíveis.

Em tais circunstâncias, a prova oral produzida sob contraditório, proveniente de processo cujos autos foram desmembrados em relação ao réu, é legítima e pode ser admitida para fundamentar a condenação, notadamente quando está embasada em outros elementos de convicção, o que parece ser a hipótese dos autos.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Reabertura da ação penal. Novos indícios de autoria. Prova emprestada. Depoimentos de

testemunhas presenciais do crime, colhido em outro processo, contra o mesmo acusado. Contraditório preservado. Precedentes.

1. Não há nulidade em se admitir prova emprestada como indício de autoria, para a reabertura da ação penal, sobretudo como na espécie, onde foi colhida originariamente, sob o crivo do contraditório, em processo no qual o Paciente figura como acusado por crimes de igual natureza.

2. Precedentes desta Corte Superior.

3. Ordem denegada. (HC n. 68.155-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 06.08.2007)

Convém ressaltar, somente a título de argumentação, que o direito de defesa é absoluto, indisponível e incontestável, todavia, quem dá causa à sua afronta não pode, posteriormente, dele se beneficiar, devendo o Poder Judiciário avaliar cada caso concreto com todas as suas particularidades.

No caso, a alegação de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório mais se revela como estratégia de defesa, até porque não foi suscitada em qualquer fase do processo, o qual correu à revelia, mas somente após o paciente ser preso em 2007, ou seja, dezoito anos após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A propósito, colho e seguinte precedente:

(...)

2. O direito constitucional à ampla defesa, um dos pilares inarredáveis do Estado Democrático de Direito, não pode ser desvirtuado para convalidar a própria torpeza de quem, em seu nome, se vale de estratégias para obstaculizar ao trâmite regular do processo.

(HC n. 36.107-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 05.03.2007)

Diante do exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Um dos temas desta ação se prende à nulidade da citação. Mas, nesse ponto, houve convergência de votos, todos arrendando-a. Meu voto igualmente não vê nulidade de citação.

O outro tema diz respeito à nulidade do processo por violação ao princípio da ampla defesa.

De feito, aqui está a divergência entre os votos do eminente Relator e dos ilustrados Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes. O Relator reconhece a nulidade, ao passo que os dois outros votos a afastam.

A questão está no valor da prova emprestada, produzida sem a presença do réu e de seu defensor.

A Ministra Maria Thereza considera que o processo seguiu regular, pois nenhuma reclamação foi feita nem na fase do antigo artigo 499 do Código de Processo Penal, nem nas alegações finais. Além disso, somente depois de trinta e oito anos do trânsito em julgado da sentença é que vem o paciente reclamar de violação a seu direito de ampla defesa.

O que me parece relevante, com a vênua sempre devida, é a incontroversa circunstância de que a prova emprestada foi produzida sem a presença do réu e de seu defensor. O juízo limitou-se a juntar cópia dos depoimentos tomados na ação penal de corrêu, e, com essa simples providência, considerou cumprida a prova da acusação, sem perceber que estaria cerceando o direito de defesa.

Claro está, que, sem acompanhamento de defensor, não houve reperguntas nem se coletou a prova com a regularidade que o princípio constitucional da ampla defesa exige.

A ausência de oportuna arguição, seja na fase de diligências previstas na antiga redação do artigo 499 do estatuto processual penal, seja nas alegações finais, só agrava a lesividade causada ao paciente, a mostrar que defesa efetiva realmente não houve.

O decurso de dezoito anos de tempo após o trânsito em julgado não me impressiona: o paciente não é técnico em direito, ao passo que um profissional pode, examinando os autos dezoito anos depois, divisar uma nulidade absoluta e apontá-la somente agora, cuidando então de tomar as providências em defesa do acusado.

Esta Corte, por outro lado, já decidiu que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, pois não se sujeitam à preclusão, podendo ser arguidas mesmo após o trânsito em julgado da condenação.

Nesse sentido:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Leis n. 10.409/2002 e 11.343/2006. Rito procedimental. Inobservância. Defesa prévia. Recebimento da denúncia. Nulidade absoluta.

1. Não obstante a existência de precedentes em sentido contrário à orientação expedida no provimento atacado, não se vislumbram razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal.

2. Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a orientação firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal é no sentido de que configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei n. 10.409/2002.

3. De outra parte, com razão o *parquet* federal ao afirmar que o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da alegada nulidade do processo, por descumprimento da referida exigência legal.

4. Entretanto, como dito na decisão agravada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida em sede de apelação, não há falar em supressão de instância, em face da devolutividade integral da causa à instância superior.

5. *Ademais, é certo que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.*

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 83.112-SP, Ministro Og Fernandes, DJe 08.06.2009) (Grifo nosso);

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crime de parcelamento irregular de solo urbano. Pleito de anular condenação, após três anos do seu trânsito em julgado e do cumprimento integral do *sursis*. Nulidades relativas. Preclusão.

1. *É bem verdade que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, não se sujeitando à preclusão.* Todavia, os vícios apontados pelo Impetrante não denotam essa natureza, não importando em ferimento de nenhuma das garantias constitucionais, na medida em que se tratam, de fato, de mero juízo valorativo sobre a materialidade e autoria do crime, e a respeito de irregularidades processuais que não trouxeram quaisquer prejuízos à defesa.

2. Refoge à via do *habeas corpus* o exame de alegações difusas e desconexas, sem suporte probatório dos autos, que demonstram apenas o interesse em anular condenação penal há muito transitada em julgado, que em mais nada ameaça a liberdade de locomoção do Paciente.

3. Sobrevindo o trânsito em julgado da condenação do ora Paciente, sem que houvesse qualquer irrisignação da defesa acerca das alegadas nulidades até a impetração do presente *habeas corpus*, impõe-se o reconhecimento da preclusão.

4. Ordem denegada.

(HC n. 61.982-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15.12.2008) (Grifo nosso).

Não se pode deixar de consignar que o direito de defesa não deve transformar-se em um direito meramente formal, um “simulacro” de defesa, mas uma defesa efetiva, concreta, em que o defensor exerça mesmo um trabalho em favor do acusado. Abrir prazos para o exercício da defesa, arrolar testemunhas que não são ouvidas, ou que são ouvidas sem a presença do réu e de seu defensor, ou apresentar alegações finais sem o mínimo de idéias concatenadas, dispersivas, apenas para constar defesa, equivale à ausência de defesa, não só simples deficiência de defesa.

Atento a essa situação peculiar neste autos, anulo o processo, a partir da nomeação de defensor dativo para o paciente, com extensão ao corréu Etalvívio Viegas, que se encontra na mesma situação.

É como voto, sempre com o máximo respeito aos votos contrários.

HABEAS CORPUS N. 112.799-SP (2008/0172426-1)

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

Impetrante: Calebe Valença Ferreira da Silva

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: E. A. de O. I. (internado)

EMENTA

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao delito de roubo qualificado. Estudo multidisciplinar do caso (art. 186 do ECA). Possibilidade do magistrado indeferir sua realização. Medida socioeducativa. Internação. Gravidade abstrata. Ausência de fundamentação concreta. Apelação. Efeito suspensivo. Revogação do inc. VI do art. 198 do ECA. Ordem concedida em parte, inclusive de ofício.

1. Hipótese em que se alega cerceamento de defesa por não ter sido realizado o estudo de caso determinado no art. 186, § 2º, do ECA, bem como seja concedido ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado do procedimento em liberdade, respeitado o princípio da não culpabilidade.

2. O Juiz não está obrigado a realizar o estudo multidisciplinar, podendo, diante das peculiaridades do caso concreto e de forma fundamentada, indeferir o pedido para a sua realização.

3. Em que pese a possibilidade de imposição da medida socioeducativa de internação para os atos infracionais praticados com violência ou grave ameaça, nos termos do disposto no art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990, no presente caso verifica-se que a medida foi aplicada ao paciente sem que fosse demonstrada a devida e concreta fundamentação.

4. A medida de internação foi imposta com base na gravidade abstrata do ato infracional e considerações genéricas sobre a possibilidade de a segregação contribuir para a recuperação do menor, revelando-se evidente o constrangimento a que está submetido o paciente.

5. Deixando de existir regramento específico sobre os efeitos com que a apelação deve ser recebida nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, impõe-se a aplicação a regra do *caput* do artigo 198, que determina a utilização do sistema recursal do Código de Processo Civil.

