



---

Jurisprudência da **Quinta Turma**

---

**HABEAS CORPUS N. 94.543-RJ (2007/0269461-2)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho  
Relator para acórdão: Ministro Arnaldo Esteves Lima  
Impetrante: Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco e outro  
Advogado: Frederico Donati Barbosa  
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região  
Paciente: Maria Pia Esmeralda Matarazzo  
Paciente: Victor José Velo Perez  
Paciente: Renato Salles dos Santos Cruz

---

**EMENTA**

Processual Penal. *Habeas corpus*. Inundação e crime ambiental. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Ocorrência. Delitos omissivos. Garante. Art. 13, § 2º, do Código Penal. Requisitos objetivo e subjetivo. Não-preenchimento. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. Para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor.

2. Ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta.

3. Ordem concedida.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves

Lima, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator para acórdão

---

DJe 13.10.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de *Maria Pia Esmeralda Matarazzo, Victor José Velo Perez e Renato Salles dos Santos Cruz*, em adversidade ao acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem em *writ* anterior. O aresto restou assim ementado:

Penal. Delito Ambiental. Agente garantidor. Nexo de causalidade. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.

1. Só há ausência de justa causa a ensejar o trancamento da ação penal através de *habeas corpus*, quando comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Além disso, dada a excepcionalidade do trancamento da ação penal, em sede de *habeas corpus*, é necessário que o constrangimento ilegal sofrido seja manifesto, perceptível *primus ictus oculi*.

2. Em se tratando de crime comissivo por omissão e de perigo, há justa causa suficiente para que a ação penal tenha seu regular prosseguimento, também em face do ora paciente, até mesmo porque, em face de sua posição de Diretor Financeiro da Indústria Matarazzo de Papéis S/A, pode ter participado da decisão de ignorar a advertência feita, sendo possível, pois, que ocupasse a posição de agente garantidor.

3. As decisões do poluidor são tomadas em determinada data, mas as consequências só vêm a aparecer (se aparecerem) tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação não só da situação de fato existente na data da ocorrência, mas também de toda a perspectiva de causalidade do dano, vista a partir de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

4. A omissão em atender a advertência dos experts, não se constitui em inclusão de uma causa remota na cadeia causal do dano, com regresso ao infinito, vez que pode ter contribuído de forma direta e imediata para a ocorrência do dano ambiental, ainda que vários anos depois, em equivalência das condições e causalidade adequada, o que só se poderá verificar com o andamento da Ação Penal.

5. Ordem denegada (fls. 605).

2. Depreende-se dos autos que os pacientes foram denunciados pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 254 do CPB (causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem), 54, *caput*, § 2º III, e 68, *caput*, estes últimos da Lei n. 9.605/1998 (causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade e deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental), em razão do rompimento da barragem B, situada na Fazenda Bom Destino, ocorrido em 29 de março de 2003, no Município de Cataguazes-MG.

3. Alegam os impetrantes, em síntese, que em 23 de agosto de 1994, a **Indústria Matarazzo de Papéis** perdeu a propriedade da Fazenda Bom Destino, por força de carta de adjudicação passada a diversos de seus funcionários como resultado de ação trabalhista movida perante a Justiça do Trabalho. Os adjudicantes, por sua vez, em 12 de janeiro de 1996, venderam o terreno à empresa Florestal Cataguazes Ltda., que, a partir de então, tornou-se a proprietária da Fazenda Bom Destino, com a devida averbação no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Cataguazes-MG (fls. 7-8). Portanto, continuam, não lhes cabia qualquer ação para evitar dano em imóvel que não lhes pertencia há 10 anos, razão pela qual postulam o trancamento da Ação Penal, sob a alegação de falta de justa causa.

4. Foi deferido o pedido de tutela liminar aos pacientes, *exclusivamente para sustar os interrogatórios judiciais* (fls. 1.510-1.512, 1.557-1.559) e também ao co-réu Luiz Henrique Serra Mazzili (fls. 1.587-1.589).

5. O ilustre Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

*Habeas corpus*. Crimes contra o meio ambiente. Pleito de trancamento da ação penal fundado na ausência da participação dos pacientes no evento delituoso. Questão controversa. Matéria probatória. Irretroatividade da lei penal.

1. Se para aferir a responsabilidade dos pacientes é necessário o exame aprofundado de provas, eis que se trata de questão controversa, é inviável sua análise na via estreita do *writ*.

2. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção de punibilidade (RHC n. 13.976-SP e HC n. 85.542-RN).

3. Na fase do recebimento da denúncia, o Juiz deve aplicar o princípio *in dubio pro societate*, verificando a procedência da acusação o curso da ação penal, de forma a assegurar ao réu o exercício do direito de defesa e o respeito ao contraditório. A rejeição da denúncia constitui-se em antecipação do juízo de mérito e cerceia o direito de acusação do órgão Ministerial.

4. A alegação de irretroatividade da lei penal não foi analisada na instância de origem, motivo pelo qual não pode ser conhecida nesta instância, sob pena da vedada supressão de instância.

5. Parecer pela denegação da ordem (fls. 1.534-1.534).

6. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator):

*Habeas corpus* preventivo. Crimes ambientais (inundação e poluição). Delitos comissivos por omissão. Trancamento da ação penal. Ausência de participação dos pacientes no evento delituoso. Questão controvertida. Necessidade de dilação probatória incompatível com o *mandamus*. Materialidade comprovada. Indícios de autoria. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. O trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

2. Não se pode negar que se apuram condutas comissivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade da barragem que se rompeu e causou o gigantesco desastre ambiental, bem como da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico.

3. As decisões tomadas em determinada data podem ser decisivas quando se trata de crime ambiental, pois suas conseqüências só aparecem tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

4. Na hipótese, não se pode olvidar que bem antes de os pacientes perderem a propriedade da fazenda em que situada a barragem que se rompeu, foram alertados sobre a necessidade de seu esvaziamento, eis que construída em caráter absolutamente provisório. Havendo omissão em atender a essa advertência, sua relevância e o nexo de causalidade com o evento criminoso, ocorrido anos depois, somente poderá ser verificado por meio do regular andamento da Ação Penal, sob o crivo do amplo contraditório.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada, para determinar o regular prosseguimento da Ação Penal, cassando-se as liminares anteriormente concedidas.

1. O Tribunal *a quo*, no que interessa, aduziu o seguinte:

Através de uma leitura da denúncia em questão, pode-se perceber que os fatos atentatórios ao meio-ambiente são inegavelmente descritos de forma minuciosa, fixando a materialidade delitiva, na medida em que relata o rompimento, ocorrido no dia 29.03.2003, de uma das barragens de resíduos industriais, situada na Fazenda Bom Destino, em Cataguases-MG, desastre ambiental que implicou no vazamento de 500.000.000 (quinhentos milhões) de litros de um líquido composto de lignina (chamado de “licor negro”) e sais utilizados no processo de digestão da madeira (hidróxido de sódio, sulfeto de sódio e carbonato de cálcio) sobre as propriedades e culturas agrícolas da região, que restaram destruídas.

Resta avaliar então se há indícios suficientes de autoria, em relação ao paciente.

A denúncia imputou ao paciente, dentre outros, a responsabilidade penal pelo desastre ambiental, porque, como Diretor Financeiro do Grupo de Sociedades Matarazzo ocuparia a posição de garante, razão pela qual teria o dever de agir de forma a evitá-lo.

Num primeiro momento, em sede de mera análise perfunctória, pareceu-me que, pelo fato de a posse, gozo e domínio da gleba rural denominada Fazenda Bom Destino não mais pertencer à Indústria Matarazzo de Papéis S/A, por ter sido adjudicada aos reclamantes da Ação Trabalhista n. 1.015/1993, em 23.08.1994, antes, portanto, da data do rompimento da barragem de resíduos industriais, ocorrido em 29.03.2003, o ora paciente não poderia deter a posição de agente garantidor, por não mais estar incumbido do “dever de agir” para evitar o resultado danoso, razão pela qual deferi a liminar para suspender os atos processuais, até o julgamento do presente.

Ocorre que, em suas informações, destacou a MM<sup>a</sup>. Juíza impetrada que, em 05.10.1990 – data em que a propriedade da Fazenda Bom Destino ainda era da empresa denunciada – foi a empresa advertida, pelo Diretor da Vector Projetos Integrados SC Ltda. – empresa projetista de barragens – que a barragem “B” (justamente a que se rompeu) deveria ser desativada após abril de 1993, destacando o risco de perda de resistência do aterro em questão.

Assim sendo, em se tratando de crime comissivo por omissão e de perigo, há justa causa suficiente para que a ação penal tenha seu regular prosseguimento, também em face do ora paciente, até mesmo porque, em face de sua posição de Diretor Financeiro da Indústria Matarazzo de Papéis S/A, pode ter participado da decisão de ignorar a advertência feita, sendo possível, pois, que ocupasse a posição de agente garantidor.

Em temas de Direito Criminal Ambiental, pode-se observar que as decisões do poluidor são tomadas em determinada data, mas as conseqüências só vêm a aparecer (se aparecerem) tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação não só da situação de fato existente na data da ocorrência, mas também de toda a perspectiva de causalidade do dano, vista a partir de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental.

Como destacado pelo ilustre Procurador da República, em seu parecer:

Em suma, independentemente da barragem ter-se rompido 09 anos após a arrematação do imóvel, *está comprovado que competia ao paciente a sua desativação em abril de 1993, época em que a propriedade era das Indústrias Matarazzo de Papéis S/A, de acordo com as informações dos projetistas, às fls. 456-460. (fls. 477)*

Por óbvio que não estou aqui entendendo comprovada a culpabilidade do paciente – como o fez o MPF, por força de sua verve lingüística – mas apenas afirmando que há indícios suficientes de autoria, a justificar o prosseguimento da Ação Penal.

Destaque-se, por fim, que não se está defendendo a inclusão de uma causa remota na cadeia causal do dano, com regresso ao infinito, vez que a omissão em atender a advertência dos *experts* pode ter contribuído de forma direta e imediata para a ocorrência do dano ambiental, ainda que vários anos depois, em equivalência das condições e causalidade adequada, o que só se poderá verificar com o andamento da Ação Penal.

2. É fato incontroverso que, em 29.03.2003, houve o rompimento da *Barragem B de rejeitos químicos industriais, subprodutos da fabricação de papel, da Fazenda Bom Destino, localizada no Município de Cataguazes-MG, causando um desastre ambiental gigantesco (poluição de rios, destruição de casas e plantações, matança de animais, afetando, no total, doze municípios em três Estados.*

3. Também é incontroverso que as *Indústrias Matarazzo de Papéis S/A*, empresa da qual os pacientes eram controladores ou acionistas, perdeu a propriedade da Fazenda Bom Destino em 14.09.2004, por força de uma carta de adjudicação extraída dos Autos da Reclamação Trabalhista n. 1.015/93. Em 1995, os adjudicantes, antigos funcionários das *Indústrias Matarazzo*, venderam

o terreno à empresa *Florestal Cataguazes Ltda*, conforme averbação no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Cataguazes-MG, empresa esta, por sua vez, que faz parte do grupo da *Indústria Cataguazes de Papel*.

4. Ocorre que, como consta dos autos, a *Indústria Matarazzo*, em 1990, recebera advertência da empresa construtora das duas barragens existentes na Fazenda Bom Destino, *Vector Projetos Integrados S/C Ltda.*, de que aquelas tinham sido construídas de maneira provisória, para solucionar o problema emergencial do resíduo tóxico da referida indústria de papel, e que sua vida útil era limitada, devendo a barragem A (não rompida) ser desativada após junho/1991 e a barragem B após abril/1993.

5. Ao meu sentir, essa circunstância, por ora, é suficiente para determinar o prosseguimento da Ação Penal.

6. Como ressaltado nas informações prestadas pelo MM. Juiz de primeiro grau, o crime previsto no art. 254 do CPB é de perigo, bastando para sua configuração que os bens protegidos tenham sido colocados em risco, como o foram.

7. Não se pode negar que se apuram condutas comissivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade das referidas barragens e da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico. É ler, no que interessa, a inicial acusatória:

Isto explanado, duas ordens de indagação surgem para o fechamento do juízo de tipicidade por parte do *Parquet* federal. A primeira, se a omissão das condutas esperadas, como narrado na primeira parte da denúncia, subsume-se ao disposto na cabeça do artigo 13 do CP, sendo, pois, causa do resultado. A segunda, se os denunciados deviam na qualidade de garantidores do evitamento do resultado, e logo, de suas consequências, ter realizado ou mandado realizar as ações e operações necessárias à manutenção do equilíbrio e integridade da barragem, além do esvaziamento do reservatório, satisfazendo, assim, as exigências típicas previstas no § 2º, e letras, do art. 13 do CPB.

A primeira indagação desafia pronta resposta. Da narração dos fatos e das provas colhidas em fase inquisitorial, restou indubitado que desde junho de 1991 o reservatório deveria ter sido esvaziado, o uno mínimo, deveria ter sido incoado um processo de desativação. Esta é a ação esperada, mas omitida pelos denunciados. Sendo certo que pela aplicação da teoria da *conditio* na omissão (CP, 13, cabeça, segunda parte), o não esgotamento do conteúdo dos reservatórios foi causa do resultado inundação das terras e corpos d'água à jusante, bem como da poluição dos Rios Federas, pelo vazamento do licor negro.

(...).

Pela mesma razão (crime omissivo), é desinfluyente à verificação de autoria o fato de que, após o rompimento da barragem, ou as suas vésperas, este ou aquele denunciado já não integrasse o quadro societário. É que, forte no artigo 29 do CP, todos aqueles que, em algum instante, deviam agir e não agiram são autores. Cuidássemos nós de um crime omissivo, de um fazer, e seria relevante o argumento de quem afirmasse não poder a conduta lhe ser imputada, pela singela razão de ter saído depois dela. Mas repito, trata-se de omissão, ou seja, de ação devia e não realizada ao longo do tempo.

(...).

Mas não é só. Há, neste caso, uma singularidade capaz de ligar, *ab initio*, os diretores ao conhecimento da ação esperada de esvaziamento dos reservatórios. É que, por concepção, as barragens foram projetadas para serem desativadas em dois anos. É dizer, em toda a fase de tratativas contratuais e pré-contratuais, a necessidade de esvaziar o reservatório foi posta em causa (até por determinação do órgão ambiental). Não é por outra razão que o projetista, forte na premissa da provisoriedade, instou a Indústria Matarazzo a cumprir o contratado e desativar os reservatórios.

Não há olvidar que, de início, a Empresa Matarazzo lançava rejeitos diretamente em um corpo hídrico (Córrego Meia Pataca). Alertada pelas autoridades, viu-se compelida a dar outra destinação aos rejeitos. A solução alvitrada foi uma caldeira para reaproveitamento da soda cáustica (um dos componentes da lixívia). Estas não foram construídas. Optou-se pelo armazenamento, em barramento de terra compactada (barragem) com solução temporária, paliativa. Assim, não há negar que, antecessores e sucessores, sempre operaram com o conceito de provisoriedade das barragens. Ou seja, os diretores tinham conhecimento de que deviam mandar ações e operações tendentes ao esvaziamento do reservatório (fls. 61-62).

8. O nexo de causalidade entre as condutas dos pacientes e o desastre ambiental é questão para ser dirimida no curso da ação penal, após o amplo contraditório.

9. Como cediço, o trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

10. Como bem alertou o ilustre representante do *Parquet* Federal, *na fase do recebimento da denúncia, o Juiz deve aplicar o princípio in dubio pro societate,*

*verificando a procedência da acusação o curso da ação penal, de forma a assegurar ao réu o exercício do direito de defesa e o respeito ao contraditório. A rejeição da denúncia constitui-se em antecipação do Juízo de mérito e cerceia o direito de acusação do órgão Ministerial.*

11. Ante o exposto, denega-se a ordem, cassando-se as liminares anteriormente concedidas, em consonância com o parecer ministerial.

12. É o voto.

#### **VOTO VENCEDOR**

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Como se viu do relatório lançado aos autos pelo eminente Relator, Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Maria Pia Esmeralda Matarazzo, Victor José Velo Perez e Renato Salles dos Santos Cruz*, sócios das *Indústrias Matarazzo de Papéis S/A*, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região que denegou a ordem originária (fl. 605).

Sustentam os impetrantes que as *Indústrias Matarazzo de Papéis S/A* não eram mais proprietária do imóvel (Fazenda Bom Destino) onde ocorreu o delito ambiental, não podendo, dessa forma, agir para evitar o dano causado pelo rompimento da barragem de resíduos industriais, motivo por que requer o trancamento da ação penal pela ausência de justa causa.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de os pacientes serem processados criminalmente, pela ocorrência de delito ambiental, em face da posição de garantidores.

Para melhor examinar a questão, o Código Penal Brasileiro, com a reforma penal de 1984, inseriu a posição de garantantes, elencando os sujeitos ativos especiais dos crimes omissivos impróprios, previsto no § 2º do art. 13:

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado.

Segundo a doutrina, a estrutura do tipo omissivo tem um aspecto objetivo e um subjetivo: o primeiro “requer que a conduta devida seja fisicamente possível, o que encontra fundamento no princípio geral de direito que impede que este ordene o impossível”; o segundo “requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão de causalidade” (ZAFFARONI e PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, Vol. I: parte geral – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 465-469).

Afirmam, ainda, que o resultado dá-se com “um nexo de evitação, isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado” (*op. cit.*, p. 465).

Os sujeitos ativos dos delitos omissivos, segundo os referidos doutrinadores, são “aqueles que se encontram na posição de garantidor, isto é, numa posição tal em relação ao sujeito passivo que lhes obrigue a garantir especialmente a conservação, reparação ou recuperação do bem jurídico penalmente tutelado” (*op. cit.*, p. 466).