6. A aplicação temporária da medida socioeducativa da liberdade assistida para o paciente se mostra a mais adequada na presente hipótese, pois assegura ao menor o direito de responder ao procedimento em meio aberto, contudo, permite o seu acompanhamento por pessoa capacitada para auxiliá-lo e orientá-lo de forma a reduzir a possibilidade de novo envolvimento em atos infracionais.

7. *Habeas corpus* concedido em parte, inclusive de ofício, para anular a decisão de primeiro grau que aplicou ao paciente a medida de internação por prazo indeterminado e determinar que outra seja proferida, com a aplicação de compatível medida socioeducativa, assegurado ao paciente o direito de aguardar a nova medida socioeducativa em liberdade assistida.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

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

DJe 05.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de E. A. de O. I., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Busca a impetrante a anulação do feito, afirmando ter havido “cerceamento de defesa por não ter realizado o estudo de caso determinado no art. 186, 2º, do ECA”, bem como seja concedido ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado do procedimento em liberdade, respeitado o princípio da não culpabilidade.

As informações foram prestadas pela Juíza de primeiro grau às fls. 36-37 e pela autoridade coatora às fls. 46-47.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 85-87), opinou pelo denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Ao indeferir o pedido de realização de estudo do caso, disse o Magistrado:

Indefiro a realização de estudo social, uma vez que referido requerimento quando formulado em defesa prévia não foi devidamente justificado. Ademais, observe-se que, ao contrário do aduzido pela Defesa, desnecessária a realização de estudo social do caso, a uma, porque referido estudo não decorre de norma impositiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, a duas, porque as próprias testemunhas arroladas pela Defesa fizeram-se claras ao asseverar que o menor em sua residência não experimentava nenhum tipo de problema, a três, porque a toda evidência que mesmo possuindo família estruturada não foi capaz de resistir ao mundo infracional e, finalmente, a quatro, porque, constante dispõe a Súmula n. 108, do STJ: "A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ator infracional, é da competência exclusiva do Juiz" que, por sua vez, adiante-se, no caso exige a de internação. Assim, não há que falar-se em nulidade ou cerceamento do direito de defesa. (fls. 18-19)

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o provimento em acórdão que ficou assim resumido:

Habeas corpus. Ato infracional equiparado ao delito de roubo. Alega nulidade por cerceamento de defesa, em razão da ausência de elaboração de estudo técnico e violação do princípio da presunção de inocência. O estudo psicossocial não é indispensável à livre convicção do julgador. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência, diante do disposto no inciso VI do art. 198 do ECA. Não ocorrência de ilegalidade a ensejar nulidade dos autos.

Ordem denegada. (fl. 114)

O artigo 186, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim prevê:

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

(...)

§ 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso. (g. n.)

Extraí-se da simples leitura do aludido parágrafo que o Juiz não está obrigado a realizar o estudo multidisciplinar, podendo, diante das peculiaridades do caso concreto, indeferir o pedido para a sua realização, notadamente como no presente procedimento em que a decisão de indeferimento do estudo se mostrou

devidamente fundamentada, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao delito de furto qualificado. Opinião de profissional qualificado (art. 186 do ECA). Prescindibilidade. Semiliberdade. Ausência de fundamentação.

I - Pelo disposto no art. 186 do ECA, o magistrado não está obrigado a solicitar a opinião de profissional qualificado em todos os procedimentos para apuração de ato infracional. Assim, face à sua prescindibilidade, não padece de qualquer nulidade o procedimento em que não houve a realização de estudo técnico (Precedente).

II - Também não se verifica constrangimento ilegal na imposição da medida sócio-educativa de semiliberdade, se aplicada em observância ao disposto no art. 112, § 1º, da Lei n. 8.069/1990 e atentando para as peculiaridades do caso concreto.

III - Contudo, *in casu*, verifica-se que o acórdão recorrido não demonstrou a necessidade de imposição da medida sócio-educativa de semiliberdade, uma vez que não teceu quaisquer considerações acerca do caso concreto, ficando a medida imposta baseada apenas na gravidade da infração praticada.

Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 140.339-MG, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 1º.02.2010)

De outro lado, em que pese a possibilidade de imposição da medida socioeducativa de internação para os atos infracionais praticados com violência ou grave ameaça, nos termos do disposto no art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990, verifico que a medida foi aplicada ao paciente sem que fosse demonstrada a devida e concreta fundamentação.

No ponto, consignou o Magistrado:

A materialidade do ato vem confirmada, além da prova oral amealhada, pelo Boletim de Ocorrência (fls. 11-12) e auto prisão e apreensão em flagrante delito de fls. 4-10, neste diapasão, tem-se que a medida sócio-educativa mais adequada ao caso, considerando-se a gravidade de ato infracional, a fraca justificativa apresentada pelo representando para referida atitude, aliás, neste contexto é de ressaltar-se que as testemunhas arroladas pela Defesa e inquiridas em audiência asseveraram que o adolescente não experimentava nenhum tipo de privação, bem como de que revelou ter personalidade fraca, facilmente envolvido e aliciado para o crime, quando afirmou: “que Sérgio ameaçou de chacotá-lo diante dos outros amigos se não participasse da empreitada”, indicam que a única medida capaz de

ressocializá-lo, reeducá-lo e impedir que envolva-se em outro ato infracional para sua própria proteção é a internação. Ressalte-se, que o ato praticado é gravíssimo e requer resposta pronta e efetiva por parte de Estado, que não pode permitir a subversão da ordem pública diante da criminalidade atualmente e infelizmente corrente. Subtrair bens de quem quer que ela seja, em concurso de agentes, mediante ameaça de morte realizada com a utilização de arma de fogo é ato que coloca em risco a segurança dos demais integrantes da sociedade. Outrossim, tem-se que a Fundação Casa é o local adequado para o cumprimento de medida sócio-educativa de internação e se, ao ganhar a liberdade o adolescente voltar a infracional, referida situação apenas revelará o quanto o comprometimento com o mundo infracional já se encontra Everton. Finalmente, a medida sócio-educativa em contento encontra-se amparada no artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, em que pese as combativas alegações da Defesa, repita-se, deve ser submetido à medida sócio-educativa de internação.

Como visto, foi aplicada a medida de internação com base na gravidade abstrata do ato infracional e considerações genéricas sobre a possibilidade de a segregação contribuir para a recuperação do menor, revelando-se evidente o constrangimento a que está submetido o paciente, justificando a concessão da ordem, inclusive de ofício, para determinar que seja fixada outra medida socioeducativa compatível e adequada ao caso.

Vejam-se os precedentes:

A - Habeas corpus. ECA. Ato infracional equiparado a roubo duplamente circunstanciado. Concurso de agentes. Medida de internação. Motivação inidônea. Gravidade abstrata do delito. Ausência de análise das condições pessoais do menor. Ilegalidade. Ordem concedida. Similitude fático-processual do co-réu. Aplicação do princípio da isonomia processual. Concessão da extensão dos efeitos da presente decisão, de ofício.

1. A medida de internação por prazo indeterminado é de aplicação excepcional, de modo que somente pode ser imposta ou mantida nos casos taxativamente previstos no art. 122 do ECA, e quando evidenciada sua real necessidade.

2. Sua aplicação, no entanto, deve estar efetivamente pautada nas circunstâncias peculiares do caso concreto, nos casos em que o Julgador reputar imperiosa a adoção da medida extrema para a proteção integral do adolescente, finalidade precípua da Lei n. 8.069/1990, a qual visa à reintegração do menor na sociedade.

3. A fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias, no caso concreto, revelou-se genérica, sem a necessária individualização e particularização ao caso concreto. Ao revés, reportou-se o Julgador apenas à gravidade abstrata do delito que, como cediço, não serve como critério único para fixação da medida restritiva de liberdade ao menor infrator.

4. A identidade da situação fático-processual entre os co-réus permite a extensão do benefício concedido a um deles, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, a teor do art. 580 do CPP. Assim, em obediência ao princípio da isonomia processual, impõe-se, de ofício, a concessão da extensão dos efeitos da presente decisão ao agente remanescente, uma vez que a mesma fundamentação genérica foi utilizada para fixar-lhe a medida de internação.

5. Ordem concedida, para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à medida de internação, a fim de que outro *decisum* seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado.

Concede-se, ainda, de ofício, a ordem para estender os efeitos deste julgado ao co-réu *Raphael de Oliveira Nunes*.