De todo exposto, conclui-se que, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor.

A partir dessas considerações, colho o seguinte excerto da denúncia, no que se refere à questão em exame (fls. 59-62):

Após a análise do apurado, estamos em que a posição fática e jurídica das pessoas físicas e jurídica denunciadas, no que entende com os reservatórios, sua existência, manutenção e desativação, amolda-se a figura típica da letra “B”, § 2º, art. 13, do CPB. Por outras palavras, os denunciados efetivamente eram (são) garantidores da não-ocorrência do resultado lesivo. Vejamos.

O Grupo Matarazzo é garantidor porque contratou a construção das barragens. Ora, as barragens, do ponto de vista econômico, são obras de engenharia civil. É dizer, são bens economicamente apreciáveis (Cód. Civil, art. 79). Construídas estas, a pessoa jurídica tornou-se proprietária de um bem. Visto de outro prisma, as barragens passaram a integrar o patrimônio da empresa como *res in commercium*. Após o enchimento, o conjunto barragem-líquido não perdeu a feição patrimonial. Assim, o dever de realizar as condutas tendentes a conservar e manter integras as barragens decorre do só fato da propriedade (*propter rem*).

É escusado dizer que o grupo *Matarazzo*, como qualquer proprietário, assumiu a responsabilidade pela conservação e riscos da coisa em relação aos bens de terceiros. Ou e isso, ou teremos de admitir, absurdamente, que as barragens são *res nullius*. Outra norma não se extrai do § 1º do artigo 1.228 do Código Civil. Por outro lado, diga-se que o proprietário e responsável, a teor do artigo 937 do predito Código, pelos danos que resultaram de ruína da coisa. E, por obvio, tal responsabilidade é fundada no fato de que o proprietário assume *ipso facto* a condição de guardião da coisa.

No pertinente às posições de *garantes* dos sócios e diretores das denunciadas, uma reflexão.

Cuida-se de crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão. Em assim sendo, é um truísmo asseverar que a acusação tem o ônus de apontar e individualizar *não as condutas*, que estas inexistiram; mas, sim, o poder de cada um dos *garantes* consistente em praticar, ou mais realisticamente, decidir e ordenar a realização, pelos seus ou por terceiros, das *ação esperada* (esta, sim, como fizemos, demanda individualização). É atentatório à realidade das coisas sequer imaginar, mormente em sociedades empresarias, do porte da denunciada, que a *ação esperada e omitida* seria realizada, diretamente, por seus gerentes e diretores. O trato da questão, pois, para além de fatural, é normativo. Trata-se de uma destas duas possibilidades: decidir ou não decidir. Forte nisso, estamos em que a posição societária alcança relevância penal.

Pela mesma razão (crime omissivo), e desinfluyente a verificação de autoria o fato de que, após o rompimento da barragem, ou às sua vésperas, este ou aquele denunciado já não integrasse o quadro societário. É que, forte no artigo 29 do CP, todos aqueles que, em algum instante, deviam agir e não agiram, são autores. Cuidássemos nós de um crime comissivo, de um fazer, e seria relevante o argumento de quem afirmasse não poder a conduta lhe ser imputada, pela singela razão de ter saído depois dela. Mas, repito, trata-se de omissão, ou seja, de *ação devida* e não realizada ao longo do tempo.

Pois bem. As investigações encetadas pela Polícia Federal, através de depoimentos, inspeções e documentos, permitiram concluir, com segurança, que os sócios e gerentes da Indústria Matarazzo de Papeis S/A sabiam, como era de se esperar, da existência dos reservatórios. Como era de se esperar dizemos, visto como os reservatórios, são, ao senso do comum dos homens, um problema de tal magnitude (quem os viu, que o diga!), que não é crível, que homens de negócio, experientes, simplesmente ignorassem quase 1 bilhão de litros de um material nocivo, do qual, ao fim e ao cabo, eram e são proprietários.

Mas não e só. Há, neste caso uma singularidade, capaz de ligar, *ab initio*, os diretores ao *conhecimento da ação esperada* de esvaziamento dos reservatórios. E que, por concepção, as barragens foram projetadas para serem desativadas em dois anos. É dizer, em toda a fase de tratativas contratuais e pré-contratuais, a necessidade de esvaziar o reservatório foi posta em causa (ate por determinação do órgão ambiental). Não é por outra razão que o projetista, forte na premissa da provisoriedade, instou a Industria Matarazzo a cumprir o contratado e desativar os reservatórios.

Não há olvidar, em reforço, que, de inicio, a Empresa Matarazzo lançava rejeitos diretamente em um corpo hídrico (Córrego Meia-Pataca). Alertada, pelas autoridades, viu-se compelida a dar outra destinação aos rejeitos. A solução alvitrada foi uma caldeira para reaproveitamento da soda caustica (um dos componentes da lixívia). Estas não foram construídas. Optou-se pelo armazenamento, em barramento de terra compactada (barragem) como solução temporária, paliativa. Assim, não há negar que, antecessores e sucessores, sempre operaram com o conceito de provisoriedade das barragens. Ou seja, os diretores tinham *conhecimento* de que deviam mandar realizar ações e operações tendentes ao esvaziamento do reservatório.

Diante dos elementos do art. 13 do Código Penal acima expostos, verifica-se da denúncia que dois encontram-se presentes: o perigo para o bem jurídico tutelado e a posição de garantidor dos diretores da empresa. Todavia, no que se refere ao poder de agir, tenho que carece desse elemento para configurar a conduta omissiva dos pacientes.

De fato, na época em que a propriedade encontrava-se sob o domínio das *Indústrias Matarazzo S/A* não tenho nenhuma dúvida de que caberiam aos diretores a omissão de desativar o reservatório que deu causa à inundação e ao desastre ambiental. Nesse caso, com a não-realização da ação devida ou esperada, os diretores assumiram o risco da ocorrência do resultado (dolo eventual).

Entretanto, no caso em exame, na data em que ocorreu a inundação (29.03.2003), a propriedade já não pertencia ao grupo *Matarazzo* há mais de 9 anos, motivo pelo qual os diretores não detinham mais o *poder de agir* para interromper o processo causal que levaria ao resultado, ou seja, evitar a ocorrência da inundação.

Portanto, ausente um dos elementos objetivos – *poder de agir* – previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta dos pacientes.

Ante o exposto, com a devida vênia do eminente relator, *concedo* a ordem para trancar a ação penal.

É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 111.470-RS (2008/0161453-5)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Cláudio Luiz Dias Rodrigues e outro

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

Paciente: Maurício Fernando Silva Pinto (Preso)

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Liminar. Indeferimento. Não cabimento. Súmula n. 691 do STF. Julgamento do remédio constitucional originário. Acórdão prolatado. Fundamentação pertinente ao exposto na inicial. Superação do óbice. Conhecimento do *writ* em respeito ao princípio da celeridade processual.

1. Segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível *habeas corpus* contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância, dada a ausência de pronunciamento definitivo pela Corte de origem (Súmula n. 691 do STF).

2. O óbice inserto na Súmula n. 691 do STF, contudo, resta superado se o acórdão proferido no julgamento do *habeas corpus* originário, em que restou indeferida a liminar, objeto do *mandamus* ajuizado neste Superior Tribunal, contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faça as vezes do ato coator.

Processual Penal. Competência. Fatos criminosos diversos. Cometimento em Comarcas diferentes. Conexão intersubjetiva e continuidade delitiva. Prevenção de juízo. Nulidade relativa.

Falta de argüição no momento oportuno. Sentenças já proferidas. Preclusão. Ausência de demonstração de prejuízo. Coação ilegal não patenteada.

1. A inobservância da regra da prevenção não importa automaticamente na nulidade do feito, posto que não é absoluta, precluindo caso não arguida no momento processual oportuno e através da via correta, nos moldes do art. 108 do CPP. Exegese da Súmula n. 706 do STF. Precedentes deste STJ.

2. Não sendo oposta a exceção de incompetência na forma e momento processual oportunos, ocorre a preclusão.

3. Tratando-se de nulidade relativa, exigível a demonstração do prejuízo, não efetuado na espécie.

3. A sustentada ocorrência de conexão intersubjetiva concursal pela continuidade delitiva mesmo que viável de ser reconhecida na via restrita do *mandamus*, não seria determinante da reunião das ações penais que tramitam em juízos diversos, quando já houve sentença condenatória em ambas. Exegese da Súmula n. 235 deste STJ.

4. A aventada ocorrência de continuidade delitiva poderá ser alegada e examinada mais amplamente pelo Juízo da Execução, para fins de soma ou unificação de penas. Inteligência do art. 82, *in fine*, do Código de Processo Penal.

5. *Writ* conhecido e ordem denegada.

## ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 1º de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJe 13.10.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado via *fax* em favor de *Maurício Fernando da Silva Pinto* contra ato de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que indeferiu pleito de concessão sumária de *writ* lá ajuizado, mantendo a prisão cautelar do paciente e deixando de determinar a suspensão dos atos processuais em relação a dois processos-crime que tramitam contra ele perante o Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Sapucaia do Sul e da 10ª Vara Criminal do Foro Central da comarca de Porto Alegre (HC n. 70025104811).

Informa que levantou, perante os citados Juízos, o problema da competência para processar e julgar o réu nos dois processos, em razão da conexão intersubjetiva concursal, tendo requerido, em Porto Alegre, a suspensão do feito para que fosse feita a avocação da ação penal em trâmite perante Sapucaia do Sul, requerendo a suspensão dos atos processuais, tendo o pleito sido indeferido.

Assevera que reiterou a pretensão perante o Juízo singular e, na mesma data, impetrou *habeas corpus* na Corte originária, sob os mesmos argumentos, tendo a tutela de urgência sido indeferida e, na seqüência, o Juízo de Porto Alegre não acolheu a reconsideração.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a autoridade impetrada não poderia ter negado a liminar pretendida, haja vista a manifesta incompetência do Juízo da Vara Criminal de Sapucaia do Sul-RS, para processar e julgar os fatos lá denunciados em relação ao paciente, “face a continuidade delitiva, determinante da conexão intersubjetiva concursal entre as ações penais”, uma vez que entre o roubo ocorrido em Porto Alegre e o perpetrado em Sapucaia do Sul, ambos imputados ao paciente, passou-se menos de um mês e há identidade de modo de execução e entre os sujeitos passivos, pelo que o Juiz Natural para resolver a questão é o de Porto Alegre-RS, não podendo, portanto, ser mantida a prisão preventiva do paciente, ordenada pelo Juízo acoimado de incompetente.

Preliminarmente, alegando que o paciente é “pessoa carente de recursos financeiros para arcar com os custos totais da proposição do remédio heróico (interposição imediata via *fax*, mais o envio dos originais via *sedex* em até 5 (cinco) dias)”, visto que está encarcerado há cerca de 7 meses, “estando ele e sua família passando por dificuldades para, inclusive, sustentarem-se” e em

homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e ainda do favor rei, requereu fosse “dispensado das providências previstas no art. 2º da Lei n. 9.800/1999” (fls. 2).

Postula, no mérito, a flexibilização do enunciado na Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, para, conhecido o *writ*, seja concedida sumariamente a ordem mandamental, relaxando-se a prisão preventiva do paciente, bem como sejam suspensos os atos processuais em relação aos feitos n. 035.207.0004262-0, de Sapucaia do Sul, e de n. 001/207.0081945-3, de Porto Alegre, confirmando-se a medida ao final, quando do julgamento final do remédio constitucional, oportunidade em que pretende sejam as referidas ações penais reunidas para julgamento conjunto pelo Juízo de Direito do Foro Central de Porto Alegre-RS.

O pleito de dispensa das formalidades previstas na Lei n. 9.800/1999 foi indeferido, determinando-se, antes de qualquer deliberação, fosse o impetrante intimado para que cumprisse os ditames da lei apontada, trazendo aos autos cópia dos originais da inicial, sob pena de indeferimento sumário da inicial (fls. 82-83).

Os originais aportaram aos autos a tempo.

A liminar foi indeferida e, solicitadas informações à Corte de origem, esta as prestou, noticiando o julgamento do remédio constitucional originariamente impetrado, que findou não conhecido, bem como os Juízos de Direito das comarcas de Sapucaia do Sul-RS e de Porto Alegre-RS, que informaram a prolação de sentença condenatória em desfavor do paciente nas respectivas ações penais em questão (fls. 193, 195-196 e 197 e verso).

Instado, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Inicialmente, nos termos do Enunciado Sumular n. 691 do Supremo Tribunal Federal, não é cabível o ajuizamento de *habeas corpus* contra indeferimento de pedido de liminar em outro *writ*, salvo quando flagrante a ilegalidade ou a teratologia da decisão singular, sob pena de indevida supressão de instância.

Entretanto, este Tribunal tem se orientado pela mitigação desse entendimento, em respeito ao princípio da celeridade processual, possibilitando o conhecimento do remédio constitucional quando, comprovada a superveniência de julgamento de mérito do *habeas corpus* originário, a autoridade indicada como coatora traz aos autos cópia do aresto proferido e o seu teor, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator, exatamente como ocorre *in casu*.

Desse modo, perfeitamente viável a superação do óbice ao conhecimento do pedido.

No mérito, verifica-se que o Tribunal impetrado não conheceu do remédio constitucional lá ajuizado, em aresto assim ementado:

*Habeas corpus*. Reunião de processos. Continuidade delitiva.

1. Somente em hipóteses excepcionais admite-se a análise aprofundada da prova na via do *habeas corpus*.

2. No caso em tela, os impetrantes sustentam a existência de continuidade delitiva entre dois roubos, postulando a soltura do paciente em face da incompetência da autoridade coatora, a suspensão dos atos processuais e o julgamento conjunto dos processos, a exigir análise profunda do substrato fático existente em processos que tramitam em duas Comarcas, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Instrução dos dois processos, encerrada.

*Habeas corpus não conhecido*. (fls. 208)

Da fundamentação do acórdão percebe-se, contudo, que a Corte originária findou afastando qualquer ilegalidade na espécie, sob os seguintes fundamentos:

Alegaram os impetrantes a existência de continuidade delitiva entre os delitos de roubo objetos dos processos n. 001/2.07.0081945-3 e 035/2.07.0004262-0, sustentando ser prevento o juízo da Comarca da Capital.

Em face da alegada prevenção requerem a soltura do paciente diante da incompetência da autoridade coatora, referindo ofensa ao princípio do juiz natural, bem como a suspensão dos atos processuais e a unificação dos processos, com julgamento conjunto.

Porém, a matéria ventilada, reunião de processos por continuidade delitiva, a implicar na incompetência da autoridade coatora, o juízo da Comarca de Porto Alegre, comporta uma análise aprofundada, inviável em sede de *habeas corpus*.

Ademais, conforme as informações prestadas pela autoridade coatora, a defesa acostou pedido de suspensão do processo, o qual restou indeferido, encontrando-se encerrada a instrução (fl. 28 e v.).

De igual modo informou o juízo da Comarca de Sapucaia do Sul, tendo sido a instrução encerrada em 07.05.2008 (fls. 36-37).

Por fim, tem-se que a continuidade delitiva poderá ser analisada, após, junto ao juízo da execução penal.

No caso em apreço, não se vislumbra nenhuma ilegalidade manifesta que pudesse ensejar a impetração do *writ*.

Isso posto, não conheço do *habeas corpus*. (fls. 211 e 212).

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que no dia 10.10.2007, por volta das 19h30min, o paciente, juntamente com outros dois indivíduos não identificados e um terceiro, também denunciado posteriormente, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraiu de estabelecimento comercial localizado na Avenida Azenha, Bairro Azenha, em Porto Alegre-RS, 93 aparelhos celulares, 2 chips, 420 cartões eletrônicos e outros objetos, mercadorias avaliadas em R\$ 49.696,43, consoante narra a denúncia acostada a fls. 24-25 dos autos, sendo, por isso, acusado de infringir o previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Consta que a denúncia foi recebida pelo Juízo de Direito da 10ª Vara Criminal do Foro Central da comarca de Porto Alegre-RS e que, encerrada a instrução, findou o paciente condenado, consoante informação daquele Juízo, ao cumprimento de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por violação ao art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Infere-se também que o paciente, em 07.11.2007, por volta das 19h, juntamente com o mesmo comparsa, mediante grave ameaça pelo emprego de arma de fogo e com restrição à liberdade das vítimas, subtraiu de loja situada na Rua Ulisses Cabral, 122, em Sapucaia do Sul-RS, diversos celulares e objetos, avaliados em R\$ 65.320,16, conforme denúncia de fls. 122-124, sendo, por isso, acusado de infração ao art. 157, § 2º, I, II e V, do CP.

Das informações do Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Sapucaia do Sul-RS, verifica-se que a exordial acusatória foi recebida e, finda a fase de colheita de provas, foi prolatada sentença condenando o paciente pelo cometimento dos delitos capitulados na inicial.

Alega o impetrante que o Juízo de Direito da 10ª Vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre estaria prevento para o processamento e julgamento de ambas as ações penais, dada continuidade delitiva entre ambos os delitos de que era acusado o paciente, cometido com um mesmo co-autor, determinante, no seu entender, de conexão intersubjetiva concursal.

Como é cediço, a competência, via de regra, é determinada pelo lugar em que se consumou a infração penal (*forum delicti commissi*), nos termos do art. 70, primeira parte, do CPP, tendo o legislador pátrio adotado a teoria do resultado.