(HC n. 86.941-SP, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 10.03.2008)

B - Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais análogos aos crimes de homicídio qualificado tentado e consumado. Internação por prazo indeterminado. Aplicação fundamentada na gravidade genérica do ato infracional. Excepcionalidade da medida. Ordem concedida.

1. Conquanto seja firme o magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o ato infracional cometido com violência ou grave ameaça a pessoa é passível de aplicação da medida socioeducativa de internação (art. 122, inc. I, da Lei n. 8.069/1990), tal orientação não afasta a necessidade de que sejam observados os princípios adotados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na aferição da medida mais adequada à recuperação, formação e reeducação do adolescente infrator.

2. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei n. 8.069/1990, art. 4º).

3. *Para a aferição da medida socioeducativa mais adequada às finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser consideradas as condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto, não sendo automática a aplicação da internação a adolescente representado pela prática de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida mais severa (art. 122, § 2º, do ECA).*

4. *No caso, evidencia-se a existência de constrangimento ilegal na decisão que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação ao paciente baseada na gravidade abstrata do ato, sem apontar relevante motivo concreto que justificasse a imposição de medida mais gravosa.*

5. Ordem concedida para anular a sentença e o acórdão recorrido no tocante à medida imposta, determinando-se ao juiz sentenciante que profira nova decisão, devidamente fundamentada, aguardando o paciente em liberdade assistida.

(HC n. 83.315-DF, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 26.05.2008)

C - *Habeas corpus*. ECA. Ato infracional análogo ao crime de roubo. Agravo de instrumento. Concessão de efeito suspensivo. Via imprópria. Medida sócio-educativa de liberdade assistida. Provimento do apelo ministerial. Substituição por internação por prazo indeterminado. Baseada apenas na gravidade abstrata do ato infracional cometido pelo menor. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal evidenciado. Concessão de ordem de ofício.

1. O *habeas corpus* não é a via adequada para se atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento, recurso especial ou recurso extraordinário, pedido que normalmente é veiculado por medida cautelar inominada e somente é acolhido em casos excepcionalíssimos. Precedentes.

2. A decisão que insere o menor infrator em internação por prazo indeterminado deve estar fundamentada em elementos concretos, sob pena de nulidade, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida sócio-educativa.

3. A gravidade do ato infracional cometido não é suficiente para, de per si, justificar a inserção do adolescente em medida sócio-educativa de internação por prazo indeterminado, porque a finalidade principal do Estatuto da Criança e do Adolescente não é retributiva, mas reeducar e conferir proteção integral ao menor infrator.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau que inseriu o Paciente em medida sócio-educativa de liberdade assistida, cumulada com prestação de serviços à comunidade. Estendo os efeitos da presente decisão ao menor R. de O. R., por se encontrar em idêntica situação, com respaldo no art. 580 do Código de Processo Penal.

(HC n. 64.861-SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 1º.10.2007)

No que diz respeito ao direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da apelação, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecia, como regra geral, que a apelação seria recebida somente com o efeito devolutivo, podendo ser conferido o efeito suspensivo, a critério da Magistrado, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do art. 198, VI, da Lei n. 8.069/1990, *verbis*:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

(...)

VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;

Ocorre que o referido inciso foi expressamente revogado pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.

Deixando de existir regramento específico sobre os efeitos com que a apelação deve ser recebida nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, impõe-se a aplicação a regra do *caput* do artigo 198, que determina a utilização do sistema recursal do Código de Processo Civil. Este, por sua vez, prevê no seu art. 520, como regra geral, que a apelação será recebida em seu duplo efeito.

Dessa forma, considerando a revogação do inciso VI do art. 198 do ECA e atento ao caráter protetivo do referido Estatuto, entendo que a melhor solução ao caso concreto é permitir que o paciente aguarde em liberdade assistida a nova medida socioeducativa a ser fixada pelo Magistrado.

Justifico a adoção temporária da medida socioeducativa da liberdade assistida para o menor porque ela é a que se mostra a mais adequada na presente hipótese, pois assegura ao paciente o direito de responder ao procedimento em meio aberto, contudo, permite o seu acompanhamento por pessoa capacitada para auxiliá-lo e orientá-lo de forma a reduzir a possibilidade de um novo envolvimento em atos infracionais.

Diante do exposto, concedo em parte o *habeas corpus*, inclusive de ofício, para anular a decisão de primeiro grau que aplicou a medida e internação por prazo indeterminado, determinando que outra seja proferida, com a aplicação de compatível medida socioeducativa, assegurado ao paciente o direito de aguardar a nova decisão em liberdade assistida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 135.183-RJ (2009/0081578-5)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Paulo Roberto Alves Ramalho e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Tales Donato Scisínio

Paciente: Mateus Donato Scisínio

EMENTA

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Artigos 297, 299, 304, 342 e 288, todos do Código Penal. Prisão preventiva. Revogação do decreto pelo Tribunal de origem condicionada ao acautelamento das carteiras da OAB. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. Inexiste previsão legal sobre a possibilidade de revogação do cárcere provisório mediante a retenção de documentos.

2. *In casu*, determinado pelo Tribunal de origem, por ocasião da revogação da prisão preventiva decretada, o acautelamento das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil, pertencentes aos pacientes, configura-se em evidente constrangimento ilegal.

3. Ordem concedida a fim de determinar que o Juízo da origem proceda a devolução das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.

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 do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Tales Donato Scisínio* e *Mateus Donato Scisínio*, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (HC n. 2008.02.01.010014-9).

Consta dos autos que foi decretada a prisão preventiva dos pacientes, nos autos da Ação Penal n. 2007.51.05.001867-3, em curso na Vara Federal de Nova Friburgo-RJ.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi concedida, pelo Tribunal *a quo*, a fim de revogar o encarceramento provisório dos pacientes, “condicionada ao acautelamento, pelo Juízo impetrado, das carteiras da OAB, devendo os pacientes se abster de qualquer contato com as testemunhas, por si, por terceiros ou qualquer outro meio” (fl. 18).

Entendendo não estar claro o acórdão proferido nos autos do mencionado *mandamus*, em razão da imposição da restrição ao exercício da advocacia, com o acautelamento das carteiras funcionais, a defesa opôs embargos de declaração, aos quais foi dado parcial provimento para “fazer constar da ementa que a revogação da prisão preventiva está condicionada ao acautelamento das carteiras da OAB pelo MM. Juízo impetrado, até a prolação da sentença de 1º grau, conforme discussão constante das notas taquigráficas que são parte integrante do voto condutor do acórdão embargado e devem ser juntadas aos autos” (fl. 33).

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes alegam que a condição imposta, além de ser flagrantemente ilegal, coage a liberdade de ir e vir dos pacientes, pois os impede de trabalhar, sob ameaça de prisão.

Sustentam que o direito ao trabalho é essencial à dignidade humana, invocando a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Salientam que foi retirado dos pacientes o direito ao trabalho, sem qualquer condenação criminal, “num rigor que o legislador não permitiu sequer para o pior dos criminosos, preso em regime de cumprimento de pena integralmente fechado, ao qual se assegura o direito ao trabalho” (fl. 8).

Aduzem que “a imposição de condições para a revogação de prisão preventiva, deve ser precedida da devida fundamentação que justifique a necessidade da cautela (CF, art. 93, IX) – fundamentação inexistente na decisão atacada” (fl. 8).

Requerem, liminarmente, “seja suspensa a condição ilegal atacada, restabelecendo-se aos pacientes o livre direito de exercer a única profissão que possuem” (fl. 14). No mérito, pretendem a confirmação do pleito liminar.

A análise do pedido liminar foi postergada (fls. 48-50), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, encarecendo-se o envio de cópia das notas taquigráficas da sessão de julgamento do HC n. 2008.02.01.010014-9, realizada em 19.08.2008. A solicitação foi atendida (Apenso I).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Eugênio de Aragão (fls. 60-61), pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A princípio, cumpre salientar que estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao HC n. 102.297-RJ, impetrado em favor dos pacientes, visando à concessão, a esses, da liberdade provisória. O pleito liminar restou indeferido e a ordem foi julgada prejudicada, em 11.05.2009, diante da notícia da concessão da ordem, por decisão proferida em novo *writ* impetrado perante a Corte *a quo*. Passa-se, então, à análise da questão posta na presente impetração.