A propósito, da doutrina de *Guilherme de Souza Nucci*, retira-se:

Regra geral: utiliza o Código de Processo Penal o preceito de ser competente o foro do lugar onde se consumar a infração penal. Quando se tratar de tentativa, verifica-se o foro competente no local onde se deu o último ato executório. É natural que assim seja, pois o lugar do crime deve ser onde a sociedade sofreu o abalo, razão pela qual o agente aí deve ser punido. [...] (Código de Processo Penal Comentado, 8ª ed. RT; SP, 2008, p. 207).

*Julio Fabbrini Mirabete* em comentários ao art. 70 do CPP, complementa:

A competência *ratione loci* refere-se, segundo a lei, ao “lugar da infração” (*forum delicti commissi*) e ao “domicílio do réu” (incisos I e II). O primeiro, realmente, deve constituir a regra, servindo a um dos fins da pena que é a prevenção geral e facilitando a apuração da do delito com relação à colheita da prova. Ao fixar a competência pelo lugar da infração, o legislador, em vez de adotar a teoria da ubiqüidade, que deu origem ao art. 6º do Código Penal (para distinguir o crime cometido em território brasileiro), o que conduziria à competência tanto ao juiz do local da conduta como ao do resultado, adotou a teoria do resultado, considerando-se para os fins de competência o lugar em que se consumou a infração. Na legislação pátria, cada uma das unidades da Federação encontra-se dividida, de acordo com a lei de organização judiciária, em “comarcas” ou “distritos”, que a lei denomina, por vezes, de “jurisdição” ou “circunscrição”, onde os magistrados de primeiro grau exercem sua jurisdição. É ele o competente para processar e julgar o crime que se consumou no lugar de sua “jurisdição”. [...] (Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed., Atlas:SP, 2006, p. 292 e 293).

E, como visto, o paciente foi denunciado por fatos diversos, ocorridos em comarcas diferentes e em datas distintas, correndo cada ação penal no respectivo foro em que consumados os crimes atribuídos ao paciente. Ou seja, foi devidamente observada a regra do art. 70 do CPP.

Eventual nulidade pela inobservância da regra da prevenção - no caso diante da alegada ocorrência de conexão intersubjetiva pelo concurso de agentes e pela continuidade delitiva - não é absoluta, mas relativa, estando a questão inclusive pacificada no Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula n. 706, assim redigida: “É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

Esse, aliás, é o entendimento adotado pela doutrina, que orienta que: A prevenção, “De modo geral, constitui critério subsidiário de determinação da competência, no sentido de ser aplicado apenas diante da insuficiência dos demais. E, tratando-se de competência territorial, é também critério de competência relativa, como relativa é a nulidade decorrente de sua não observância (Súmula n. 706, STF)” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11ª ed., Lumen Juris: RJ, 2009, p. 242).

Assim, a eventual inobservância da regra da prevenção pela conexão, como visto, não importa automaticamente na nulidade do feito, posto que não é absoluta, mas relativa, precluindo caso não arguida no momento processual oportuno e através da via correta, nos moldes do art. 108 do CPP, especialmente quando não se demonstra qual o prejuízo sofrido pelo acusado com a sua não observância.

*Eugenio Pacelli de Oliveira* bem explica a diferença entre competência absoluta e relativa e suas consequências processuais, veja-se:

Diz-se, portanto, que uma competência é absoluta quando ela não puder ser flexibilizada, é dizer, quando estiver em risco a própria jurisdição como Poder Público, como constitucionalmente responsável pela tutela da questão penal. Aqui, o interesse é eminentemente público, indisponível e inafastável por qualquer decisão dos interessados que concretamente estejam integrando determinada relação processual, sejam eles partes (acusado, Ministério Público, assistentes de acusação), seja o próprio órgão julgador. Trata-se, pois, de interesse metaprocessual, aqui identificado como aquele que ultrapassa a fronteira do interesse dos envolvidos, em determinado e específico processo para atingir todo e qualquer outro processo, já passado, em curso ou, ainda, potencialmente existente.

Já a competência relativa, ou territorial, é aquela que, como é intuitivo, pode ser flexibilizada ou, de modo mais simples, relativizada, dependendo do exame concreto de determinada relação processual e do interesse das partes envolvidas. Explica-se.

*Como já mencionado, as regras infraconstitucionais de competência têm em vista a tutela imediata do processo em curso, de modo a conduzir ou possibilitar um provimento judicial final o mais acertado possível. E, também como já adiantamos, tais regras dirigem-se à qualidade da instrução criminal e da formação do convencimento judicial.*

*Ora, desde que observados os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, o fato é que quem deve aferir da qualidade da instrução e da suficiência do conjunto probatório levado a juízo é, precisamente, e em regra, a*

*quem puder interessar a sua produção: o acusado e o órgão da acusação. É por essa razão que Código de Processo Penal abre ensejo a que as partes processuais excepcionem a incompetência relativa do juízo, por meio do incidente denominado exceção de incompetência, o que deverá ser feito a tempo e modo oportunos, sob pena de preclusão (Curso de Processo Penal, 11ª ed. Lumen Juris:RJ, 2009, p. 236 - grifamos).*

Como bem observou o *Parquet* Federal em seu parecer, “não consta que a defesa tenha oposto exceção de incompetência perante o Juízo de Sapucaia do Sul, ora averbado de incompetente. Somente na fase do então vigente art. 500 do Código de Processo Penal, pediu ao Juízo da 10ª Vara Criminal de Porto Alegre que avocasse o processo que tramitava na outra comarca, alegando conexão intersubjetiva pelo concurso de agente, em continuidade delitiva, o que foi, justificadamente, indeferido” (fls. 217 e 218).

Nesse contexto, e sabendo-se que eventual incompetência pela prevenção é relativa, cedendo diante do fato de ter a defesa se submetido à jurisdição de outro Juízo, sem nada arguir no momento processual oportuno, isto é, na primeira ocasião em que pudesse se manifestar no processo, no caso, por ocasião da defesa prévia, e através da via correta, a saber, exceção de incompetência, não se pode, agora, com sentença já prolatada em ambas as ações penais, e na via estreita do remédio constitucional, onde não é permitido o exame aprofundado do material fático-probante colacionado e nem a dilação probatória, reconhecê-la, principalmente porquanto: a) para a caracterização da aludida prevenção há a necessidade de admitir-se na espécie a ocorrência da continuidade delitiva invocada, inviável diante dos elementos colacionados aos autos; b) foi obedecida a regra geral da competência em razão do local em que se consumaram as infrações; e c) não demonstrado eventual prejuízo ao acusado com o julgamento pelos Juízos diversos, frisando, mais uma vez, que a sustentada continuidade delitiva poderá ser alegada e examinada mais amplamente pelo Juízo da Execução, para fins de soma ou unificação das penas impostas ao condenado, consoante previsto no art. 82, *in fine*, do Código de Processo Penal.

Por fim, merece destaque o Enunciado Sumular n. 235 desta Corte Superior, que prescreve que: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.”

A propósito, de nosso Tribunal:

Conflito positivo de competência. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Existência de sentenças penais condenatórias por juízos federais diversos.

Alegação de *bis in idem*. Fatos distintos. Conexão ou continência. Reunião de processos. Impossibilidade.

1. O art. 114, inciso I, do Código de Processo Penal, preceitua que haverá conflito de competência quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso.

2. Todavia, os juízos federais sentenciando afastaram a argüida identidade de causas, considerando distintas as condutas. O reexame dessa conclusão está submetido à análise das Cortes Regionais a quem, em jurisdição ordinária, compete o julgamento das apelações, com a possibilidade de amplo revolvimento da matéria fático-probatória, garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa.

3. A possível existência de conexão ou continência não determina a reunião dos processos em tela, porquanto já foram proferidas as sentenças penais condenatórias, ainda que não tenham o trânsito em julgado, conforme remansosa jurisprudência desta Corte, consolidada no Verbete Sumular n. 235, *in verbis*: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado."

4. Em momento oportuno, a eventual continuidade delitiva, se demonstrada, poderá ser considerada, a fim de unificar as penas, conforme dispõe o art. 82, *in fine*, do Código de Processo Penal.

5. Conflito de competência não conhecido. Agravo regimental prejudicado. (CC n. 48.573-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 10.10.2005 p. 219)

Diante de todo o exposto, conhece-se do *mandamus* e denega-se a ordem.  
É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 115.611-CE (2008/0203392-0)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho  
Impetrante: Meton Cesar de Vasconcelos  
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região  
Paciente: Francisco Gomes Coelho

## EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Paciente primário e de bons antecedentes, sem qualquer registro de nota desfavorável, assim expressamente reconhecido na sentença condenatória e no acórdão que a confirmou. Dosimetria da pena. Inaceitabilidade do objetivo de evitar a prescrição da sanção como fundamento da exacerbação da reprimenda. Ordem deferida para fixar a pena no mínimo legal e reconhecer a sua extinção pela decorrência do lapso prescricional.

1. É certo que todas as funções processuais penais são de inescandível relevância, mas a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta exigem específico trabalho intelectual de esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.

2. Não se mostra aceitável que para se evitar a indesejável incidência da prescrição penal se adote, sem pertinente e objetiva fundamentação (art. 59 do CPB), a exacerbação para além do mínimo legal da quantidade da pena imposta ao réu primário, de bons antecedentes e sem registro de qualquer nota desfavorável à sua conduta social, como expressamente proclamado na sentença condenatória e no acórdão que a confirmou.

3. Ao dosimetrar a sanção, o Juiz exerce atividade em que se exige incontornavelmente exaustiva e específica demonstração das razões pelas quais o piso quantitativo da pena aplicada deve ser ultrapassado; essas razões têm de ser objetivas e diretamente decorrentes da prova contextualizada no processo, não as substituindo as ponderações judiciais – por mais legítimas ou relevantes que sejam – sobre a necessidade de se reprimir a prática de ilícitos e afastar a extinção da punibilidade por força da prescrição.

4. Ordem concedida para, mantendo-se a condenação, fixar a pena no seu mínimo legal e, por consequência, reconhecer a extinção da punibilidade em decorrência do lapso prescricional.

## ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 05 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 18.05.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Francisco Gomes Coelho*, em adversidade a acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, que confirmou a condenação do paciente pela prática do crime de gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parág. único da Lei n. 7.492/1986), reduzindo a pena de 3 anos para 2 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto.

2. Alega, em síntese, a impetração, que a fixação da pena-base em 2 meses acima do mínimo legal teve por único objetivo evitar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, pois reconhecido, pelo próprio voto condutor do aresto *a quo*, a inexistência de circunstâncias que justificassem a elevação da pena para além do mínimo estipulado pela legislação de regência.

3. Indeferido o pedido de liminar (fls. 246) e prestadas as informações solicitadas (fls. 259), o MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República *Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre* manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 273-280).

4. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Peço as maiores vênias aos doutos Pares desta Turma para me valer da oportunidade deste

juízo e expedir algumas breves considerações sobre a gravidade das funções processuais em geral e, em particular, a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta, frisando que se trata de atividades que exigem do Juiz trabalho intelectual específico e de esmerada elaboração, por não se tratar de exercícios jurídicos de simples ou fácil desempenho, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.

2. Observo – e isso me preocupa e desalenta – que já se vão perdendo na poeira do tempo e nos escuros do passado as preocupações com a perfeição da denúncia, o rigor da decisão que a aceita, a exaustão demonstrativa das razões da prisão preventiva, a percuciência analítica das provas para a condenação e a metódica restrita da quantificação da pena imposta; vão se apagando os brilhos das lições dos juristas mais eméritos, que dedicaram a vida ao estudo do Processo Penal, como Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Tourinho Filho, Raul Chaves e Everardo Luna, para citar apenas essas luminárias que moldaram a mentalidade de várias gerações de juristas e Magistrados.

3. A velocidade dos dias atuais e a urgência com que se requer a solução das demandas – aliadas perigosas contra a serenidade da jurisdição penal – em conluio com a pressão social por condenações exemplares, estão destruindo progressivamente as garantias do Processo Penal, tanto aquelas que estão expressas nos textos normativos – mas às quais se dá uma exegese pragmática e burocratizante – como as que são fruto de lenta e longa elaboração intelectual e doutrinária, com acolhida e abrigo em entendimentos jurisprudenciais venerandos mas esquecidos.

4. As modernas formas de criminalidade, tanto as violentas como as que se dissimulam em ardis silenciosos, representam um desafio invulgar à jurisdição criminal e têm servido de justificativa inconsciente a violações de reservas jurídicas subjetivas históricas, a arroubos judiciais que envolvem o Juiz nas tarefas de investigar e acusar, sempre sob a alegação de atender às expectativas sancionatórias da sociedade – *escopo a que não se há de negar legitimação* – mas com agudo prejuízo a conquistas que levaram séculos para serem consolidadas; não se trata de acolher o chamado *garantismo judicial*, mas de posicionar o poder terrível de punir dentro dos seguros quadrantes de preservação da liberdade, para não se confundir com a vingança organizada.

5. Neste caso, o ilustre Juiz de Primeiro Grau consignou expressamente na sua sentença, no ponto que interessa, o seguinte:

Circunstâncias judiciais: (a) culpabilidade: grave; (b) antecedentes: bons; (c) conduta social: sem dados; (d) personalidade dos agentes: sem dados; (e) motivos: o lucro fácil da instituição gerida em detrimento das normas que asseguram a higidez do Sistema Financeiro Nacional; (f) circunstâncias do crime: delito cometido com inobservância aos comezinhos princípios de boa gestão de instituições financeiras e em afronta às normas emanadas do Bacen; (g) consequências do crime: devem ser consideradas graves diante da lesividade ao Sistema Financeiro Nacional e, em última instância, aos correntistas do *Banfort - Banco de Fortaleza S/A.*; (h) comportamento da vítima: não contribuiu para a prática do crime.

Frente aos elementos acima aferidos, fixo a pena base em 03 (três) anos de reclusão (fls. 90).

6. O voto do Desembargador Federal que a confirmou, primeiramente, reduziu inicialmente a pena para dois anos, *desde logo reconhecendo que essa redução acarretaria a prescrição retroativa*. Observou o ilustre Relator *que não haveria circunstâncias que justificassem a fixação em três anos, tendo em vista que partia sempre da pena mínima para fixar a pena básica*. (fls. 173).

7. O Procurador da República se manifestou em seguida no sentido de ser *razoável a elevação da pena para pouco além de dois anos, o que afastaria a prescrição*, considerando o tempo de duração dos atos e as consequências do crime (fls. 174), pelo que a decisão condenatória foi mantida, mas com redução da pena para 2 anos e 2 meses de reclusão, *sendo claro que o acréscimo de 2 meses foi decorrente da preocupação em evitar a prescrição, como se observa do seguinte trecho do voto*:

Posso fazer o seguinte: observar pelo que tange as demais circunstâncias, os réus mereceriam a pena mínima de dois anos. Mas, levando em contra essa circunstância objetiva das consequências do crime que pode ser ponderada pelo período em que esses fatos ocorreram, fixaria a pena em dois anos e dois meses.

A grade dificuldade, aqui, foi se fugir a essa alegação de que a sentença seria nula, porque não individualizou a pena. Então, surgiu a discussão: ora, se vai anular a sentença, vai ter que mandar para o 1º Grau e ajudaria a lei na prescrição. A dificuldade é se fixar penas diferenciadas aqui, mas a gente pode entender que nos que tange as demais circunstâncias, os aspectos que são idênticos, já que há deliberação coletiva, e faria jus à pena de dois anos, observando esse aspecto objetivo, das consequências do crime e se fixaria em dois anos e dois meses e com isso fica afastada a prescrição (fls. 175).

8. Não se mostra aceitável que para se evitar a indesejável incidência da prescrição penal se adote, sem pertinente e objetiva fundamentação (art. 59 do CPB), a exacerbação para além do mínimo legal da quantidade da pena imposta ao réu primário, de bons antecedentes e sem registro de qualquer nota desfavorável à sua conduta social, como expressamente proclamado na sentença condenatória e no acórdão que a confirmou.

9. Sobre a fundamentação necessária à majoração da pena-base, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte Superior de Justiça:

Penal. *Habeas corpus*. Art. 299 (três vezes) do CP. Dosimetria da pena. Fundamentação insuficiente. Redução da reprimenda operada por esta Corte. Advento da prescrição da pretensão punitiva.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c.c. o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. (Precedentes).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, bem como de sua conduta social, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de justificar o aumento da pena-base (Precedente).

IV - *In casu*, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau, mantida pelo e. Tribunal *a quo*, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base acima do mínimo legal - 1 (um) ano de reclusão.

V - Dessa forma, tendo como base a nova pena aplicada ao paciente - um ano de reclusão (descontado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva) - há que se declarar a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, visto que entre os marcos interruptivos - a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória - transcorreu lapso temporal superior a quatro anos (artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, e 110, § 1º, todos do CP).

Ordem concedida para reconhecer a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva. (HC n. 105.453-PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 15.09.2008).

*Habeas corpus*. Direito Penal. Crime de fraude à licitação. Acórdão condenatório. Art. 59 do Código Penal. Pena-base acima do mínimo legal. Inexistência de motivação. Nulidade. Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Extinção da punibilidade estatal.

1. Não se pode majorar a pena-base sem a indicação de qualquer circunstância que justifique o aumento. O decreto condenatório, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve declinar suas razões motivadamente, pois a inobservância dessa regra implica em ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2. Diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e fixada a pena-base no mínimo legal, resta manifesta a extinção da punibilidade estatal, a teor do disposto nos arts. 109, inciso V, e 110, do Código Penal, pois transcorrido o lapso prescricional de 04 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia e o acórdão condenatório.

3. *Habeas corpus* concedido para, mantida a condenação, fixar a pena-base imposta ao Paciente no mínimo legal e declarar extinta a punibilidade estatal, em razão da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. Estendo os efeitos da presente decisão ao co-réu Donizete Paulo Miranda, por se encontrar em idêntica situação, com respaldo no art. 580 do Código de Processo Penal. (HC n. 93.071-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 05.05.2008).