O objeto deste *mandamus* cinge-se à verificação sobre a necessidade do acautelamento das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.

Depreende-se dos autos que a prisão preventiva, decretada pelo Juízo de origem, fora revogada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mediante a entrega das carteiras profissionais dos acusados. A sugestão desse procedimento partiu do Desembargador Sérgio Schwaitzer, em seu voto vencido, por ocasião da análise do primeiro prévio *writ* impetrado na Corte de origem.

Veja-se o seguinte trecho da transcrição fonográfica referente ao HC n. 2008.02.01.010014-9, o qual originou a presente impetração (fl. 273 - Apenso I):

(...) tendo sido ouvidas todas as testemunhas de acusação, o que implica dizer que a instrução criminal estaria encerrada - principalmente em se tomando a

precaução sugerida, naquele momento em que foi impetrado o primeiro *habeas corpus*, pelo Desembargador *Sérgio Schwaitzer* da entrega da carteira da OAB para que ficassem acauteladas com o Juízo de Primeiro Grau - não me parece necessário dar margem a que se confunda cumprimento de pena, se é que virá, com a prisão cautelar.

(...)

No julgamento do HC n. 2008.02.01.010014-9, a ordem foi concedida, com a restrição sugerida, conforme o voto vencedor do Desembargador Messod Azulay. Por ocasião da prolação dos votos, a Desembargadora Liliane Roriz assim se manifestou (fl. 277 - Apenso I):

(...)

A questão da garantia da ordem pública de que eles poderiam voltar a delinquir também não se subsiste se eles não puderem advogar. Então, acho que eles podem permanecer em liberdade, responder aos demais atos processuais em liberdade, desde que cumpram as condições fixadas por esta Corte: não só entregar a carteira da OAB, mas também se comprometer a não advogar, porque nós todos sabemos que o advogado não tem que apresentar a carteira da Ordem em todos os atos a que comparecerem. Então, eles têm que se comprometer a não advogar enquanto estiverem respondendo ao processo.

(...)

Da leitura das transcrições fonográficas dos julgados, vê-se que o acautelamento das carteiras profissionais foi determinado na origem como condicionante à revogação do encarceramento.

Ressalte-se, inclusive, que notícias colhidas na Vara Federal de Nova Friburgo-RJ dão conta de que as identificações encontram-se acauteladas no Juízo *a quo* e que ainda não há previsão para a prolação da sentença.

Ao que se me afigura, estabelecer condições para a revogação da custódia cautelar somente poderia decorrer de lei, visto que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da Constituição Federal).

Desse modo, observa-se que inexistente previsão legal, na questão ora em apreço, acerca da retenção de documentos, tais como carteiras profissionais.

No caso, os pacientes foram acusados de supostos crimes cometidos contra o INSS, quando atuavam no exercício da advocacia. O Tribunal de origem determinou o acautelamento das identidades profissionais sob os seguintes argumentos (fl. 18):

Em ocasião anterior esta turma já se manifestou pela legalidade da custódia decretada, como forma de resguardo da instrução criminal, tendo sido concedida a ordem, parcialmente, para decretar a prisão domiciliar.

Hoje se tem notícia de que a instrução, ao menos no que diz respeito à acusação, está encerrada.

A este respeito, o MM. Juízo impetrado fez a seguinte ponderação:

Vale dizer, ainda, que por experiência deste Magistrado, certamente aparecerão outras pessoas que deverão ser convocadas a juízo para prestar declarações, seja como testemunha do juízo, sejam como testemunhas referidas. Assim, não se saberá, nem mesmo após a apresentação da defesa, qual será o quantitativo de pessoas a serem inquiridas pelo Juízo.

Ora, já não me parece razoável querer se resguardar uma instrução que não se sabe, ainda, sequer se ocorrerá. O Juiz fundamentou o decreto prisional na suposição de que outras testemunhas aparecerão e que elas, que ainda não existem, poderão ser corrompidas pelos réus.

Não comungo do entendimento de que o prazo de cento e oitenta dias já se constitui, por si só, em um excesso de prazo. Aplica-se aqui o princípio da razoabilidade.

Uma vez ouvidas todas as testemunhas de acusação, tomando-se o cuidado de recolher as carteiras da OAB para que fiquem acauteladas com o MM. Juízo de 1º grau, cessam os motivos para a segregação cautelar, não se afigurando razoável que os pacientes continuem presos.

Isto posto, *concedo a ordem* para revogar a prisão preventiva dos pacientes, decretada nos autos da Ação Penal n. 2007.51.001867-3, condicionada ao acautelamento, pelo Juízo impetrado, das carteiras da OAB, devendo os pacientes se abster de qualquer contato com as testemunhas, por si, por terceiros ou qualquer outro meio.

Vejam-se, ainda, o voto proferido por ocasião do julgamento dos embargos de declaração (fls. 32-33):

Do exame das notas taquigráficas, verifica-se que a questão da proibição do exercício da advocacia, em que pese não ter sido abordada na inicial do presente *Habeas Corpus*, foi colocada em discussão no decorrer da sessão de julgamento, tendo sido inclusive questionada pelo ilustre impetrante.

Assim é que ao proferir meu voto fiz menção ao fato de que, em julgamento anterior, onde a Turma se reuniu com composição diferente, estando de férias o Desembargador André Fontes, o Desembargador Sérgio Schwaitzer, manifestou-se no sentido do recolhimento das carteiras e da concessão de plano da ordem.

Naquela ocasião prevaleceu a decisão que concedia parcialmente a ordem para a concessão da prisão domiciliar.

Concluí meu voto afirmando que uma vez ouvidas todas as testemunhas de acusação e tomando-se a precaução sugerida anteriormente pelo Desembargador Sérgio Schwaitzer, com relação à entrega das carteiras da OAB, não havia necessidade da segregação cautelar.

Quanto a este aspecto houve a concordância da Desembargadora Liliane Roriz, que acrescentou a necessidade de que os impetrantes não só entregassem as carteiras como se comprometessem a não advogar, visto que o advogado não precisa apresentar a carteira da ordem em todos os atos a que comparece.

Ao final do julgamento o impetrante suscitou dúvida com relação à extensão da proibição do exercício da advocacia, propondo que esta se desse tão somente nas comarcas envolvidas e com relação ao Poder Público, ao que fui expresso no sentido de que a proibição seria integral, até a prolação da sentença de primeiro grau.

Todas essas manifestações restam explícitas nas notas taquigráficas, que são parte integrante do voto condutor do acórdão embargado e inclusive prevalecem sobre o acórdão, nos termos do art. 94, § 1º do Regimento Interno desta Corte, c.c. o art. 618 do CPP.

Entretanto, a condição imposta para a revogação da prisão preventiva dos pacientes não constou, expressamente, na ementa de fl. 316, razão pela qual os presentes embargos merecem ser parcialmente acolhidos.

Assim, dou parcial provimento aos embargos declaratórios tão somente para fazer constar da ementa que a revogação da prisão preventiva está condicionada ao acautelamento das carteiras da OAB pelo MM. Juízo impetrado, até a prolação da sentença de 1º grau, conforme discussão constante das notas taquigráficas que são parte integrante do voto condutor do acórdão embargado e devem ser juntadas aos autos.

Assim, é de ver que o Tribunal *a quo* procurou fundamentar o *decisum* na necessidade da proibição ao exercício da advocacia ante aos delitos imputados, o que transcende ao princípio da legalidade.

A propósito, em casos análogos, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

Habeas corpus. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva do paciente revogada pelo Supremo Tribunal Federal mediante condições especificadas pelo juízo de primeiro grau. Dentre estas, o compromisso de depositar em juízo o passaporte. Coação ilegal reconhecida. Termo que não reitera essa obrigação. Ordem concedida para devolver ao paciente seu documento internacional de viagem.

1. O paciente, devidamente autorizado, viajou para a Suíça e cumpriu, no retorno, o compromisso de comparecer à Justiça Federal e apresentar seu passaporte.

2. É indevida a retenção desse documento, porquanto não há lei que a autorize, ao mesmo tempo que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XV, preceitua que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

3. O novo termo de compromisso assinado pelo paciente não reitera a obrigação de devolver à Justiça Federal seu passaporte, de modo que o presente remédio é hábil a reparar essa coação ilegal violadora do direito de ir e vir, ainda que de modo oblíquo.

4. Ordem concedida, para determinar a entrega definitiva do passaporte.

(HC n. 128.938-SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 24.08.2009)

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Concessão de liberdade provisória. Imposição de medidas cautelares. Poder geral de cautela do magistrado. Critérios de razoabilidade. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado, arts. 798 do CPC c.c. art. 3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

2. Impostas as medidas de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor e restritiva de direitos consistente em deixar de residir e/ou transitar no local dos fatos, revela-se evidenciado o constrangimento se estas perduram por quase dois anos, além do que já se encerrou a instrução processual.

3. *Habeas corpus* concedido.

(HC n. 114.734-ES, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 17.03.2009, DJe 30.03.2009)

Processual Penal. Inquérito policial. Crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva. Liberdade provisória. Concessão. Juízo de primeiro grau. Imposição. Retenção de passaporte. Viagem. Autorização judicial. Fundamentação. Ausência. Fuga. Mera conjectura. Direito de ir e vir. Restrição. Constrangimento ilegal. Evidenciado.

1. Se o Juiz de primeiro grau entendeu que não havia como manter a prisão preventiva do indiciado, por conseguinte, não há como reter o passaporte de cidadão estrangeiro, notadamente por tempo indeterminado, ante a ausência de previsão legal.

2. A medida constritiva de retenção de passaporte imposta com base em mera conjectura caracteriza injustificada restrição à liberdade de ir e vir do paciente, direito garantido constitucionalmente.

3. Ordem concedida para determinar a restituição do passaporte e afastar a exigência de autorização judicial para viagem ao exterior, mediante compromisso do paciente de comparecer aos atos relativos à elucidação dos fatos delituosos.

(HC n. 103.394-RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 17.11.2008)

Habeas corpus. Crime de moeda falsa. Direito de apelar em liberdade concedido pelo Tribunal *a quo*, mediante retenção do passaporte. Ausência de demonstração da necessidade da medida. Réu com fortes vínculos no distrito da culpa, que viajou ao exterior durante a instrução criminal, e não demonstra intenção de se furtar à aplicação da lei penal. Constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. A imposição de condições para a concessão do benefício da liberdade provisória ou para a revogação de prisão preventiva, embora não ofenda os princípios da presunção de inocência e da reserva legal, demanda devida fundamentação que justifique a necessidade da cautela, à luz do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2. A retenção do passaporte do Paciente, determinada pelo acórdão impugnado para permitir-lhe o apelo em liberdade, além de carecer de fundamentação concreta sobre sua necessidade, não encontra respaldo nas peculiaridades do caso concreto, mormente por se tratar de condenado que viajou ao exterior durante a instrução criminal, sem criar qualquer obstáculo à marcha regular do processo e nem foi demonstrado que pretende se furtar à aplicação da lei penal.

3. *Habeas corpus* concedido para que seja restituído ao Paciente o passaporte reclamado.

(HC n. 106.839-AM, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 24.11.2008)

Militar (da reserva). Advocacia (atividade). Disciplina (militar). Inviolabilidade (advogado). *Habeas corpus* (cabimento).

1. Os membros das Forças Armadas estão sujeitos, é claro, à hierarquia e à disciplina militares.

2. Todavia o militar da reserva remunerada no exercício da profissão de advogado há de estar protegido pela inviolabilidade a que se referem os arts. 133 da Constituição e 2º, §§ 2º e 3º, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 1994).

3. A imunidade, é bem verdade, não é ampla nem é absoluta. Protege, isto sim, os razoáveis atos e as razoáveis manifestações no salutar exercício da profissão.

4. Há ilegalidade ou abuso de poder ao se pretender punir administrativamente o militar que, no exercício da profissão de advogado, praticou atos e fez manifestações, num e noutra caso, sem excesso de linguagem nas petições por ele assinadas.

5. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

6. *Habeas corpus* deferido a fim de se determinar o trancamento da sindicância.

(HC n. 44.085-RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 15.05.2006, p. 293)

Ante o exposto, *concedo* a ordem, acolhendo o parecer, a fim de determinar que o Juízo da origem proceda a devolução das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 142.060-BA (2009/0137844-7)

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

Impetrante: Sérgio Habib e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Paciente: Vanildo Silva Batista (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Sequestro. Homicídio qualificado. Excesso de prazo. Réu pronunciado há 5 anos. Pendência de recurso excepcional. Configuração. Ordem concedida.

1. Embora se reconheça tratar-se de crime extremamente grave, o paciente se encontra preso desde 23 de março de 2005, ou seja, há exatos 5 anos e ainda não foi submetido ao Júri Popular, sendo certo que a interposição sucessiva de recursos contra a pronúncia - estando a discussão em sede excepcional - não impede que se dê prosseguimento

ao seu julgamento pelo Tribunal do Júri, restando configurado o constrangimento ilegal por excesso de prazo na manutenção da custódia provisória.

2. *Habeas corpus* concedido para que o paciente aguarde em liberdade o seu julgamento pelo Júri Popular, devendo, contudo, comparecer aos atos processuais restantes, sob pena de nova prisão.

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.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 23 de março de 2010 (data do julgamento).

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

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): A hipótese é de *habeas corpus* impetrado em favor de Vanildo Silva Batista, pronunciado como incurso nos artigos 148, § 2º, e 121, § 2º, I, III e IV, ambos do Código Penal, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça da Bahia.

Afirmam os impetrantes que a defesa, conquanto tenha manejado contra a sentença de pronúncia recurso em sentido estrito, seguindo-se embargos de declaração, recursos especial e extraordinário, e agravo de instrumento, acabou por formular “pedido de desistência de todos os recursos que foram interpostos tendo em vista que deseja que o paciente seja levado a Júri Popular”,

tendo o pleito sido indeferido pelo Desembargador 2º Vice Presidente por existir “agravo de instrumento pendente de apreciação no Superior Tribunal de Justiça”. Entretanto, o agravo de instrumento, segundo alegam, encontrar-se-ia na Secretaria Especial de Recursos do Tribunal de Justiça da Bahia e não no Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta ser flagrante “a ilegalidade cometida contra o paciente, pois se encontra impossibilitado de ser julgado em virtude de despacho equivocado preferido pelo TJ-BA”, estando configurado o excesso de prazo na manutenção da sua custódia cautelar.

Busca, assim, seja o paciente colocado em liberdade, bem como “determinada a baixa dos autos ao Juízo de origem, reconhecendo-se a desistência de todos os recursos, a fim de que seja realizado o julgamento pelo Tribunal do Júri”.

A liminar foi indeferida pelo Ministro João Otávio de Noronha, no eventual exercício da Presidência (fls. 189-190).

Notificado, o Tribunal de origem prestou informações às fls. 196-218.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (220-222), opinou pelo “parcial deferimento da ordem apenas para que seja homologado pedido de desistência dos recursos defensivos, com conseqüente confirmação da pronúncia e remessa dos autos à origem, a fim de que o paciente seja submetido a julgamento pelo Júri”.

Os autos foram a mim atribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): O crime descrito na denúncia pelo Ministério Público é bárbaro, permeado de requintes de crueldade. Basta irmos à peça vestibular para que sobrevenha grande perplexidade. Senão vejamos estas passagens:

Ao localizar o Sr. João Alves de Moraes, o primeiro denunciado saiu em sua perseguição, disparando alguns tiros para o alto, como forma de intimidação, no intuito de impedir qualquer ato de defesa por parte da vítima ou de qualquer outra pessoa que viesse ao seu socorro (fls. 11-12). Assim, a vítima foi cercada pelos denunciados, os quais passaram a espancá-la com um pedaço de pau, ao tempo que lhe eram dados, também, socos e pontapés (vide fls. 13-14) - o primeiro denunciado foi quem mais bateu naquela, xingando-a de “velho safado”.

Após dominarem a vítima, os denunciados, sob o comando do primeiro, passaram a privá-la de sua liberdade, mediante sequestro, eis que jogaram a vítima, amarrada de corda, em cima da carroceria do caminhão marca Ford 4000, de cor verde, e placa JOV 3497, veículo que o primeiro denunciado conduzia – retirando aquela de sua esfera de proteção (fls. 15-16). Durante todo o trajeto percorrido, vários quilômetros, a vítima continuou sendo espancada e exposta para que todos vissem o que acontecia com todos aqueles se interpusessem no caminho dele, Joãozinho – sucessor da carreira criminosa do seu falecido pai, Domingos Batista.