10. Ordem concedida para, mantendo-se a condenação, fixar a pena no seu mínimo legal e, por consequência, reconhecer a extinção da punibilidade em decorrência do lapso prescricional.

---

#### **HABEAS CORPUS N. 123.344-SP (2008/0273178-8)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Carolina Rangel Nogueira - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: A B R (Menor)

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Prescrição que se verifica a partir da pena máxima abstratamente cominada ao crime

equivalente ao ato infracional praticado, com a redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. Lاپso temporal transcorrido sem o recebimento da representação. Ordem concedida.

1. “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”, enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça.

2. À míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

3. O juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

4. Diante da duração máxima da pena alternativa cominada em abstrato ao crime de posse de drogas para uso próprio, que é de 05 (cinco) meses, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano. No caso, o lapso temporal transcorreu antes do recebimento da representação oferecida contra o menor.

5. Ordem concedida para reconhecer a prescrição da pretensão socioeducativa em relação à Paciente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de A B R, menor infrator, representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sede de apelação, cassou a decisão do Juízo menorista de primeiro grau que reconheceu a prescrição da pretensão sócio-educativa.

Informa o Impetrante que o acórdão impugnado “entendeu que, independentemente do ato infracional imputado, o paradigma para o cálculo da prescrição em abstrato é o prazo máximo da medida extrema de internação, assim, aplicados os artigos 109, inciso IV e 115 do Código Penal, tem-se o prazo prescricional de 4 anos, ainda não transcorrido” (fl. 03).

Sustenta, em suma, que “considerando a vedação objetiva dos incisos I e II do ECA, seriam aplicáveis somente medidas sócio-educativas em meio aberto, cujo prazo prescricional abstrato é de 06 meses” (fl. 13), portanto, aplicados os arts. 109, inciso VI e 115, ambos do Código Penal, o prazo prescricional é de 01 ano.

Pugna, assim, liminarmente, pela suspensão do andamento do procedimento menorista e, no mérito, pelo reconhecimento da prescrição.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 49-50.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 123-127, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A ordem merece concessão.

Consoante informações do Tribunal de Justiça Paulista, a Paciente foi representada por ato infracional análogo ao art. 16 da Lei n. 6.368/1976, porque, em 31 de julho de 2006, trazia para consumo próprio alguns gramas de substância entorpecente vulgarmente conhecida como maconha.

Reconhecendo como desarrazoado e desnecessário promover um procedimento menorista para apuração de conduta tão insignificante, a representação foi liminarmente rejeitada pelo Juízo da 1ª Vara Especial da Infância e Juventude da Comarca de São Paulo.

O Tribunal paulista deu provimento ao apelo do Ministério Público para determinar o recebimento da representação e o normal procedimento do feito. Entretanto, o Juízo menorista, nos termos da jurisprudência desta Corte, em decisão do dia 19 de março de 2008, reconheceu a prescrição da pretensão socioeducativa estatal, nos seguintes termos:

Tratando-se de infração que não qualifica o agente para a privação da liberdade nos termos do art. 122 do ECA, só é possível a aplicação de medidas em meio aberto e sem conteúdo privativo de liberdade.

Tais medidas, cujos terminos previstos na lei especial são de 06 meses, prescrevem em 02 anos nos termos do inciso VI do art. 109 do Código Penal.

Reduzido o prazo pela metade nos termos do art. 115 do Código Penal, ele resulta em 01 ano.

Considerados os termos dos lapsos prescricionais acima apontados, decorreu mais de ano entre a data do fato e o recebimento da representação, de modo que ocorreu a prescrição da pretensão sócio-educativa. (fls. 73-74)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, novamente deu provimento ao recurso de apelação ministerial, para afastar o reconhecimento da prescrição, sob o fundamento de que o prazo prescricional “deve ser calculado com base na medida sócio-educativa de internação” (fl. 107).

Pois bem, quando do julgamento do primeiro apelo ministerial, que determinou o recebimento da representação, já estava em vigor o art. 28 da Lei n. 11.646/2006, que trouxe tratamento muito mais benéfico ao usuário de drogas, afastando a pena anteriormente cominada à conduta que poderia chegar até 02 (dois) anos de detenção.

A nova Lei de Drogas estabeleceu tão-somente penas alternativas à privação de liberdade para o delito em análise. Confira-se o texto legal:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

Como se vê, o prazo máximo das medidas indicadas pela Lei n. 11.343/2006 é de 05 (cinco) meses, para o réu primário, e de 10 (dez) meses, para o reincidente.

Não há notícia nos autos de qualquer envolvimento do Paciente com ato infracional anterior, logo, caso fosse maior de idade, no máximo, estaria sujeito a 05 (cinco) meses de prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Pois bem, nos termos do atual entendimento da Quinta Turma, na linha do já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição deve ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida socioeducativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

Confira-se:

*Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de rixa. Prescrição da pretensão sócio-educativa. Cálculo a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, do ECA. Conseqüência mais gravosa ao inimputável, do que ao imputável que pratica a mesma conduta. Impossibilidade. Prescrição que se verifica a partir da pena máxima abstratamente cominada ao crime equivalente ao ato infracional praticado, com a redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida.

1. "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas", enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça.

2. É cediço que em inúmeros precedentes, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que à míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente deve ser verificada a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

3. Entretanto, o caso concreto sugere a necessidade de este Tribunal reexaminar a matéria, em face da sua relevância, inclusive social, considerando a precípua destinação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Além da injustiça de se aplicar à espécie, onde o Paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de rixa, o mesmo prazo prescricional previsto para um menor infrator representado pela prática de ato equivalente à crimes muito mais graves, nunca o menor infrator poderá ficar sujeito à consequência mais rigorosa do que a que sofreria um imputável que praticasse a mesma conduta.

5. À míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

6. O juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

7. Diante da pena máxima cominada em abstrato ao crime de rixa, 02 (dois) meses de detenção, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano. No caso, o lapso temporal transcorreu sem que sequer a representação tenha sido recebida.

8. Ordem concedida para reconhecer a prescrição da pretensão sócio-educativa em relação ao Paciente. (HC n. 117.611-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 09.02.2009.)

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Descumprimento de medida sócio-educativa. Internação-sanção. Legitimidade. Instituto da prescrição. Aplicabilidade. Parâmetro. Pena máxima cominada ao tipo legal. Redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. Hipótese de crime de roubo. Prescrição não consumada, na espécie. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Não incide a irregularidade apontada pela impetrante, no sentido de que a medida de internação-sanção teria sido decretada antes do envio de precatória

para a comarca onde o paciente estaria residindo. Constam informações nos autos de que a execução da medida de liberdade assistida foi deprecada e, diante da devolução da carta precatória, a medida extrema veio a ser decretada.

2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo.

3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal.

4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição.

*5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos.*

*6. Referida solução é a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal.*

7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos não cabais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração inicial das medidas, além de criar um *tertium genus*, conduz a diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas (no caso da idade máxima) e a distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador.

8. No caso concreto, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não merece qualquer reparo, não tendo se aperfeiçoado a prescrição até o presente momento.

9. Ordem denegada. (HC n. 88.788-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 27.06.2008 - grifei.)

Com efeito, o juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

O Paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de uso de entorpecente, para o qual o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 prevê

uma pena alternativa com duração máxima de 05 (cinco) meses, e não pode o menor infrator ficar sujeito à punição mais rigorosa do que a imputada a agente maior.

Com efeito, segundo interpretação jurisprudencial do art. 226, da Lei n. 8.069/1990, aplicam-se as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal, tanto para definição do que seja ato infracional (art. 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente), quanto em relação aos crimes praticados contra criança e adolescente.

Em sendo assim, para aferir a prescrição das medidas socioeducativas, deve-se utilizar os mesmos cálculos necessários para a declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal, equivalendo o recebimento da representação ao recebimento da denúncia ou queixa, e a sentença menorista ao decreto condenatório.

É pacífica nesta Corte, também, a aplicabilidade do art. 115 do Código Penal, para reduzir o prazo prescricional pela metade, em face da menoridade.

Logo, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano.

O ato infracional ocorreu no dia 31 de julho de 2006 e o Magistrado menorista, em 1º de setembro do mesmo ano, rejeitou a representação, considerando que seria despropositado inserir a menor em medida socioeducativa.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, deu provimento ao apelo do Ministério Público paulista, no dia 1º de outubro de 2007, para determinar que fosse recebida a representação.

Pois bem, a representação não foi recebida, visto que o Magistrado menorista reconheceu a prescrição da pretensão reeducadora, e o acórdão impugnado, que afastou esse entendimento, foi julgado na sessão do dia 1º de setembro de 2008, mais de 02 (dois) anos após a ocorrência do ato infracional equiparado, em tese, ao porte de droga.

Nesse contexto, verifica-se que o prazo prescricional, quando o julgamento do apelo interposto pelo Ministério Público, já havia se aperfeiçoado.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão socioeducativa em relação ao Paciente.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 133.290-RS (2009/0065158-7)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos - Defensora Pública

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

Paciente: Ederson Marques Ribeiro

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Execução penal. Superveniência de nova condenação. Unificação das penas. Alteração do prazo para obtenção dos benefícios da execução. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Na unificação das reprimendas é indiferente que o novo crime tenha sido cometido antes ou depois do início do cumprimento da pena. Afinal, com a superveniência de nova condenação definitiva, o prazo para a concessão dos benefícios passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas.

2. Quando a nova condenação possibilita ao apenado permanecer no regime prisional em que se encontra, como no caso, para obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime, deverá o condenado cumprir 1/6 (um sexto) da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção que lhe foi imposta, que será calculado a partir do trânsito em julgado da nova condenação. Precedentes dos Tribunais Superiores.

3. Ordem denegada.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.  
Brasília (DF), 1º de setembro de 2009 (data do julgamento).  
Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 28.09.2009

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Ederson Marques Ribeiro*, em face de decisão monocrática, prolatada em sede de agravo em execução, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *litteris*:

Agravo em execução. Cerceamento de defesa. Preliminar. Data-base. Alteração para a data do trânsito em julgado da nova condenação. Não houve prova do prejuízo alegado, razão pela qual se rejeita a preliminar de cerceamento de defesa. No tocante à data-base, com apoio no entendimento recente dos Tribunais Superiores, desimporta que a nova condenação tenha se dado por fato anterior ao início do cumprimento da pena ou durante. Sempre haverá a unificação das penas. Sobrevindo nova condenação, se somadas as penas e não for alterado o regime carcerário, haverá a interrupção do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime. Deverá ser calculado a partir do trânsito em julgado da nova condenação e com base na soma das penas restantes a serem cumpridas. *Agravo parcialmente provido em decisão monocrática.* (fl. 83)

Sustenta o Impetrante que a alteração da data-base para benefícios da execução somente é possível quando o apenado sofrer nova condenação por crime praticado durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Pugna, assim, em liminar e mérito, pelo reconhecimento de que não houve mudança no lapso para obtenção dos benefícios da execução.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 94-95.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 101-102, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

**VOTO**

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): No caso, o Paciente iniciou a execução de suas penas em 04 de março de 2004 pela prática dos crimes furto qualificado e de roubos majorados. Após cumprir 1/6 (um sexto) das reprimendas, a Defesa pediu que lhe fosse concedida a progressão para o regime semiaberto.

Antes de analisar o pedido, o Juízo das Execuções, nos termos da manifestação ministerial, determinou que fosse retificada a guia de execução, ao fundamento de que com o trânsito em julgado de uma nova condenação - à pena de 03 anos, em regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas, no dia 26 de setembro de 2004 -, o lapso temporal para obtenção dos benefícios havia se modificado, sobretudo porque o apenado respondeu a todo esse processo em liberdade.

Irresignada, a Defesa interpôs agravo em execução, afirmando que como a condenação se refere a delito cometido antes do início do cumprimento das penas, não é possível alterar a data-base para obtenção dos benefícios da execução.

O recurso foi parcialmente provido, nos termos da decisão de fls. 83, apenas para determinar que o Juízo das Execuções levasse em conta, para o cálculo da nova data-base, o trânsito em julgado da nova condenação (não a data da juntada da guia de execução referente ao último crime cometido).

Pois bem, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, para a unificação das reprimendas, é indiferente que o novo crime tenha sido cometido antes ou depois do início do cumprimento da pena.

Afinal, a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução penal sempre modifica o prazo para a concessão dos benefícios, que passam a ser calculados a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

*Habeas corpus*. Execução penal. Homicídio qualificado, ocultação de cadáver e vilipêndio de sepultura. Condenação por novo crime doloso decorrente de fato praticado antes do início do cumprimento da pena. Interrupção da data-base para a consecução de novos benefícios no decorrer da execução. Admissibilidade. Precedentes. Ordem denegada.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica deste STJ, a superveniência de condenação por crime doloso implica o reinício do cômputo do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que deverá ser novamente calculado tendo como base a soma das penas restantes a serem cumpridas, pouco importando que o novo título executório decorra de fato praticado antes do início do cumprimento da pena. Precedentes do STJ.

2. Parecer do Ministério Público pela denegação do *writ*.

3. Ordem denegada. (HC n. 95.199-RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ de 15.09.2008.)

Execução da pena. *Habeas corpus*. Nova condenação por crime doloso. Unificação das penas. Alteração da data-base para progressão de regime.

Sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena - seja por crime anterior ou posterior - interrompe-se a contagem do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que deverá ser novamente calculado com base na soma das penas restantes a serem cumpridas.

Ordem denegada. (HC n. 95.669-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 18.08.2008)

Confira-se, ainda, o seguinte precedente do Pretório Excelso:

*Habeas corpus*. Execução penal. Progressão de regime. Quando ocorre nova condenação no curso da execução da pena, aplica-se o art. 111, parágrafo único Lei Execução Penal. A data de nova condenação é o termo inicial ao fim de contagem do prazo. Ordem denegada. (HC n. 77.765-PA, Rel. Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, DJU de 27.05.2001)

Embora a unificação das execuções penais altere o prazo para a concessão de novos benefícios, simplesmente porque a pena reclusiva se torna maior, não impõe regressão do regime de cumprimento de pena, no caso de a nova condenação possibilitar ao apenado permanecer no regime prisional em que se encontra.

Nessa hipótese, para obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime, deverá o condenado cumprir 1/6 (um sexto) da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção que lhe foi imposta, que será calculado a partir do trânsito em julgado da nova condenação.

Confirmam-se os arts. 111 e 118 da Lei de Execução Penais:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento

será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

*Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-à pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.*

[...]

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

*II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).*

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar-se os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo único, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Corroborando este entendimento, transcrevo a lição de Júlio Fabrini Mirabete:

No caso de superveniência de nova condenação, por crime praticado antes ou durante a execução, terá direito o condenado à progressão quando preenchidos os requisitos legais, entre eles o de cumprimento de um sexto da pena. Não fixa expressamente a lei, entretanto, a partir de quando deve ser contado o tempo necessário para a progressão de regime mais brando. *Por uma interpretação lógica deve-se entender o seguinte: se não é modificado o regime com a adição da nova pena, deve cumprir um sexto da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção; se operar a regressão, conta-se um sexto a partir da transferência, tendo como base para o cálculo o que resta da soma das penas a serem cumpridas. (in "Execução Penal, Comentários à Lei n. 7.210, de 11.07.1989", 9ª ed., Atlas, fls. 322 - grifei).*

Ante o exposto, *denego* a ordem, com a ressalva de que, para obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime, deverá o Paciente cumprir um sexto da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção, contado a partir da data do trânsito em julgado da nova condenação, visto que não houve regressão no regime de cumprimento da reprimenda.

É o voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 25.211-DF  
(2007/0225067-6)**

---

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Leila Lacerda Freitas

Advogado: Ricardo Luiz Rocha Cubas e outro(s)

Recorrido: União

---

**EMENTA**

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Anulação do ato de nomeação. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Recurso improvido.

1. Somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa. Precedentes do STJ.

2. O indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório, não enseja cerceamento de defesa.

3. Recurso ordinário improvido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJe 14.09.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Leila Lacerda Freitas*, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado (fl. 712):

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Ato de improbidade. Alegada violação ao princípio da ampla defesa.

Inexistência de irregularidade de ordem formal que possa macular o procedimento administrativo. Sem o efetivo dano ao direito inexistente nulidade. Assegurado à impetrante o exercício da ampla defesa e do contraditório, descabe argüir nulidade, inexistente, no caso.

Inexistência de violação a direito líquido e certo.

Segurança denegada.

No acórdão objeto do recurso especial, o Tribunal de origem denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pela recorrente, no qual postulava a invalidação do processo administrativo disciplinar em que foi anulada a sua nomeação para o cargo de Técnico Judiciário, por participação em fraude no concurso público em que foi aprovada.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 742-747.

No presente recurso ordinário, a recorrente sustenta que o processo administrativo é nulo, por inobservância do princípio da ampla defesa, tendo em vista que (a) foi indeferida a oitiva de testemunhas importantes à sua defesa, como a Diretora-Geral do Cespe e dos fiscais de prova da sala em que realizou sua prova; (b) não foi intimada para apresentar quesitos na produção de prova pericial; (c) não foi juntado aos autos o termo de depoimento da testemunha Fernando Leonardo Oliveira Araújo; (d) foi feita a juntada de termo de depoimento de testemunha diverso do efetivamente prestado, o que caracterizaria crime de falsidade ideológica; e (e) foi realizada a oitiva de testemunha impedida de prestar depoimento.