(...)

O primeiro denunciado e seus comparsas seguiram viagem com a vítima sequestrada e, adiante, pararam no bar de Sinvaldo, próximo ao local denominado Ponto do Maneca onde novamente a vítima foi exposta ao público naquele estado lastimável em que se encontrava: amarrada de corda dos pés ao pescoço e bastante lesionada. Os órgãos internos do corpo da vítima, como o fígado, já estavam comprometidos pelo espancamento desumano que sofrera, por isto a intensa sede que sofria, levando-a a constantemente a pedir água, porém sempre que assim procedia, ou gritava por socorro, era novamente espancada por seus algozes na frente dos que se encontravam presentes.

(...)

Consta ainda de depoimentos colhidos que o primeiro denunciado, enquanto a vítima lhe pedia água, chegou a urinar na sua boca.

(...)

A vítima ainda chegou a ser jogada do caminhão pelos denunciados e abandonada a sua própria sorte para morrer lentamente (fls. 18-23).

Entretanto, mesmo diante desse quadro fático sinistro, sendo certo que a questão principal de que se cuida – excesso de prazo – já foi analisada em outro *writ* manejado no Tribunal de origem, observo que o paciente encontra-se preso desde 23 de março de 2005, ou seja, há exatos 5 anos e ainda não foi realizado o Júri Popular. É bem verdade que contra a decisão de pronúncia vem a defesa recorrendo incansavelmente, estando pendente de apreciação, no momento, agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial. Registre-se, por oportuno, que foram apresentados, em sequência, recurso em sentido estrito, embargos de declaração, recurso especial, recurso extraordinário, outros embargos de declaração, agravo regimental e agravo de instrumento, este último distribuído, em 16.10.2009, equivocadamente, ao que parece, para o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

De qualquer forma, tal circunstância, vale dizer, a interposição sucessiva

de recursos contra a pronúncia - estando a discussão em sede excepcional - não impede que se dê prosseguimento ao julgamento do paciente pelo Júri Popular, conforme entendimento desta Corte, senão vejamos:

A - Recurso em *habeas corpus*. Homicídio. Pronúncia. Oferecimento do libelo. Inauguração da segunda fase do procedimento do Júri. Pendência de recursos de índole excepcional. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Ausência de oitiva do assistente da acusação para oferecimento de contrariedade ao libelo. Constrangimento ilegal inexistente.

1. *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.*

2. (...).

3. Recurso a que se nega provimento. (RHC n. 22.317-PR, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 15.06.2009)

B - Recurso especial. Ausência de contrariedade à lei federal. Violação do artigo 619.

- Tribunal do Júri. Nulidade do julgamento. Inexistência de trânsito em julgado da sentença de pronúncia.

- (...).

1. (...).

2. *Segundo reiterado entendimento desta Corte, a inexistência do trânsito em julgado da sentença de pronúncia não é motivo suficiente para impedir o julgamento pelo Júri se a discussão encontra-se em sede excepcional.*

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. (...).

7. (...).

8. (...).

9. (...).

10. Recurso especial parcialmente provido pelo voto médio da Relatora, apenas para redimensionar a reprimenda penal ao quantum de 15 anos de reclusão. (REsp n. 1.012.187-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 20.10.2008)

Daí que a estática processual não pode ser atribuída a defesa. Na verdade, nada justifica que a realização do Júri tenha tamanha demora. Com isso, o paciente ultrapassa os 5 anos preso cautelarmente e, em caso de eventual condenação, muito provavelmente já terá direito à progressão de regime – nesse particular impõe ressaltar que o crime foi cometido antes do advento da Lei n. 11.464/2007, que prevê o lapso de 2/5 para a progressão. Ou seja, se condenado, deverá ou poderá ser conduzido diretamente ao regime semiaberto.

Não vejo sentido algum, portanto, em se manter preso o paciente. Faço minhas as palavras do ilustre Ministro Nilson Naves quando disse, em recente julgamento, que “Estando preso o réu, impõe-se seja rápido o seu julgamento, isto é, que seja julgado dentro de prazo razoável. Foi escrito o seguinte: toda pessoa detida tem direito de ser julgada dentro de prazo razoável (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º); a todos é assegurada a razoável duração do processo (Constituição, art. 5º, LXXVIII). Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei, o caso é de coação ilegal”. (HC n. 129.774-CE, DJe de 1º.02.2010)

Nesse sentido, ainda:

A - Recurso em *habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Crime cometido em 1986. Decisão de pronúncia, no ano de 1994, com decretação da prisão. Recorrente que permaneceu foragido até o ano de 2004. Alegação de falta de fundamentação. Improcedência. Prisão lastreada na necessidade de resguardar aplicação da lei penal. Réu custodiado em outra unidade da Federação. Necessidade de recambiamento. Excesso de prazo na segregação. Constrangimento ilegal configurado.

1. (...).

2. (...).

3. *Entretanto, a ordem comporta concessão de ofício, pois o recorrente se encontra preso desde 27.09.2004 – ou seja, há quase 5 (cinco) anos – sem que tenha sido submetido a júri. Embora não se descuide de que as providências administrativas indispensáveis ao recambiamento do acusado demandem certo período, mostra-se desarrazoada a manutenção da prisão por tamanho lapso temporal.*

4. (...).

5. Recurso ordinário a que se nega provimento. *Habeas corpus* concedido de ofício para, reconhecendo excesso de prazo na formação da culpa, determinar se expeça alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso o recorrente. (RHC n. 17.524-PR, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 08.09.2009)

B - Penal Processual Penal. Homicídio qualificado. 1. Prisão relaxada excesso de prazo. Ulterior prisão. Decisão de pronúncia. Fato concreto superveniente a justificar a custódia. Inocorrência. Constrangimento ilegal. Ocorrência. 2. Excesso de prazo. Paciente pronunciado há 3 anos e meio. Ocorrência 3. Ordem concedida.

1. (...).

2. A Súmula n. 21 deste Tribunal não impede o reconhecimento do excesso de prazo nos casos em que a demora para o julgamento revela-se irrazoável. O paciente preso, pronunciado há 3 anos e meio não pode suportar o ônus da demora estatal.

3. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, sob o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo. (HC n. 70.562-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º.07.2009)

Assim, forçoso é o reconhecimento do excesso de prazo, no caso, o que o faço na oportunidade.

Por fim, cabe salientar que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho já determinou a remessa do aludido agravo de instrumento - Ag n. 1.205.997-BA - ao meu gabinete, consultando acerca de eventual prevenção com o presente *writ*, prevista a publicação do despacho para o próximo dia 25 de março, devendo ser analisado brevemente.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para que o paciente aguarde em liberdade o seu julgamento pelo Júri Popular, devendo, contudo, comparecer aos atos processuais restantes, sob pena de nova prisão.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 25.228-RS (2009/0004888-1)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrente: Munir Chiquie Dippo
Recorrente: Marco Antônio Fonseca Chiquie
Recorrente: Jean Paulo Fonseca Chiquie
Recorrente: Eduardo Marques Villas Boas
Recorrente: Marcelo Timoni

Advogado: Walter Borges Carneiro e outro(s)
Recorrido: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

EMENTA

Descaminho (caso). *Habeas corpus* (cabimento). Matéria de prova (distinção). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Processo administrativo-fiscal (pendência). Ação penal (extinção).

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

2. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, há de se entender que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade, e tal entendimento também se aplica ao crime de descaminho (Cód. Penal, art. 334).

3. Em hipótese que tal, o descaminho se identifica com o crime contra a ordem tributária. Precedentes do STJ: HCs n. 48.805, de 2007, e 109.205, de 2008.

4. Na pendência de processo administrativo no qual se discute a exigibilidade do débito fiscal, não há falar em procedimento penal.

5. Recurso ordinário provido para se extinguir, relativamente ao crime de descaminho, a ação penal.

ACÓRDÃO

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

O Dr. Walter Borges Carneiro fez sustentação oral em favor de Munir Chiquie Dippo, Marco Antonio Fonseca Chiquie, Jean Paulo Fonseca Chiquie, Eduardo Marques Villas Boas e Marcelo Timoni.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 08.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o presente recurso ordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que denegara lá a ordem consoante a seguinte ementa:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Descaminho. Crime contra a ordem tributária. Objetividade jurídica distinta. Crédito tributário. Constituição definitiva. Independência das instâncias.

O trancamento de ação penal por meio da angusta via do *habeas corpus* consiste em medida excepcional, somente aceita pelos Tribunais pátrios quando demonstrada, inequivocamente, a ausência de justa causa hábil à instauração da *persecutio criminis in judicio*.

Há inequivocamente diferença entre o crime de descaminho e o contra a ordem tributária. São tipos penais com objetividade jurídica distinta, não podendo ser aplicado o mesmo entendimento para ambos, no que se refere à condição objetiva de punibilidade. O delito de contrabando ou descaminho tutela a Administração Pública, em especial o erário, protegendo também a saúde, a moral, a ordem pública. De outro modo, no crime do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, o bem jurídico protegido é a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Neste delito, exige-se o resultado naturalístico, tanto que o pagamento do tributo extingue a punibilidade (artigo 34 da Lei n. 9.249/1995), ao contrário do descaminho, no qual, mesmo que declarado o perdimento da mercadoria ou tendo sido paga a exação tributária, não há qualquer conseqüência no âmbito penal.

A conclusão do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a deflagração do processo-crime pela prática de delito do artigo 334 do CP, tampouco a constituição definitiva do crédito tributário é, no caso, pressuposto ou condição objetiva de punibilidade.

Os tributos exigidos, na hipótese de descaminho, cumprem função extrafiscal, ao contrário, do crime contra a ordem tributária. A extrafiscalidade, nas palavras de Hugo de Brito Machado, configura-se “quando seu objetivo principal (do tributo) é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros” (*in Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61).

Sustentam os recorrentes que a ação penal contra eles intentada deve ser extinta por falta de justa causa, visto que, relativamente ao débito fiscal, ainda não houve decisão definitiva no âmbito administrativo, o que impediria o recebimento da denúncia, conforme a atual jurisprudência. Aduzem, ainda, que, apesar de se encontrar tipificado no Cód. Penal, o crime de descaminho possui a mesma natureza daqueles previstos na lei que define os crimes contra a ordem tributária, razão pela qual não há motivos para tratamento diferenciado entre eles.

O Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Francisco Sobrinho) opinou pelo desprovimento do recurso. Eis a ementa do parecer:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ação penal. Trancamento. Descaminho e sonegação fiscal. Encerramento do processo administrativo. Condição de procedibilidade e de punibilidade. Inexistência.

1) O crime de descaminho difere do crime tributário. A política tributária relacionada ao comércio exterior objetiva regular, por um lado, a disponibilidade de produtos, bens e serviços disponíveis à população, e, por outro, o estoque das reservas de divisas nacionais; também visa à proteção do parque produtivo e do mercado de trabalho nacionais. A conduta do descaminho, ao iludir o pagamento do tributo devido pela importação ou exportação, acaba por elidir essa política, causando lesão àqueles bens jurídicos já mencionados.

2) “Se a principal função dos tributos devidos por ocasião de importação ou exportação de mercadorias não é o aporte de recursos ao Tesouro, então não se pode conceber uma relação direta entre a tipicidade da conduta e a dispensa, pelo fisco, da cobrança respectiva, de modo que, elevado o montante da renúncia fiscal, ficaria também redimensionado o critério para aferição do enquadramento típico da conduta.”

3) “Se a mercadoria é proibida de ingressar ou sair do país, o simples fato de fazê-lo consuma o crime, embora não se tenha produzido um resultado passível de realização fática.”

Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Ultimamente, veio aos autos esta petição:

Munir Chique Diplo e outros, por seu advogado infra-assinado, nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente, requer se digne agendar, se possível, com a devida brevidade, senão de imediato, a apreciação e julgamento do remédio constitucional em epígrafe, tendo em vista que o feito encontra-se concluso desde fevereiro e considerando o quadro a seguir:

1. Os pacientes estão na iminência de padecerem gravosos, precários e injustos prejuízos, na proporção em que a decisão de primeiro grau, na Ação Penal n. 2007.70.00.016026-7 (PR), já se encontra na iminência de ser prolatada, antes da necessária constituição definitiva do pretense crédito tributário, conforme fazem certas as certidões expedidas pela Receita Federal em anexo *in* Docs. 1 e 2.

2. Em verdade, já experimentam efeitos concretos de decisão prematura, com infinitas medidas assecuratórias, hipotecas legais, apreensão de estoques com as quais se afetam o seu capital de giro e o necessário crédito para o prosseguimento da empresa que concede próximo de 200 (duzentos) empregos diretos, recolhe mais de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) anuais, enquanto que não participou das atividades aduaneiras aventadas, na espécie, não dispendo de habilitação do Siscomex, dependendo apenas de 5% (cinco) por cento de produtos de origem estrangeira para a sua atividade, adquiridos no mercado interno após nacionalizados e com pagamentos após as efetivas entregas, mediante a expedição de notas fiscais.

3. Nesta oportunidade, oferece, também, *in* Doc. 3, cópia do “Termo de Verificação Fiscal”, comprovando que só na data recente de 02.06.2009, dois anos após o recebimento da denúncia, se iniciou o Procedimento Administrativo, em relação ao qual estima demandar, no mínimo, mais de 12 (doze) meses para se concluir, considerando as inúmeras instâncias previstas na legislação regente, conquanto se tem esperança do acatamento de seus recursos por manifesta boa fé, tratando-se de compras na ordem interna através de notas fiscais.

Parece oportuno lembrar que o eminente Relator Doutor Nilson Naves, acompanhou o voto da Ministra Jane Silva, nos julgados dos *Habeas Corpus* n. 109.205-PR e 123.342-PR, nesse próprio sodalício, Superior Tribunal de Justiça, conforme cópias em anexo *in* Docs. 4 e 5, em quadros fáticos jurídicos idênticos ao da espécie, nos quais se houve por bem de acolhê-los, decretando o trancamento das ações penais por ausência de prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa.

A propósito, no mesmo sentido, veja por fineza decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 81.611-DF, que alterou sua jurisprudência de então, a fim de entender que o crime definido no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, por ser material, depende do prévio lançamento definitivo do tributo devido, seja por considerar esse fato uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo. Vejamos:

(...)

Termos em que J. esta nos autos, com os inclusos documentos, em homenagem a segurança jurídica das decisões e a economia processual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Segundo o recurso ordinário, o que se sustentou, no Tribunal Regional, foi o seguinte: “... ser impossível a instauração da ação penal pelo ilícito de descaminho sem a prévia apuração da ilicitude fiscal.” Todavia eis o que ali se decidiu: “A conclusão do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a deflagração do processo-crime pela prática de delito do artigo 334 do CP, tampouco a constituição definitiva do crédito tributário é, no caso, pressuposto ou condição objetiva de punibilidade.” Se tal se decidiu, ficou, também, assentado que o “trancamento de ação penal por meio da angusta via do *habeas corpus* consiste em medida excepcional”.

O emprego do *habeas corpus* em casos dessa ordem tem-me sempre parecido exato, a exemplo do que venho dizendo em alguns julgados, exemplificativamente:

Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção).

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

2. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Quando fundado, por exemplo, na alegação de falta de justa causa, impõe-se sejam as provas verificadas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

3. Admite-se, sem dúvida, *habeas corpus* que questione defeitos da sentença relativos aos seus requisitos.

4. Pedido originário do qual não se conheceu. Ordem, porém, expedida de ofício, a fim de que se julgue, na origem, o mérito da impetração. (HC n. 36.824, Ministro Nilson Naves, DJ de 06.06.2005)

A propósito dos crimes contra a ordem tributária, recordaria dois outros momentos, um quando do HC n. 31.205, de 2004, outro quando do HC n. 73.353, de 2008, de ementa seguinte:

Crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Processo administrativo (inexistência). Recebimento da denúncia (impossibilidade).

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.

2. Na inexistência de processo administrativo no qual se discuta a exigibilidade de crédito tributário, não há falar em procedimento penal, menos ainda em recebimento de denúncia ofertada.

3. Ainda que possua natureza formal a prática atribuída ao paciente – aquela descrita no art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990 –, em casos que tais, de igual forma, o procedimento penal não prescinde do prévio esgotamento da esfera administrativa, ou seja, também se faz necessária a constituição definitiva do crédito tributário.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para serem subtraídos da denúncia os crimes contra a ordem tributária (arts. 1º, I, e 2º, I, da Lei n. 8.137/1990).