A União apresentou contrarrazões (fls. 768-771). Alega que (a) não houve nulidade no indeferimento da oitiva das testemunhas indicadas pela recorrente, pois em nada contribuíram para o esclarecimento dos fatos; (b) não houve perícia técnica, mas mero estudo comparativo desenvolvido para esclarecer

melhor os fatos imputados aos candidatos suspeitos, pelo que desnecessária a apresentação de quesitos; (c) policial militar que participou da investigação que originou o processo criminal não está impedido de prestar depoimento no processo administrativo disciplinar; e (d) “não tendo sido demonstrado o nexo causal entre as supostas irregularidades e a aplicação das penalidades, descaracterizada resta a ofensa ao princípio da ampla defesa” (fl. 771).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *Wallace de Oliveira Bastos*, opina pelo não-conhecimento do recurso (fls. 778-785), por não ter a recorrente infirmado os fundamentos do acórdão recorrido.

Foram juntadas aos autos as sentenças proferidas nos Processos n. 2005.34.00.017474-2 (fls. 789-805) e 2005.34.00.033723-5 (808-824), com trâmite na 16ª Vara Federal do Distrito Federal, em que foram julgados improcedentes os pedidos da recorrente em ações nas quais postula a invalidação do processo administrativo em tela.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, o Tribunal de origem denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pela recorrente, no qual postula a invalidação do processo administrativo disciplinar em que foi anulada a sua nomeação para o cargo de Técnico Judiciário, por participação em fraude no concurso público em que foi aprovada.

A recorrente sustenta que o processo administrativo é nulo, por inobservância do princípio da ampla defesa, tendo em vista que (a) foi indeferida a oitiva de testemunhas importantes à sua defesa, como a Diretora-Geral do Cespe e dos fiscais de prova da sala em que realizou sua prova; (b) não foi intimada para apresentar quesitos na produção de prova pericial; (c) não foi juntado aos autos o termo de depoimento da testemunha Fernando Leonardo Oliveira Araújo; (d) foi feita a juntada de termo de depoimento de testemunha diverso do efetivamente prestado, o que caracterizaria crime de falsidade ideológica; e (e) foi realizada a oitiva de testemunha impedida de prestar depoimento.

O Tribunal de origem assim decidiu a causa (fls. 725-728):

É bem verdade que o princípio da ampla defesa constitui imperativo categórico em qualquer espécie de processo, seja de natureza cível, penal ou administrativa

e, ao lado do princípio do devido processo legal, é direito constitucionalmente protegido. Por este prisma, impedir a ampla defesa é motivo hábil para anulação do processo administrativo.

Veja-se que às fls. 157, a Comissão processante esclareceu as razões fáticas ensejadoras da dispensa de algumas testemunhas e, portanto, sob o ângulo da motivação das decisões, imposição do artigo 93, IX da CF/1988 aplicável também ao processo administrativo, não se vislumbra arbitrariedade da Comissão ou ocorrência de cerceamento de defesa.

Em verdade, a dispensa de testemunhas desnecessárias, desde que devidamente justificada, insere-se no poder discricionário da Comissão Processante. Neste sentido, não deixa dúvida o parágrafo 1º do artigo 156 da Lei n. 8.112/1990 que estabelece “O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos”.

De outra parte, não se percebe violação à ampla defesa no fato de a Impetrante não ter apresentado quesitos ao estudo estatístico realizado por um grupo designado pelas autoridades competentes do TJDF pelo simples fato de que não se tratou de prova pericial propriamente dita, não sendo legítimo exigir o rigor previsto na lei processual.

Quanto à falta de juntada do depoimento da testemunha Fernando Leonardo Oliveira e a juntada errônea do depoimento da testemunha Valdir Luís de França tratou-se de mero erro material que não acarretou prejuízo comprovado à defesa do Impetrante.

De igual forma, não macula de nulidade o procedimento a oitiva do policial Aldir Roldão Cabral e da testemunha Hélio Garcia Ortiz, conforme devidamente esclarecido pela Autoridade Impetrada às fls. 694-695, razões a que se reporta o Ministério Público para afastar o vício alegado pela Impetrante.

Como visto, foi assegurada a ampla defesa à Impetrante, que foi representada por um defensor; que teve pleno conhecimento da acusação e das provas que embasam a acusação e liberdade para refutá-las, inclusive produzindo outras provas.

Vale lembrar que, tratando a questão sob a ótica da teoria das nulidades, vigora o princípio geral segundo o qual não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nesta linha de consideração, não restou demonstrado o nexo causal entre as supostas irregularidades e a aplicação da penalidade. Ademais, somente se deve reconhecer uma nulidade quando esta prejudique a veracidade dos fatos.

Por fim, em nenhuma das situações relatadas pela Impetrante exsurge a ocorrência de nulidade presumida que é aquela que contamina de morte o ato processual porque confronta e desafia o ritual previsto na lei e confisca, peremptoriamente, o sagrado direito de defesa.

[...]

Acrescente-se não haver circunstância que teria deixado de ser provada com a dispensa de depoimentos da Diretora-Geral do Cespe e dos Senhores Presidente e Corregedor, respectivamente, desta egrégia Corte, interessados na ampla apuração dos fatos. De outra parte, há de se indicar o prejuízo advindo das referidas dispensas ou de qualquer outro ato ocorrido no bojo do processo administrativo, pois sem o efetivo dano ao direito inexistente nulidade.

Descabe, ainda, na via estreita do *mandamus*, a alegação de falsidade ideológica no tocante à juntada de termo de depoimento diverso. Trata-se de matéria fática, que demanda dilação probatória.

Em verdade, constata-se, no bojo do processo, o estabelecimento da oportunidade de defesa, assegurando-se à impetrante a possibilidade de produção probatória compatível, assim preenchidos os requisitos aptos à concretização dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, LIV e LV, da CF.

Cumpre salientar que o mesmo entendimento foi adotado nas Ações Ordinárias n. 2005.34.00.017474-2 e 2005.34.00.033723-5, com trâmite na 16ª Vara Federal do Distrito Federal, em que foram julgados improcedentes os pedidos da recorrente (semelhantes ao do presente *mandamus*) para invalidação do processo administrativo em tela, merecendo destaque a transcrição dos seguintes trechos da sentença (fls. 798-803).

Quanto ao indeferimento da oitiva dos fiscais de prova, bem como do responsável pelo banheiro feminino, próximo à sala de realização da prova da acusada no dia do concurso, a posição da Comissão para denegar o pedido realizado pelo ilustre causídico, fundou-se na Ata de Sala apresentada pelo Cespe (doc. 02), onde não foi consignado qualquer tipo de alteração ou declaração que merecesse ser informada pelos fiscais responsáveis. Além do que, a acusada teria sido presa em 23.05.2005, quando já trabalhava neste Tribunal de Justiça, confirmando mais uma vez que não houve conturbação no dia da realização da prova para o concurso, portanto, estes depoimentos não trariam notícias novas aos autos.

[...]

Continua alegando a Autora que a Comissão de Processo Disciplinar teria cometido falsidade ideológica, deixando de juntar termo de depoimento do Senhor *Fernando Leonardo Oliveira Araújo*, testemunha arrolada por esta Comissão.

[...]

No ato de qualificação da testemunha para o início da realização dos trabalhos da Comissão, o patrono da Autora manifestou-se contrariamente à colheita do depoimento da testemunha arrolada pela Comissão, tendo juntado documento manuscrito (doc. 06), contendo alegações absolutamente infundadas para justificar o abandono da audiência, tendo se ausentado imperativamente do recinto.

[...]

No que tange à alegação de falsidade ideológica face à juntada de termo de depoimento diverso prestado pela testemunha Valdir Luis de França, tem-se que, como bem apontado pela União a fl. 721, tão somente ocorreu a juntada de depoimento prestado em outro processo, tendo a autora tomado ciência de tal fato juntamente com seu defensor, evidenciando a formação do contraditório e o respeito à ampla defesa.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que não enseja cerceamento de defesa o indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório. Nesse sentido:

Processo Civil. Administrativo. Magistrado. Processo administrativo disciplinar. Aposentadoria compulsória. Mandado de segurança. Decadência. Matéria de ordem pública. Reconhecimento de ofício. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Recurso ordinário conhecido e improvido.

[...]

4. O indeferimento motivado do pedido de acareação de testemunhas e de perícia grafotécnica não importa em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos tornar desnecessária a produção de tais provas.

5. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RMS n. 13.144-BA, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ de 10.04.2006)

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Inocorrência. Demissão. Proporcionalidade.

[...]

IV – O indeferimento de pedido de produção de provas, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se foi feito de forma suficientemente fundamentada.

[...]

Segurança denegada. (MS n. 8.877-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ de 15.09.2003)

Por conseguinte, o direito à produção de provas não é absoluto. A comissão processante pode, de forma motivada, indeferir mencionado pedido, principalmente quando o fato que se pretende provar for irrelevante para a apuração do ilícito administrativo.

Assim, tendo em vista o firme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa, não há falar em nulidade na espécie. Nesse sentido:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Demissão de servidor. Processo administrativo disciplinar. Ilegalidade. Ausência de ampla defesa. Inexistência.

[...]

3. Não há falar em cerceamento de defesa, se a interessada esteve presente em todos os atos processuais e ofereceu não apenas a sua defesa prévia, mas também as suas alegações finais.

4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal é firme em que a nulidade do processo administrativo disciplinar somente é declarável quando evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, por força do princípio *pas de nullité sans grief*.

[...]

6. Recurso improvido. (RMS n. 7.685-PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 04.08.2003)

Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Demissão. Inquérito administrativo. Nulidade. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Ausência de comprovação do prejuízo. Agravo interno desprovido.

I - É inviável em sede de recurso especial a apreciação de matéria envolvendo o reexame de provas, a teor da Súmula n. 7-STJ, que assim dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

II - Aplicável à espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*, tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

III - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp n. 488.957-GO, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 21.08.2006)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É o voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 27.311-AM  
(2008/0151964-2)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Renata Monteiro Façanha e outros

Advogado: Geraldo da Silva Frazão e outro(s)

Recorrido: Estado do Amazonas

Procurador: Victor Fabian Soares Cipriano e outro(s)

---

**EMENTA**

Administrativo. Mandado de segurança. Aprovação em concurso público. Nomeação. Direito subjetivo.

1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação.

2. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória. Precedentes.

3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.

4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF).

5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Sustentou oralmente: Dr. Fábio Lima Quintas (p/ rectes).

Brasília (DF), 04 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJe 08.09.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Renata Monteiro Façanha e outros interpõem recurso ordinário em mandado de segurança, com fulcro no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, cuja ementa é a seguinte:

Direito Constitucional e Administrativo. Nomeação decorrente de aprovação em concurso público. Mera expectativa de direito. Inexistência de direito líquido e certo.

- É entendimento doutrinário e jurisprudencial uníssono de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração Pública, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade, ainda que dentro do número de vagas previstas pelo edital.

- Mandado de Segurança que se denega (fl. 177).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 203).

Os recorrentes pretendem a concessão da segurança para o fim de que a autoridade coatora determine a sua nomeação nos cargos efetivos de cirurgiões-dentistas da Secretaria de Saúde do Amazonas.

Defendem que possuem direito líquido e certo à nomeação em virtude de terem sido aprovados em concurso público dentro das 112 vagas oferecidas pelo Governo do Estado por meio do Edital n. 1/2005-SEAD/AM, Anexo I.

Alegam, ainda, que há trabalhadores temporários e contratados, a título precário, ocupando, desde 2001, 2002 e 2003, as vagas a que entendem fazer jus, situação que contraria o disposto no artigo 37, II e IX, da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei n. 8.745/1993.

Aduzem que a liquidez e certeza do direito pleiteado se comprova tanto pelos documentos juntados com a exordial, quanto pela confissão do recorrido, à fl. 110.

E, segundo fazem ver, o preenchimento das vagas, na forma como operacionalizada pelo Estado, não atende a exigência do artigo 2º da Lei n. 8.745/1993, em relação à necessidade temporária de excepcional interesse público, porquanto possui a obrigação de promover e manter em seus quadros efetivos, profissionais cirurgiões-dentistas pro meio de concurso público.

Intimado, o recorrido ofereceu contra-razões, sustentando a manutenção do julgado, por ausência de direito líquido e certo à nomeação, mas apenas, mera expectativa de direito (fls. 234-253).

Assevera, ademais, a inexistência de preterição da ordem classificatória ou qualquer ato que ensejasse direito à nomeação dos impetrantes, haja vista a contratação temporária ter ocorrido antes do concurso público e que, desde outubro de 2005, a Administração vem providenciando a substituição gradualmente.

Cita, em justificativa à assertiva supra, que em 05.10.2005, o Governo procedeu à primeira chamada de 469 candidatos do total de habilitados no certame de que se cuida; em 22.11.2005, de dois candidatos; em 23.11.2005, de mais 51 candidatos; em 09.12.2005, 520 candidatos; em 07.03.2006, 1.010 candidatos; em 23.06.2006, mais 1.024 candidatos; 260 candidatos em 19.09.2006 e, 55 candidatos em 06.06.2007.

Por fim, afirma que o aludido certame teve sua validade prorrogada pelo período de dois anos, a partir de 08.06.2007, por força da Portaria n. 13/2007/GS-SEAD, cuja cópia juntou-se à fl. 254.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer assim ementado:

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Candidatos classificados dentro do número de vagas. Expectativa de direito à nomeação. Ausência de prova quanto à contratação precária de terceiros ou quebra de ordem classificatória. Direito líquido e certo não caracterizado (fl. 261).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário.

Cinge-se a controvérsia sobre a existência, ou não, de direito líquido e certo à nomeação dos recorrentes aos cargos de cirurgiões-dentistas da Secretaria de Estado de Saúde do Amazonas.

Na espécie, os recorrentes foram aprovados em certame convocado pelo Edital n. 1/2005, que oferecia 112 vagas para o município de Manaus, conforme Portaria de homologação do concurso de fl. 23.

Os sete recorrentes impetraram, na origem, mandado de segurança preventivo, cujo objetivo era a imediata nomeação ou assegurar o direito à nomeação até o termo final de validade do concurso especificado no edital.

Insurgem-se contra o fato de que, até a impetração, somente haviam sido nomeados os 59 primeiros colocados e que, nos anos de 2001 a 2003, a Administração contratou profissionais mediante Processos Seletivos simplificados, em detrimento dos candidatos aprovados.

*Ab initio*, acentua-se a inexistência de demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, da alegada preterição em virtude do preenchimento das vagas por contratação precária.

Com efeito, a documentação acostada ao processado não evidencia a contratação de profissionais para os cargos pleiteados no curso do prazo de validade do certame, mas dá conta, tão-somente, de que elas ocorreram em anos anteriores.

Contudo, melhor sorte assiste aos recorrentes quanto ao argumento principal.

É que a classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação (art. 37, II e IV, CF). A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória.

A jurisprudência desta Turma reflete esse entendimento, *verbis*:

Administrativo. Concurso público. Nomeação. Direito subjetivo. Candidato classificado dentro das vagas previstas no edital. Ato vinculado.

*Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF.*

Recurso provido (RMS n. 15.034-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19.02.2004, DJ 29.03.2004 p. 255 - grifou-se).

Em recente julgado, ratificou-se a referida compreensão:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas. Direito líquido e certo. Recurso provido.

1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos.

2. *A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo.*

3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado.

4. Recurso provido para determinar a investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada (RMS n. 26.507-RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 20.10.2008 - grifou-se).

A mesma interpretação encontra eco na jurisprudência da egrégia Sexta Turma:

Administrativo. Concurso público. Candidatos aprovados dentro do número de vagas originariamente previstas. Direito subjetivo à nomeação.

1. Esta Corte firmou compreensão de que, se aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado.

2. Recurso provido.

(RMS n. 15.420-PR, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 19.05.2008).

Ainda, sobre o tema:

Servidor público. Concurso para o cargo de oficial de justiça do Estado de São Paulo. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Direito líquido e certo à nomeação.

1. O concurso representa uma promessa do Estado, mas promessa que o obriga – o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o número de vagas.

2. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, como na hipótese, possui não simples expectativa, e sim direito mesmo e completo, a saber, direito à nomeação.

3. Precedentes: RMS n. 15.034, RMS n. 15.420, RMS n. 15.945 e RMS n. 20.718.

4. Recurso ordinário provido (RMS n. 19.478-SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 25.08.2008).

Da Corte Suprema, exsurge o aresto infra:

Recurso extraordinário. Administrativo. Artigo 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: nomeação de candidato aprovado em concurso público. Prazo máximo contado da homologação do resultado do concurso público. Inconstitucionalidade.

1. *Aprovação em concurso público. Direito subjetivo do candidato à nomeação, de acordo com a respectiva ordem de classificação e no prazo de sua validade.*

2. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, artigo 77, VII. Provimento de cargo público. Iniciativa reservada ao Chefe do Executivo para edição de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes: Inconstitucionalidade formal. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando-se, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (RE n. 229.450, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 10.02.2000, DJ 30.08.2001 pp. 00065, Ement. vol. 02041-04 pp. 00683).

Com efeito, a manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.