Quanto a se identificarem tais crimes com o descaminho, são da Ministra Maria Thereza estas palavras (HC n. 48.805, de 2007): “Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.” E, no voto, S. Exa. escreveu o seguinte:

Para o deslinde da questão jurídica apresentada no presente remédio heróico é imprescindível o cotejo analítico de dois tipos penais: sonegação fiscal e descaminho.

(...)

Da apreciação conjunta de ambos os tipos penais, tenho que tanto a sonegação fiscal quanto o descaminho têm como bem jurídico tutelado a ordem tributária.

Como já estabeleciam os romanos: *ubi eadem ratio, ibi idem ius*. Ora, se há a previsão da causa de extinção de punibilidade do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 para a sonegação fiscal, evitá-la no tocante ao descaminho representa uma quebra lógica do sistema, haja vista que a opção político-criminal da eximente é-lhe plenamente aplicável.

Este foi, por muito tempo, o entendimento do Pretório Excelso que, de tão reiterado, culminou na edição da Súmula n. 560.

Nessa oportunidade, votei da seguinte forma:

Quero crer até que a insignificância poderia ser convocada (o tributo foi pago), de sorte que não seria necessário o Penal, como lembra Roxin, isto é, “é

desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas" ("Estudos...", Renovar, 2006, p. 33). Vejam que a Relatora trata o caso como pitoresco – suposta compra de calcinhas por meio do correio. Diz ainda faltar "utilidade e presteza do emprego do processo penal".

Estou, ainda, de acordo com S. Exa. quando invoca o princípio da Súmula n. 560. De fato, o texto de 1967 foi declarando inconstitucional, primeiramente, no extinto Tribunal Federal de Recursos. Também acho que o descaminho é de cunho tributário.

Voto, pois, com S. Exa., concedendo a ordem para ter por extinta a punibilidade.

É de Jane Silva esta ementa, escrita para o HC n. 109.205, de 2008:

Penal. *Habeas corpus*. Descaminho. Trancamento da ação penal. Ausência de prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa. Natureza tributária do delito. Ordem concedida.

1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.

Há, entre nós, como se vê, vozes opostas à orientação do acórdão regional.

Recordaria, também, o que escrevi para o HC n. 31.205, de 2004. Diria, ainda, que as garantias constitucionais – e estamos versando a de o contribuinte somente estar obrigado a pagar o tributo nos termos da lei – devem ser observadas. É inadmissível a utilização da ação penal como forma de compelir o acusado a pagar tributo antes da conclusão do procedimento administrativo fiscal. Ademais, há outra circunstância a impor a necessidade do prévio exaurimento da via administrativa, a saber, a garantia da ampla defesa. Ora, caso se admita a instauração da ação penal antes da conclusão final no âmbito administrativo, o processo penal – que possui a função de proteção dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos imprescindíveis à sua coexistência – se transmudará em instrumento de cobrança. Estou aqui garantindo um direito

– diria, sagrado direito – de todos, a saber, o direito a um processo legal, a um processo legítimo, enfim, a um processo justo. Ora, constranger alguém a render-se incondicionalmente às exigências do fisco significa exigir que renuncie não só à faculdade de impugnar o lançamento administrativo do crédito, mas também às garantias inerentes ao devido processo legal.

Voto, pois, pelo provimento do recurso ordinário a fim de extinguir, relativamente ao crime de descaminho, a Ação Penal n. 2007.70.00.016026-7, é claro, sem prejuízo doutra no pormenor, se e quando oportuna.

RECURSO ESPECIAL N. 503.960-SP (2003/0004872-8)

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

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Bley do Nascimento de Amorim

Advogado: Euro Bento Maciel Filho

EMENTA

Recurso especial. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Aposição de fita isolante na placa. Falsificação grosseira. Absoluta impropriedade do meio utilizado. Fé pública que permanece incólume. Nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado. Atipicidade da conduta.

1. A aposição de fita isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado.

2. O delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e, especialmente, a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel.

3. No caso concreto, observa-se que a colocação de fita isolante para alterar letra da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer cidadão, por mais incauto que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida.

4. Extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo se ocupar de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido.

5. Não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. A crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto *o meio utilizado é absolutamente inócuo* ao delito de adulteração de veículo automotor.

6. A punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada.

7. Recurso especial 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), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

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

DJe 19.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se, na origem, de *habeas corpus* impetrado em favor do recorrido Bley do Nascimento de Amorim, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu a ordem, em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus objetivando o trancamento de ação penal, por falta de justa causa, promovida contra proprietário de automóvel que teria modificado letra da chapa individualizadora de veículo. Fato atípico. Mera infração administrativa. Ordem conhecida e concedida para travar o persecutório, ante a inexistência de sustentação fático-jurídica.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República.

Alega o recorrente que o acórdão impugnado divergiu do entendimento deste Superior Tribunal, no julgamento do HC n. 8.949-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJ de 25.10.1999. Sustenta, em síntese, que a conduta é típica, pois o recorrido alterou a placa do veículo, ato que se insere no tipo penal descrito no artigo 311, *caput*, do Código Penal.

Com contrarrazões, o recurso foi admitido.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Em meu ver o acórdão vergastado não merece reparos.

Primeiramente observo que a aposição de fita adesiva ou isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado.

Ressalte-se que o delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e especialmente a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel.

Nesse sentido é o escólio de Paulo José da Costa Júnior, *in Código Penal Comentado*, Ed. Saraiva, 7ª edição, pág.:

1. Conceito

Os veículos automotores dispõem, em seu chassi, ou em alguma parte visível do motor, de número e sinal identificador. Para proceder à revenda do veículo subtraído, os meliantes principiam pela remarcação dos sinais identificadores do mesmo, sobretudo o chassi.

2. Objetividade Jurídica

O dispositivo em foco destina-se precipuamente a impedir ou dificultar a remarcação ou adulteração do chassi ou de qualquer sinal identificador do veículo automotor, na luta contra a criminalidade do furto e do roubo de carros. Assim, empresta-se tutela igualmente ao patrimônio. (p. 976-977)

Na mesma esteira, sob a coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stocco, *in Código Penal e sua Interpretação*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, p. 1.429, José Silva Júnior e Guilherme Madeira Dezem, ao comentar o delito imputado ao paciente lembram os motivos que levaram à sua criação:

A “Exposição de Motivos”, acostada à Mensagem 784-MJ, da Presidência da República, encarece que “procurando coibir a adulteração ou remarcação de chassi ou sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento”, foi criado tipo autônomo – Lei n. 9.426, de 24.12.1996, ora sob análise - no Capítulo IV De outras falsidades., do Título X (Dos crimes contra a fé pública). Para tanto, o legislador alterou os artigos antecedentes - o art. 310 passou a parágrafo do art. 309, enquanto o 311 (primitivo veio a ocupar aquele lugar. No espaço aberto, insere-se o novo dispositivo sob a rubrica: “*Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Aos órgãos de persecução penal, deferem-se instrumentos legais adequados à repressão de uma grave e crescente forma de criminalidade no momento em que avultam os prejuízos patrimoniais, acompanhados, em grande número de casos de violência, contra pessoa, corrupção e criminalidade organizada*”. Está clara a finalidade de proteger a confiança que o

público em geral deposita em sinais a que a lei atribui valor jurídico. Objetiva o legislador resguardar a intangibilidade desses sinais. (grifamos)

No caso concreto, observa-se que a colocação de fita adesiva ou isolante para alterar letra ou número da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer pessoa, por mais incauta que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida.

Na realidade, extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo ocupar-se de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido.

Sabe-se que a doutrina e jurisprudência são refratárias à aplicação do princípio da insignificância aos crimes praticados contra a fé pública. Entretanto, friso que não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. De fato, a crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto *o meio utilizado é absolutamente inócuo* ao delito de adulteração de veículo automotor.

Cabe, de tal arte, a preciosíssima lição de Ruperto Nunez Barbero: *“A norma penal não vige na abstração, mas opera na concreta realidade dos fatos, e no contexto efetivo e real destes, deve ser examinada, para eventual aplicabilidade, à vista da idoneidade de meio empregado ou impossibilidade de incidência na hipótese de inaptidão da conduta para ofender o bem jurídico tutelado.”* (“El delito imposible”, p. 110).

Por derradeiro, observo que a punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada.

Posto isso, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.