Não discrepa desse entendimento a lição doutrinária:

Por outro lado, definido o certame, a omissão de autoridade em prover cargos vagos ofende não só ao princípio da legalidade, eis que não efetiva as nomeações quando está obrigada a fazê-lo, mas também ao da eficiência, quando não cumpre eficientemente o papel lhe imposto pela ordem jurídica. Outros princípios implícitos também são agredidos: (i) o da lealdade (a Administração não está sendo leal com os candidatos); (ii) o da boa-fé (os candidatos agindo de boa-fé, pagando os emolumentos, inscreveram-se no concurso, venceram as suas etapas, desvincularam-se de compromissos e obrigações, ficando alguns em precária situação por acreditarem na Administração); (iii) o da segurança das relações jurídicas (a omissão da Administração Pública traz descréditos para o princípio da segurança das relações jurídicas na medida em que, desacreditando os concursos públicos, traz insegurança e incerteza, caracterizadora de uma Administração de surpresas); (iiii) e o da razoabilidade (o objeto conducente do concurso é o preenchimento das vagas existentes) (*in* MOTTA, Fabrício (Coord.). O Concurso Público e o Processo Administrativo. Bacellar Filho, Romeu Felipe. 1. ed. 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75-76).

No mesmo diapasão:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Vaga anunciada no edital e não preenchida. Ato vinculado. Tribunal Pleno. Sessão administrativa. Interesse no preenchimento das vagas existentes. Nomeação da recorrente, próxima da lista classificatória a ser convocada. Direito líquido e certo. Ordem concedida.

*1. Em tema de concurso público, é cediço que o Edital é lei entre as partes, estabelecendo regras às quais estão vinculados tanto a Administração quanto os candidatos.*

*2. Veiculado no instrumento convocatório o quantitativo de cargos vagos a serem disputados no certame, bem como restando evidenciado, posteriormente, o interesse no preenchimento das vagas existentes, ante manifestação do Tribunal Pleno da Corte de origem, em sessão administrativa, importa em lesão a direito líquido e certo a omissão em se nomear candidato aprovado, próximo na lista classificatória.*

3. É o que ocorre no caso dos autos, em que a Recorrente restou enquadrada dentro das vagas originalmente ofertadas em face de uma renúncia à nomeação e de uma exoneração. Contudo, expirou-se o prazo de validade do concurso, tendo sido preenchidas apenas 3 (três), das 4 (quatro) vagas anunciadas no edital. Resta, evidenciado, portanto, a violação ao direito subjetivo da Impetrante à nomeação.

4. Recurso conhecido e provido (RMS n. 26.426-AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 19.12.2008 - grifou-se).

Acentua-se que a criação de cargos, bem como a admissão e contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, somente poderão ser executadas se houver prévia dotação orçamentária suficientes para atender às projeções de despesa de pessoal, além de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (art. 169, § 1º, I e II, CF).

Nesse contexto, torna-se oportuna a transcrição do seguinte excerto:

Nos dias atuais, não é aceitável um padrão comportamental da Administração Pública que desprestigie a confiança, a certeza de que suas atitudes devem pautar pela máxima previsibilidade. Ao dar início às solenidades que antecedem a realização de um concurso público, constatada a existência de vagas em cargos públicos, criados por lei e em número certo, frente às previsões orçamentárias, impõe-se à Administração certificar-se da premente necessidade dos provimentos decorrentes. Assim é porque a realização de uma competição desse jaez implica em movimentação, inclusive emocional, da comunidade interessada, gerando nos candidatos aprovados, com classificação consentânea com o número de vagas, a certeza da nomeação. Alguns candidatos, como é cediço, são compelidos a romperem vínculos contratuais e empregatícios ou a substabelecerem mandatos, diante da premente investidura (ob. cit., p. 75).

Nessa linha de raciocínio, afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de dotação orçamentária antes da divulgação do edital.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança em razão do reconhecimento do direito subjetivo dos impetrantes à nomeação ao cargo de cirurgiões-dentistas.

É o voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 27.419-SP  
(2008/0164496-6)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogado: Joaquim Portes de Cerqueira César e outro(s)

Recorrente: Detasa S/A Indústria e Comércio de Aço

Recorrente: Cleonice Fátima Denuni Santana

Advogado: Luiz Augusto Winther Rebello

Recorrente: Denílson Tadeu Santana

Advogado: Daniel Leon Bialski e outro(s)

Recorrido: Os mesmos

---

### EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Inquérito policial para apuração de estelionato e falsidade de documento particular. Busca e apreensão de documentos relativos à operação financeira em poder do Departamento Jurídico do Banco do Brasil. Indeferimento do *writ* pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Posterior decisão pela prejudicialidade do *mandamus*, em razão do arquivamento do inquérito. Perda de objeto não evidenciada. Falta de motivação da decisão que determinou a busca e apreensão. Ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida cautelar e de que os documentos referidos no mandado fossem relevantes para a apuração dos crimes sob investigação. Violação de sigilo profissional. Parecer do MPF pela prejudicialidade do recurso. Recurso provido, porém, para reconhecer a nulidade da decisão que determinou a busca e apreensão.

1. Não perde o objeto o *mandamus* em que se pretendia o reconhecimento da ilegalidade da ordem judicial de busca e apreensão de documentos no Dejur do Banco do Brasil, exarada em Inquérito Policial, em razão do posterior pedido de arquivamento deste, pois o arquivamento diz respeito à ausência de elementos suficientes para a instauração da Ação Penal por estelionato e à impossibilidade de identificação daquele que teria falsificado a assinatura da avalista, apesar de todas as diligências e perícias realizadas.

2. Segundo a anterior redação do art. 7º, II da Lei n. 8.906/1994, bem como do disposto no art. 243, § 2º do CPP, a inviolabilidade do escritório de Advocacia é relativa, prevista a possibilidade de nele se ingressar para cumprimento de mandado de busca e apreensão determinado por Magistrado, desde que a referida apreensão verse sobre objeto capaz de constituir elemento do corpo de delito e que a decisão que a ordena esteja fundamentada.

3. Na hipótese dos autos, vê-se que as decisões proferidas no procedimento investigativo são páldas de fundamentação; a primeira, que quebrou o sigilo bancário, não teceu qualquer consideração sobre a necessidade da medida; a segunda, que determinou a busca e apreensão, também não especificou a relevância dos documentos listados na representação da Autoridade Policial para a apuração dos ilícitos sob investigação, principalmente as correspondências internas do Departamento Jurídico referentes à auditoria feita nas operações de empréstimo com a *Detasa* e pareceres técnicos sobre a regularidade dos contratos com o *Banco do Brasil*.

4. Preserva-se o sigilo profissional do Advogado em respeito ao papel essencial que desempenha para a administração da Justiça (art. 5º, XIV, e 133 da CF) e a confiança depositada pelos clientes, vedando-se ao Juiz ou a Autoridade Policial determinar a apreensão ou apreender documentos acobertados por aquele sigilo, ou seja, todos os que possam, de qualquer forma, comprometer o cliente ou a sua defesa, seja na esfera cível seja na esfera penal, tudo em homenagem ao princípio que garante o exercício do amplo direito de defesa.

5. Recurso Ordinário provido, para reconhecer a nulidade da decisão que determinou a medida de busca e apreensão contra o Dejur do Banco do Brasil em SP, nos autos do Inquérito Policial n. 1.743/97 do 3º Distrito Policial-SP.

6. Recurso Ordinário de *Detasa S/A, Denílson Tadeu Santana e Cleonice Fátima Denuni Santana* prejudicado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A e julgar prejudicados os demais recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Sustentou oralmente: Dr. Nelson Buganza Júnior (p/ recte - Banco do Brasil S/A).

Brasília (DF), 14 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 22.06.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. O *Banco do Brasil S/A* impetrou Mandado de Segurança, em 02.02.2000, contra ato acoimado de ilegal praticado pelo MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo, consubstanciado na determinação de apreensão, mediante mandado de busca e apreensão, de vários documentos em poder do Departamento Jurídico do autor, para o fim de instruir Inquérito Policial que apurava a prática de crimes de *estelionato e falsidade de documento particular*, decisão esta proferida em 20.01.2000.

2. Na inicial do *mandamus*, alegou o Banco que o *sigilo profissional do Advogado é preceito garantido pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XIII) e complementado por Lei Federal (Lei n. 8.906/1994), que foi ignorado, bem como a garantia do direito ao sigilo bancário dos documentos apreendidos que não tinham vinculação com a ordem judicial*. Afirmou, ainda, que não poderia ter sido expedido o mandado contra qualquer das partes envolvidas no Inquérito, porque ainda não determinada quem seriam a vítima e o acusado. Ademais, a diligência não foi acompanhada de representante da Ordem dos Advogados, em ofensa ao art. 7º, II da Lei n. 8.906/1994.

3. Sustentou, por fim, que a *intenção dos Advogados da Detasa, que acompanharam e concorreram para a apropriação/subtração de pastas no local da apreensão, tem o único e exclusivo intuito de buscar provas ilícitas para as demandas cíveis existentes entre a empresa Detasa e o Banco do Brasil (fls. 11-12 - Vol. 1)*.

4. Ao final, requereu a concessão de liminar, *para determinar o desentranhamento de todos os documentos apreendidos e juntados aos autos do mencionado Inquérito Policial, inclusive aqueles anexados, que não se encontram enumerados no famigerado Mandado de Busca e Apreensão, devolvendo-os aos Impetrantes, de forma a resgatar os já maculados e quebrados sigilos profissional e bancário, este decorrente da apreensão de eventuais documentos de operações bancárias de terceiros; bem como a concessão da segurança, em caráter definitivo, decretando-se a nulidade da ordem de busca e apreensão emanada da autoridade*

*coatora, bem assim da espúria diligência encetada, conservando-se definitivamente os aludidos documentos na posse dos Impetrantes, mesmo porque os relacionados no mandado expedido pelo Juízo dos Inquéritos Policiais da Comarca de São Paulo aqueles existentes já foram acostados naqueles autos (fls. 19 -Vol. 1).*

5. A liminar foi deferida, em parte, *para que fossem restituídos os documentos apreendidos à impetrante, ficando a mesma como depositária judicial dos aludidos documentos até julgamento final do writ.* (fls. 41 - Vol. 1).

6. Posteriormente, a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, por unanimidade, denegou a segurança, cassando a liminar concedida (fls. 1.132-1.138 - Vol. 5).

7. Opostos Embargos Declaratórios pelo impetrante e pela empresa *Detasa*, foram recebidos, apenas para esclarecer que deveriam permanecer nos autos do Inquérito *todos os documentos decorrentes da apreensão que envolvessem as mesmas partes e sobre o mesmo incidente* (fls. 1.224 - Vol. 5).

8. Novos Embargos Declaratórios foram opostos pelo *Banco do Brasil S/A*, rejeitados pelo acórdão de fls. 1.347-1.348 - Vol. 6.

9. A empresa *Detasa*, em outros Embargos, pediu a aplicação ao *Banco do Brasil* da multa do art. 538, parág. único do CPC. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo julgou prejudicado o recurso, extinguindo o feito por perda de objeto, em razão da notícia de que o Inquérito Policial fora arquivado a pedido do Ministério Público Federal, que não encontrou elementos densos o suficiente para instaurar Ação Penal por estelionato ou falsidade documental por qualquer das partes envolvidas (fls. 1.426-1.427 - Vol. 6).

10. Novos Embargos, agora opostos pelo impetrante, com pedido para que fossem desentranhados do Inquérito todos os documentos que ali se encontravam, também foram rejeitados, aduzindo o voto condutor do aresto o seguinte:

O incidente posto à solução nesta instância fora a legitimidade ou não da arrecadação de documentos que se encontravam em poder do impetrante, no caso, o Banco do Brasil S/A; decidiu-se pela legitimidade da apreensão, restrita, no entanto, àqueles que envolviam somente as partes - a empresa *Detasa* integrou a lide e incidentes sobre o mesmo negócio em discussão.

Concluída sua missão, a esta C. Câmara nada mais cabe; se o Inquérito Policial acabou sendo arquivado, é no setor em que tal ocorreu que as partes, acaso pretendendo ainda alguma devolução, devem dirigir-se.

Face ao exposto, rejeitam os embargos (fls. 1.535 - Vol. 6).

11. O *Banco do Brasil S/A*, a empresa *Detasa S/A*, *Cleonice Fátima Denuni Santana* e *Denilson Tadeu Santana* interpuseram, então, os Recursos Ordinários ora em julgamento.

12. Repisando a argumentação da inicial do *mandamus*, o *Banco do Brasil S/A* sustenta a ilegalidade da decisão que determinou a busca e apreensão, porque teria atingido documentos protegidos pelo *sigilo profissional do Advogado* - relatórios elaborados pelo Departamento Jurídico e respostas às consultas formuladas pelo seu cliente, Banco do Brasil S/A sobre as operações entabuladas com a *Detasa*, objetos de proteção constitucional.

13. Alega ser impossível a extinção do feito, pois o seu objeto é a *declaração de nulidade da ordem judicial*, que não é influenciada pelo arquivamento do Inquérito Policial, até porque, argumenta, *os efeitos dessa ordem flagrantemente ilegal extrapolaram os limites do Inquérito Policial, pois os documentos obtidos foram fotocopiados e juntados pela empresa Detasa nos autos da ação de execução que o Banco do Brasil lhe promove, em trâmite na 2ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga-SP, processo 861/95.*

14. No Recurso Ordinário interposto pela empresa *Detasa*, por *Cleonice Fátima Denuni Santana* e *Denilson Tadeu Santana*, argumenta-se igualmente com a impossibilidade de extinção do *mandamus*, porquanto a legalidade do ato judicial já havia sido proclamada pelo Tribunal *a quo*. Dessa forma, requer o restabelecimento do provimento de mérito, com a manutenção do acórdão que considerou legal a ordem de busca e apreensão. Consequentemente, pede a apreciação do conteúdo dos Embargos Declaratórios opostos pelos recorrentes, que objetivavam a imposição de multa ao impetrante, recalcitrante no cumprimento da determinação judicial de devolução aos autos do Inquérito dos documentos relacionados no mandado (fls. 1.632-1.644 - Vol. 7).

15. O MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Maurício Azevedo Gonçalves*, manifestou-se pelo desprovimento de ambos os recursos (fls. 2.300-2.304).

16. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Como se depreende dos autos (informações prestadas pelo MM. Juiz do Departamento de Inquérito Policial - fls. 45-50, acórdão do TCU - fls. 1.646-1.674, e pedido

de arquivamento do Inquérito - fls. 1.383-1.387), entre o *Banco do Brasil* e a empresa *Detasa S/A Indústria e Comércio de Aço*, que tem como sócio majoritário o ora recorrente *Denilson Tadeu Santana*, foi celebrado contrato para obtenção de empréstimo pela Resolução n. 63 do Bacen.

2. Outros contratos envolvendo a referida empresa (cédulas de crédito industrial) foram entabulados entre as partes. O não pagamento de uma das cédulas de crédito gerou ação executiva proposta pela instituição financeira contra a empresa e os avalistas. No bojo desta Ação (Ação de Execução n. 861/95), uma das avalistas (*Cleonice Fátima Denuni Santana*, esposa do sócio majoritário) afirmou ser falsa sua assinatura na cédula de crédito industrial executada. Foram apontadas, ainda, pelos devedores, diversas irregularidades nos referidos contratos, que teriam sido preenchidos abusivamente pela instituição financeira.

3. O Banco, por sua vez, segundo o pedido de arquivamento do Inquérito feito pelo MP (fls. 1.383-1.387 - Vol. 9), aventava a possibilidade de a falsidade da assinatura ter sido realizada dentro da própria empresa, porquanto a avalista não participava dos negócios e dificilmente teria acesso aos contratos firmados pela mesma. Tendo em vista que o sócio *Denilson Tadeu Santana* estava tentando anular um título de crédito, pelo motivo de falsificação da assinatura da sua mulher, título este que ele assinara, como sócio majoritário, reconhecendo a titularidade da cédula em favor do Banco do Brasil, sendo verdadeira a sua assinatura, a instituição financeira levou ao conhecimento do Ministério Público a *notícia criminis*, de que, provavelmente, a referida falsificação do documento teria sido realizada com o intuito, premeditado, do não pagamento do empréstimo tomado com a instituição.

4. Em face das denúncias de ambas as partes, foi instaurado Incidente de Falsidade nos autos da Ação Executiva, que comprovou serem falsas as assinaturas da avalista, além de Inquérito Policial, *este para apuração de eventuais crimes de estelionato e falsificação de documento particular*. Também foi feita denúncia, pelos executados, perante o Tribunal de Contas da União (acórdão TCU - 1.646-1.6764 - Vol. 7).

5. Nos autos do referido Inquérito Policial, foi requerido pela Autoridade Policial ao Juízo que solicitasse ao Departamento Jurídico do Banco do Brasil S/A os *originais* dos documentos relativos as transações com a empresa *Detasa S/A*, a saber:

- a) proposta de operação para obtenção de empréstimo pela Resolução n. 63 do Banco Central no valor de dez milhões de dólares; b) documentos

das propostas que embasaram a liberação nos moldes dos preenchimentos das cédulas juntadas nas ações de execução; c) documentos relacionados à promessa da liberação à promessa da liberação da operação 63 do Banco Central; d) documentos comprobatórios da contabilização referentes às transações firmadas com a empresa Detasa S/A; e) cópias dos balanços do terceiro e quarto trimestres de 1994; f) comprovantes dos documentos de depósito dos valores na conta da empresa Detasa S/A; original da escritura pública de confissão de dívida que, em tese, jamais teria sido firmada pela empresa Detasa ou por Denilson mas utilizada para contabilização da impetrante (doc 12); h) original de correspondência indicativo de que nenhum valor teria sido depositado na conta-corrente da empresa Detasa e sim liberados por meio de monitoramento com relação aos pagamentos realizados em favor da Usinas (dos. 13); i) original do documento relatando que as linhas prometidas eram regidas pela Resolução n. 63 do Banco Central do Brasil; j) original do documento informando que a dívida era oriunda de inúmeras promessas de empréstimo a juros suportáveis; l) documento informando a obtenção de empréstimo pela Resolução n. 63 do Banco Central no valor de cinco milhões de dólares, bem como da realização de novo empréstimo no importe de dez milhões de dólares pela mesma operação; m) original do documento do Departamento Jurídico do Banco do Brasil, subscrito pelo Dr. Rogério Ivan Laurenti, o qual noticiaria que as cédulas industriais estariam em branco até a data de 12 de dezembro de 1994 - "9. Caso a via original da cédula n. 94/00092-1, ainda esteja em poder dos devedores a Agência, com a habilidade que a situação exige deverá reivindicar a sua imediata devolução e 11. Quanto a utilização daquela cédula que se acha assinada em branco, consideramos tratar-se de deliberação que refoge à alçada deste Nujur. Destacamos, apenas, a existência de inconvenientes, como o fato de que a data de sua emissão está limitada ao dia 30.06.1994 em vista de estar ela exarada em URV/CR\$" (doc. 14). (fls. 47 - Vol. 1).

6. Após manifestação favorável do MP, foi determinada a quebra de sigilo bancário e a requisição dos documentos, decisão esta proferida em 21.12.1998, em que se aduziu somente o seguinte:

Diante dos termos da representação, justificada a medida excepcional, defiro a quebra de sigilo bancário, com fundamento no art. 38, parágrafo 1º da Lei n. 4.595 de 31.12.1964. Solicitem-se as informações que deverão ser encaminhadas diretamente a este Juízo em caráter sigiloso.

Oficie-se assinalado o prazo de 30 dias para a resposta. (fls. 135 - Vol. 1).

7. O *Banco do Brasil*, na oportunidade, não recorreu desta decisão e ora solicitava prazo maior para fornecer os documentos, ora questionava a necessidade da medida e pedia a sua reconsideração, razão porque, não tendo sido apresentados, em 20.01.2000, foi determinada a busca e apreensão, nesses termos:

De fato, como apontado pelo subscritor de fls. 524-538 não há mais espaço para protelamento das diligências requisitadas em dezembro de 1998 (fls. 448). Aliás, a pertinência da medida, objeto de representação da autoridade policial, já foi examinada por este Juízo. De mais a mais qualquer dificuldade em localização dos documentos há muito já deveria ter sido superada. Destarte, defiro a expedição de mandado de busca e apreensão com prazo de validade de cinco dias a ser cumprido pelo Sr. Oficial de Justiça. Comunique-se à autoridade policial responsável pelo andamento do presente Inquérito Policial para que esta acompanhe a diligência ora determinada por este Juízo, notadamente diante da representação de fls. 434. (fls. 163 - vol I).

8. Impetrado o *mandamus* após a diligência de busca e apreensão, a liminar foi deferida, em parte, *para que fossem restituídos os documentos apreendidos à impetrante, ficando a mesma como depositária judicial dos aludidos documentos até julgamento final do writ*. (fls. 41 - Vol. 1).

9. Posteriormente, quanto ao mérito, assim concluiu o voto condutor acórdão recorrido:

Trata-se de delicado incidente envolvendo o Banco do Brasil, seu Departamento Jurídico, cliente e agora o MM. Juiz de Direito do Dipo, contra quem a impetração é dirigida.

Segundo se constata, perante o 3º Distrito Policial tramita inquérito policial para apuração de eventual *estelionato e outras fraudes* (fls. 130), *figura penal, provisória*, registrada em tal administrativo.

O ilustre Magistrado do Dipo, reiteradamente requisitou ao Banco do Brasil uma série de documentos que entendeu pertinentes àquela primária instrução; recebia, também reiteradamente, respostas evasivas, ou por outras os destinatários não negavam a legitimidade do determinado, mas também não atendiam a determinação judicial.

Com desprestígio à solta, a solução encontrada foi a expedição de busca e apreensão (fls. 21) para o recolhimento compulsório dos documentos que envolveram as transações da Empresa *Detasa S/A*, com a Agência Ipiranga dessa Banco... (fls. 21) relacionados na representação.

Expedido regular mandado, deu-se-lhe cumprimento.

Os impetrantes insurgem-se com veemência, até exagerada, ao descrever a apreensão como subtração, expressão que juridicamente tem conotação de ilícito penal, mas sem razão.

Sigilo bancário é o princípio que atende aos interesses do cliente, ou, no dizer de *Nelson Abrão*, se caracteriza como sendo a obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras

informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares (cf. DIREITO BANCÁRIO, 6ª ed., p. 51).

Assim, no que se relaciona com os litisconsortes, não se vê pertinência alguma entre o posicionamento bancário e aqueles e o decantado segredo.

De outro lado, a inviolabilidade do escritório do advogado (ou onde exerça seu honrado mister), expressamente cede passo em caso de busca e apreensão determinada por magistrado (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, inc. II, *in fine*), enquanto que o Código de Processo Penal dispõe que não será permitida a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado, *salvo quando constituir elemento do corpo de delito* (art. 243, § 2º).

De efeito, o varejamento de escritório de advocacia comporta considerações: sua inviolabilidade não é dogma, como ressalvado por *Cleuni A. Valentim Bastos Pitombo*, ao dispor que A inviolabilidade do escritório de advocacia não é absoluta. Rogério Lauria Tucci diz: não se pode ter com efeito, como irrestrita, absoluta, a proteção conferida ao defensor do acusado, em benefício da defesa ampla, plena, deste, colocando o seu escritório ao abrigo das buscas ordenadas com o fito de esclarecer o crime investigado. Especialmente quando nele se encontre documento integrante do corpo de delito... (Da Busca e Apreensão no Processo Penal, ed. Revista dos Tribunais, p. 153).

J. F. MIRABETE, de seu turno, ao comentar o art. 243, do Código de Processo Penal e mencionando a figura do defensor, lição que se adapta ao caso vertente, excepciona a proibição quando se tratar de elemento de corpo de delito, como, por exemplo, de falsidade documental, de estelionato por meio de contrato etc (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., p. 319).

Anote-se, em tal passo, que a reprodução do art. 7º, inc. II, do Estatuto da Advocacia, feita pelos impetrantes, não veio correta, no ponto em que afirmou a necessidade da presença de representante da egrégia Ordem dos Advogados do Brasil, quando de busca e apreensão, isto porque, nesta parte, houve suspensão liminar de sua eficácia pelo colendo Supremo Tribunal Federal, na Adin n. 1.127-8.

Desimportante o argumento de que “jamais poderia ser autorizado o cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão contra qualquer das partes, pois ainda não se definiu o acusado ou a vítima neste Inquérito Policial (cf. fls. 8, item 14), isto porque, ao que se aduz *ad argumentandum* para a apreensão, não é exigida a prévia instauração de inquérito policial na investigação preliminar... (RJTJ-SP 20/225, Rel. Henrique Machado), inteligência igualmente sufragada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, cf. RSTJ, 18/238, Rel. Min. William Patterson.

De concluir-se, então: confortada pela lei a correta atitude da ilustre autoridade apontada como coatora que pacientemente aguardou solução tranqüila, sem alcançar sucesso.

Dispôs sua Excelência sobre documentos pertinentes as partes – bancos e clientes –, obviamente interessantes ao desate do que trata o inquérito policial; aliás, assim não fosse, deveria o banco impugnar a requisição quando a recebeu, especialmente porque o prazo de 120 dias mencionados no art. 18 da lei específica (Mandado de Segurança) é decadencial e não se interrompe com pedidos de reconsideração. *In casu*, a exigência do D. Magistrado remonta a 1998; com maior precisão, a 05 de março de 1999, o que se confere das informações (fls. 48), posto que acolá já estaria ocorrendo o abuso, pelo menos quanto aos documentos entre as partes.

Aliás, a quebra de sigilo bancário fora decretada pelo r. despacho de fls. 135, datado de 21.12.1998.

Ocorre que a D. Autoridade coatora, atendendo reclamo dos impetrantes que mencionava apreensão de documentos estranhos às partes, (*v.g.*, dossiê a empresa J. B. Duarte, cf. fls. 40) e ao que parece determinou a devolução dos documentos eventualmente retirados e que não guardassem relação com o objeto da medida cautelar (cf. fls. 165, v.), o que deve ser cotejado com o que consta nas informações, à respeito, do Dr. Delegado de Polícia, notadamente às fls. 172 onde registrada a rebeldia dos impetrantes (poderiam ter retirado os que não estavam relacionados).

Documentos estranhos, pois, já não mais estavam sob o crivo da busca e apreensão, fato, aliás, anotado pelo ilustre parecerista, a quem estranha pareceu a pretensão dos impetrantes.

Dois pontos merecem saliência: a) inquérito policial para apuração de eventual estelionato e outras fraudes; b) ação de natureza civil entre impetrantes e litisconsortes.

Aqui trata-se do primeiro item, de legitimidade já proclamada; a extrema diligência determinada pelo ilustre impetrado decorreu, exclusivamente, da negligência dos impetrantes; quanto ao segundo item, com o qual muito preocuparam-se os autores, é seara estranha aos lindes do *mandamus* nesta esfera penal.

A pena processual requestada pela D. Procuradoria Geral de Justiça, pese a argumentação sempre bem recepcionada, afigura-se incompatível na medida em que os impetrantes pretendiam a devolução de todos os documentos apreendidos, não somente daqueles sobre os quais já detinham disponibilidade, inobstante o vigor da sustentação exposta pelo eminente 2º Juiz que a impunha no valor de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais), no que parcialmente vencido.

Em resumo: os documentos constantes na representação e que motivou a diligência ora guerreada, permanecerão nos autos do inquérito policial, já que, a critério da D. Autoridade Policial, encampado pela MM. Autoridade coatora, são necessários à elucidação dos fatos aparentemente ilícitos, e cuja autoria se persegue, assinalando-se o prazo de 3 (três) dias para o atendimento do que ora se determina sob pena de responsabilidade penal.

Face ao exposto, cassada a r. liminar, denegam a ordem nos termos do Acórdão, oficiando-se com urgência. (fls. 1.134-1.138 - Vol. 5).

10. Opostos Embargos Declaratórios pelo impetrante e pela empresa *Detasa*, foram recebidos, apenas para esclarecer que deveriam permanecer nos autos do Inquérito *todos os documentos decorrentes da apreensão que envolvessem as mesmas partes e sobre o mesmo incidente* (fls. 1.224 - Vol. 6).

11. Outros Embargos foram opostos pelo impetrante, também rejeitados (fls. 1.347-1.348 - Vol. 6). A empresa *Detasa*, em novos Embargos, pediu a aplicação da multa do art. 538, parág. único do CPC ao *Banco do Brasil*, bem como a ratificação do prazo inicialmente concedido para a restituição de todos os documentos aos autos do Inquérito Policial, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, porque o impetrante ainda não teria cumprido a ordem de fazer retornar àqueles autos a documentação sob sua guarda em razão da liminar.

12. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo  *julgou prejudicado o recurso, extinguindo o feito por perda de objeto, em face da notícia de que o Inquérito Policial fora arquivado a pedido do Ministério Público Federal, que não encontrou elementos densos o suficiente para instaurar Ação Penal por estelionato ou falsidade documental por qualquer das partes envolvidas* (fls. 1.426-1.427 - Vol. 6).

13. Outros Embargos, agora opostos pelo impetrante, solicitando o desentranhamento dos autos do Inquérito de todos os documentos que ali se encontravam, também foram rejeitados, esclarecendo o Tribunal *a quo* que *o incidente posto à solução nesta instância fora a legitimidade ou não da arrecadação de documentos que se encontravam em poder do impetrante, no caso, o Banco do Brasil S/A; decidiu-se pela legitimidade da apreensão, restrita, no entanto, àqueles que envolviam somente as partes - a empresa Detasa integrou a lide e incidentes sobre o mesmo negócio em discussão. Concluída sua missão, a esta c. Câmara nada mais cabe; se o Inquérito Policial acabou sendo arquivado, é no setor em que tal ocorreu que as partes, acaso pretendendo ainda alguma devolução, devem dirigir-se.* (fls. 1.535 - Vol. 6).

14. Este aresto deu origem aos presentes Recursos Ordinários.

15. Quanto à perda de objeto do *mandamus*, com razão os recorrentes. É que o objetivo pretendido no *writ* era a declaração de legalidade ou ilegalidade da ordem judicial de *busca e apreensão*, com sua *consequente anulação*. O arquivamento do Inquérito diz respeito à ausência de elementos suficientes para a instauração

da Ação Penal por estelionato e à impossibilidade de identificação daquele que teria falsificado a assinatura da avalista, apesar de todas as diligências e perícias realizadas.

16. Quanto à ilegalidade do ato que determinou a *busca e apreensão*, com razão o impetrante.

17. Na sistemática da Lei n. 8.906/1994, não há falar em inviolabilidade absoluta do escritório de Advocacia, *prevista a possibilidade de nele se ingressar, para cumprimento de mandado de busca e apreensão determinado por Magistrado* (art. 7º, II, *in fine*, da Lei n. 8.906/1994), desde que a referida apreensão verse sobre *objeto capaz de constituir elemento do corpo de delito* (art. 243, § 2º do CPP), bem como que a decisão que ordena a medida cautelar esteja fundamentada.

18. Preserva-se o sigilo profissional do Advogado em respeito ao papel essencial que desempenha para a Administração da Justiça (art. 5º, XIV e 133 da CF) e a confiança depositada pelos clientes, vedando-se ao Juiz ou a Autoridade Policial determinar a apreensão ou apreender documentos acobertados por aquele sigilo, ou seja, *todos os que possam, de qualquer forma, comprometer o cliente ou a sua defesa, seja na esfera cível seja na esfera penal, tudo em homenagem ao princípio que garante o exercício do amplo direito de defesa*.

19. Excetua-se, no caso do Advogado, como dito, a *apreensão de objetos que constituam o próprio corpo de delito*. Assim, não é ilegal a determinação judicial de *busca e apreensão em escritório de Advocacia, durante a fase investigativa, desde que satisfatoriamente demonstrada a necessidade da medida para evitar o desaparecimento ou adulteração de provas indispensáveis à comprovação da materialidade do delito*.

20. Na hipótese dos autos, porém, vê-se que as decisões proferidas no procedimento investigativo são pálidas de fundamentação; a primeira, que determinou a quebra do sigilo bancário, não teceu qualquer *consideração sobre a necessidade da medida*. Tenho defendido que *o principal e intransponível limite da quebra dos sigilos será sempre a sua necessidade inafastável, ou seja, somente se legitima o ato de excepcionamento da garantia constitucional quando for evidentemente impossível obter-se a prova do ilícito por outra via processual, de modo que fica a exceção como medida extrema, cuja utilização deve ser reservada para os casos também extremos*.

21. A segunda, que determinou a busca e apreensão, também não especificou a relevância dos documentos listados pelo Delegado para a apuração dos ilícitos sob investigação. O Banco do Brasil, desde o início, questiona a determinação de apreensão de certos documentos - *correspondências internas*

do Departamento Jurídico referentes à auditoria feita nas operações com a *Detasa*, pareceres técnicos sobre a regularidade dos contratos, sempre salientando que seriam desnecessários para a investigação em curso e somente interessariam à empresa que, na ação executiva, buscava anular o título de crédito, daí porque protegidos pelo *sigilo profissional*.

22. A Autoridade Policial que requereu a busca e apreensão e especificou os documentos o fez exatamente nos termos do pedido da *Detasa*, como se observa da petição de fls. 110-113 (Vol. 1), sem questionar a importância que teriam para a apuração do *estelionato ou da falsidade*. O MM. Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais, igualmente, limitou-se a deferir o requerimento do Delegado.

23. Para se evitar a justificativa astuciosa, exige-se que o discurso motivacional para ambas as situações (quebra de sigilo bancário ou medida de busca e apreensão em escritório de Advocacia) se apresente com as seguintes características, todas reciprocamente implicadas e sem ordem de precedência ou de importância entre elas: (a) exige-se que a fundamentação da decisão seja completa (*completude*); (b) que seja argumentativa (*dialeiticidade*); (c) que seja pertinente (*correspondência*); (d) que seja racional (*consonância*); e também (e) que seja explícita (*explicitude*). Nesse sentido:

Não há impedimento legal quanto à realização da diligência de busca e apreensão, durante a fase investigativa, desde que seja decretada por autoridade judicial e satisfatoriamente demonstrada a necessidade da medida cautelar para se evitar o desaparecimento ou adulteração de provas imprescindíveis à apuração de delito. (RMS n. 19.772-MT, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 17.11.2008).

24. Importante registrar que grande parte da documentação existia nos autos da Ação Executiva. A falsidade da assinatura já tinha sido declarada. Dest'arte, os demais documentos pretendidos *eram absolutamente desnecessários para a apuração do estelionato ou da autoria da falsidade*, diante dos elementos probatórios já coletados na Ação Cível e no Incidente de Falsidade, tanto que o Inquérito foi arquivado, além de estarem protegidas pelo sigilo profissional do Advogado.

25. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Ordinário manejado pelo *Banco do Brasil*, para declarar a nulidade da decisão que determinou a medida de busca e apreensão em apreço efetivada no Departamento Jurídico do recorrente, julgando-se prejudicado o Recurso Ordinário de *Detasa S/A, Denílson Tadeu Santana e Cleonice Fátima Denuni Santa*.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.061.150-PR (2008/0114173-2)**

---

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Laura Beatriz Gonzalez Esquivel

Advogado: Sabrina Lanziotti Fonseca

---

**EMENTA**

Penal. Recurso especial. Art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos). Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Vedação à combinação de leis. Minorante (texto legal vinculado). Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, inciso XL da CF/1988) que impõe o exame, no caso concreto, de qual regra legal, em sua integralidade, é mais favorável à recorrida.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. *Todavia*, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita *in concreto*, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, *retroatividade da regra nova* ou *ultra-atividade da norma antiga*.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 *inovou no ordenamento jurídico* pátrio ao prever uma *causa de diminuição* de pena *explicitamente vinculada* ao novo apenamento previsto no *caput* do art. 33.

III - Portanto, *não há* que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei n. 6.368/1976) gerando daí uma *terceira norma não elaborada e jamais prevista* pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, *inexoravelmente*, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

V - Em homenagem ao *princípio da extra-atividade* (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, *caso a caso*, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre *quantum* mais elevado. Contudo, *jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita*.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica *que seja desvinculada*, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada *combinação de leis*.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, *v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso*. Dentre os estrangeiros, *v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muños Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina*.

VIII - Na espécie, do confronto entre os diplomas legais, concluiu-se que a aplicação dos comandos insertos na Lei n. 11.343/2006, inclusive suas penas mais rigorosas, resulta situação mais favorável à recorrida do que se regulada pelas disposições da Lei n. 6.368/1976.

IX - Assim, embora seja vedada a combinação de leis propugnada pelo e. Tribunal *a quo*, faz jus a recorrida à minorante inserta no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, incidindo a diminuição sobre a pena prevista no art. 33, *caput*, da referida Lei.

Recurso parcialmente provido para, afastada a combinação de leis, aplicar-se ao caso as regras insertas na Lei n. 11.343/2006.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 03.08.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público Federal*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da *Lex Fundamental*, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal n. 2006.70.02.008260-9.

Retratam os autos que a ora recorrida foi condenada como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inciso I, ambos da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos), à pena de *03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão*, mais o pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, *substituída a pena privativa de liberdade* por duas restritivas de direitos.

Irresignada, a defesa apelou postulando a aplicação da minorante inculpada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O e. Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso, em v. acórdão assim ementado:

Penal e Processual. Tráfico de entorpecentes. Sanção. *Novatio legis in mellius*. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1. Todo dispositivo legal superveniente que venha a beneficiar o réu, encontrando suporte nas circunstâncias subjetivas e objetivas que permeiam o fato típico, deve ser aplicado, ainda que em combinação com regras mais benéficas constantes da legislação anterior. 2. A Nova Lei de Tráfico (n. 11.343/2006) introduziu, no seu art. 33, § 4º, causa de diminuição de pena. Trata-se de norma em vigor apresentando critérios específicos para sua incidência, não podendo o julgador abster-se de aplicá-la na hipótese de preenchimento dos requisitos legais. Precedentes desta Turma (fl. 133).

Daí o presente apelo nobre, no qual alega o *Parquet Federal* violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Afirma, para tanto, que “(...) ao prever o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica, o parágrafo único do art. 2º do Estatuto Repressivo não autorizou a que o Judiciário, combinando dispositivos de leis diversas, sucessivas no tempo, um ab-rogada pela outra, rendesse verdadeira *lex tertia*, de evidente natureza híbrida e em momento algum concebida, per se, pelo legislador.” (fl. 143). Ao final, pugna pelo provimento do

recurso, a fim de que seja afastada a combinação de leis consignada no v. acórdão vergastado e restabelecida a r. sentença de primeiro grau.

Com as contra-razões e admitido o recurso (fl. 189 e verso), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 196-199, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A questão posta em exame neste recurso cinge-se em verificar se é admissível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em favor da recorrida.

O ponto a ser enfrentado merece, dada à sua importância, uma breve reflexão.

A *Constituição Federal* reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da *retroatividade da lei penal mais benéfica*, assim como o *Código Penal* (art. 2º, parágrafo único). Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo *após* o trânsito em julgado da condenação.

Essa regra, mormente por decorrer expressamente da Carta Magna, não se questiona, é inafastável.

A Lei n. 11.343/2006, que veio disciplinar o *Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas* e, assim, tratar dos crimes atinentes à repressão ao *tráfico de substâncias entorpecentes*, dentre outras providências, acrescentou uma causa de diminuição de pena em relação a este delito nos seguintes termos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

*Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (original sem grifo)*

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (original sem grifo)

À primeira vista, parece que a aplicação da *minorante* seria de rigor aos casos ocorridos antes de sua vigência por se tratar, genericamente, de *lex mitior*.

Entretanto, esse raciocínio, a meu ver, não está correto.

A causa de diminuição prevista na nova lei, *inquestionavelmente*, veio dar concretude aos *princípios da proporcionalidade* e da *individualização da pena* na medida em que, embora o novel diploma tenha previsto penas maiores para o delito de tráfico se comparada à lei anterior, com a *minorante*, possibilitou *diferenciar* a conduta daquele que não está incursionado, por assim dizer, no mundo do crime e que, portanto, não merece uma reprimenda tão severa quanto as previstas na novel lei. Nessa linha: HC n. 96.242-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 09.06.2008.

A *ratio*, portanto, da previsão da *causa de diminuição* contida na nova lei justifica-se pelo *maior rigor* (pena mínima de 5 anos) que a *novatio legis* dispensou ao tratamento do crime de *tráfico de entorpecentes*.

Assim, pretender-se aplicar a causa de diminuição em relação ao crime cometido na *vigência da antiga lei* - que possuía a pena mínima menor; 3 anos - a pretexto de se homenagear o *princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica*, na verdade, constituiria em atuação indevida do *jugador* nas vezes do *legislador*, posto que, desse modo, com tal procedimento, estar-se-ia criando indevidamente uma *terceira lei não pretendida*.

Explico.

A Lei n. 6.368/1976 estabeleceu como pena para o delito em exame *sanção de 3 a 15 anos de reclusão* ausente causa de diminuição, o que significa que a pena mínima não seria menor do que três anos. Por sua vez, a *nova lei* previu as *penas de 5 a 15 anos*. Contudo, diferentemente da anterior, contemplou *causa de diminuição* que poderá variar de 1/6 a 2/3. Supondo-se, por exemplo, que a pena seja fixada no mínimo e que seja aplicada a *minorante* em seu grau máximo, a pena final será de *1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão*. Todavia, se aplicada, nos mesmos moldes, a *minorante*, em combinação - indevidamente advirta-se desde já - à Lei n. 6.368/1976, poderá se alcançar uma *pena final de 1 (um) ano de reclusão*. Daí a crítica ao surgimento de nova regra para regular o crime de

tráfico não prevista pelo legislador, qual seja, a *possibilidade de aplicação de pena mínima de apenas um ano de reclusão*.

*Em suma*: a *minorante* pode ter aplicação retroativa, *mas desde que* a pena a ser considerada como parâmetro seja a prevista no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 que em relação a ela, repita-se, é *indissociável*.

Assim, a retroatividade *deve ser total*, *mas jamais parcial*, fruto da *combinação de leis*, pois no caso em exame, reitera-se, a causa de diminuição somente possui *razão de ser* se analisada em conjunto à nova faixa de apenamento trazida pelo novo diploma legal.

Dessarte, deve-se, *caso a caso*, verificar qual a *situação mais vantajosa* ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual, muito embora contemple penas mais altas, prevê a possibilidade de incidência da causa de diminuição. Contudo, de forma alguma admitir-se-á a combinação dos textos legais.

Essa orientação, inclusive, já foi seguida em precedentes oriundos da *Quinta Turma* desta Corte, *v.g.*:

*Habeas corpus*. Paciente condenada por tráfico de drogas. Pena concretizada em 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Crime de tráfico cometido na vigência da Lei n. 6.368/1976. Redução de 1/6 até 2/3 da pena. Retroatividade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas). Inadmissibilidade. Combinação de leis. Aplicação de uma ou outra legislação, em sua integralidade, conforme for melhor para a acusada ou sentenciada. Vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, por se tratar de crime de tráfico. Constrangimento ilegal. Crime hediondo cometido antes da Lei n. 11.464/2007. Progressão de regime. Exigência de cumprimento de 2/5 da pena pelo Tribunal de origem. Ultratividade da *lex mitior*. Constrangimento ilegal. Precedentes do STJ. Ressalva do ponto de vista do Relator. Ordem concedida.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei n. 6.368/1976, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma - uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível

de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.

3. Na hipótese, o § 4º faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

4. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2º do CPB e 5º, XL da CF/1988), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor à acusada ou sentenciada.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de tráfico ilícito de drogas, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente.

6. Entretanto, as Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros julgados, a possibilidade dessa substituição, para delitos cometidos sob a égide da Lei n. 6.368/1976, em vista da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, para penas que não ultrapassem 4 anos.

7. Esta Corte já pacificou a orientação de que o lapso temporal exigido para a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos, antes da vigência da Lei n. 11.464/2007, é o previsto no art. 112 da LEP (1/6). Precedentes.

8. Revela-se inaceitável, do ponto de vista jurídico, que os condenados por crimes hediondos ou equiparados possam progredir de regime carcerário nas mesmas condições de tempo exigidas para os condenados por crimes comuns, pois isso significa mitigar a nota de hediondez do delito, tornando iguais, para esse efeito, situações de todo dessemelhantes.

9. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer a paciente, bem como para reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, após verificar o preenchimento dos requisitos exigidos, notadamente, a satisfação das

condições subjetivas para a fruição do benefício (art. 44, III do CPB) e, ainda, para que o Juiz da Vara de Execuções Penais aprecie o requerimento de progressão de regime do paciente, decidindo-o como entender de direito, atentando para a satisfação dos requisitos objetivos e subjetivos, na forma como disciplinados pelo art. 112 da LEP.

(HC n. 96.242-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 09.06.2008).

*Habeas corpus*. Penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Nova Lei de Tóxicos. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Possibilidade de aplicação caso o apenado satisfaça os requisitos legais. Cisão de dispositivos legais. Vedação. Substituição da pena. Possibilidade. Precedentes. Regime prisional mais gravoso. Pena-base fixada no mínimo legal. Inadmissibilidade. Aplicação do regime aberto.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos reduz-se para menos de 03 anos, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

3. Na espécie, conquanto o magistrado tenha decidido pela combinação de leis – o que não se admite – com a aplicação da minorante prevista na Lei nova sobre o *quantum* da pena-base prevista na Lei antiga, ao proceder sua fixação, por não se utilizar do percentual máximo de redução, acabou por quantificar a pena em igual patamar ao adotado por esta Corte, mostrando-se, pois, despicienda a análise da tese de constrangimento ilegal pela não-aplicação da minorante em seu grau máximo, de 2/3.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena. Aplicação do regime aberto. Inteligência do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, mediante as condições a serem estabelecidas pelo juízo da execução, providência que concedo de ofício, bem como para, afastando o

óbice ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, determinar ao Tribunal de origem que prossiga na análise dos demais requisitos.

(HC n. 101.535-RJ, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 02.06.2008).

A tese aqui sustentada - que não admite a combinação de leis para se alcançar uma terceira não prevista pelo legislador - encontra guarida na opinião de respeitáveis autores nacionais e estrangeiros.

Entre aqueles, Nelson Hungria leciona: “cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, de outro modo, *estaria o juiz, arvorado em legislador*, formando uma terceira, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.” (in *Comentários ao Código Penal*, vol.1, 1949, p. 96).

Antbal Bruno, discorrendo acerca da delimitação do que seria a lei penal mais benéfica adverte que “esse princípio da aplicação da lei mais benéfica, como meio de resolver o conflito de leis penas sucessivas, sugere um problema nem sempre de fácil solução” para depois concluir que “não é lícito tomaram-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em sua totalidade.” (in *Direito Penal, Parte Geral - Tomo I*, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 255-256).

Na mesma senda, Heleno Cláudio Fragoso, que é enfático em afirmar que “em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas parcialmente” (in *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 15ª edição, 1995, p. 106).

Entre os estrangeiros:

Jiménez de Asúa (in *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 5ª edição, Editora, Losada, Buenos Aires, p. 634), ensina que “*interesa dejar bien sentando que para hallar la solución más favorable para el delincuente no es posible combinar varias leyes; es decir, que no es dable dividir la ley antigua y la nueva en varias partes para aplicar al acusado las disposiciones más benignas de la una y de la otra al mismo tiempo, sino que, debiendo hacer uso el Juez de la ley más benigna, no puede darse al reo un trato jurídico que, por ser derivado de las dos, no es propio de la ley nueva ni de la antigua. Lo contrario sería autorizar al magistrado para crear una tercera ley - con disposiciones de la precedente y de la posterior -, con la cual se arrogaría funciones legislativas que no tiene.*”

Sebastián Soler conclui que “ese examen comparativo debe concluir por la elección de una ley, es decir, **que será ilícita la aplicación al mismo caso, simultánea e sucesivamente, de disposiciones de leyes distintas**, en cuyo caso no se aplicaría en realidad ninguna ley, dictada por el poder legislador, sino una nueva ley confeccionada por el juez, con elementos de distintas leyes, para un caso concreto. No son lícitos los reenvíos de una e otra ley en procura de las disposiciones más favorables: **elegida una ley, ésta se aplica en su integridad, y en todo su régimen**”. (in Derecho Penal Argentino, Volume 1, 4ª edição, Editora Tipografica, Buenos Aires, 1992, p. 260)

Reinhart Maurach/Heinz Zipf, sintetizam a questão afirmando que “sólo procede la aplicación de la nueva ley y **queda excluida una combinación de posibilidades que pudieren ser más favorables al autor**” (in Derecho Penal - Parte General, Tradução da 7ª edição alemã, Editora Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 202).

E, esse entendimento - que *repele a possibilidade de combinação de leis como forma de se alcançar uma terceira*, em tese mais favorável ao acusado - continua majoritário ao longo do tempo.

Com efeito, *Edgardo Alberto Donna* consigna que “...no se deben hacer **mixturas o combinaciones de leyes habida cuenta de que, en ese caso, seria el juez quien dicta una nueva ley violando el principio que los delitos y las penas deben ser sólo obra del legislador**. Por eso aunque sea posible que la reforma parcial de la ley anterior pueda ser más beneficiosa en algunos aspectos y más gravosa en otros, **sólo es procedente la elección de una de las leyes en cuestión**.” (in Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fé, 2006, p. 414-415).

Idêntica é a ensinança de *Francisco Muños Conde* e *Mercedes García Arán* que asseveram: “El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos **beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso**. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas.

**Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una norma nueva (lex tertia) y desempeñando con ello funciones**

*legislativas que no le competen.*” (in Derecho Penal - Parte General, 5ª edição, Editora Tirant lo Blanch Libros, Valência, 2002, p. 144).

Gonzalo Quintero Olivares leciona que “...lo que resulta imposible, pues se opone al principio de legalidad, es aplicar una ley que nunca ha existido como tal y que el intérprete compone tomando lo que le parece mejor de cada ley en presencia, **pues la competencia para crear leyes penales no pertenece al juez**”. (in Parte General del Derecho Penal, Editora Thomson Aranzadi, 2005, p. 150).

Diego-Manuel Luzón Peña, seguindo as lições de Jiménez de Asúa, destaca que “hay que optar por una o por otra ley, pero que no se pueden combinar los preceptos más favorables de la ley anterior y la posterior, **pues eso sería formar una ley nueva.**” (in Curso de Derecho Penal - Parte General I, Editorial Universitas, S.A, Madri, p. 187).

Para Guillermo Fierro “**la doctrina ampliamente mayoritaria como así también la jurisprudencia han concluido que no resulta lícito a los fines de establecer la mayor o menor benignidad de una ley, componer por parte del órgano judicial una tercera ley arrogándose facultades legislativas que le están vedadas, utilizando los fragmentos más favorables de la ley anterior en forma conjunta con los más beneficiosos de la nueva.**” (in Legalidad y retroactividad de las normas penales, Editora Hamurabi, Buenos Aires, 2003, p. 324).

José Cerezo Mir: “Lo que no es posible es aplicar los preceptos más favorables de la ley posterior y de la anterior, porque ello implicaría, como señala Jiménez de Asúa, **la creación de una tercera ley nueva, con la consiguiente arrogación de funciones legislativas.**” (in Derecho Penal - Parte General, Editora RT, São Paulo, 2007, p. 283).

Esse também o escólio de Antonio Garcia-Pablos de Molina, segundo o qual: “A mi juicio (...) parece más convincente **la opinión tradicional**, esto es, la que propone se opte, caso de sucesión de leyes penales, por una de las normas en bloque, in toto: **la anterior o la posterior, sin otras alternativas posibles.**” (in Introducción al derecho penal, 4ª edição, Editora Ramón Areces, Madri, 2006, p. 911).

Também no direito português alcança-se igual solução conforme se depreende das lições de Germano Marques da Silva: “Note-se que a escolha dos regimes penais em confronto, em sede de aplicação das leis no tempo, **tem de ser feita em bloco**, não podendo criar-se uma norma abstracta com os elementos mais favoráveis das várias leis.” (in Direito Penal Português - Parte Geral, Editora Verbo, Lisboa, 1997, p. 265.).

O c. *Pretório Excelso*, a propósito, ao se deparar com a tormentosa discussão acerca da possibilidade ou não de *combinação de leis*, apresenta precedente que não admite. Veja-se:

*Habeas-corpus. "Lex mitior". Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da "lex mitior", que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e parágrafo único do art. 2º do Código Penal (Lei n. 7.209/1984). Os princípios da ultra e da retroatividade da "lex mitior" não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas-corpus indeferido.*

(HC n. 68.416-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 08.09.1992).

Solução semelhante foi adotada pela c. *Suprema Corte*, e seguida por este *Tribunal Superior*, quando em discussão a retroatividade ou não do art. 366 do *Código de Processo Penal* com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.271/1996.

No caso, a nova lei ao alterar a redação do art. 366 do CPP, dispôs que para o acusado citado por edital que não comparecesse ou que não nomeasse defensor seria o processo suspenso, assim como o curso do prazo prescricional.

Dessa forma, a citada norma veiculou no mesmo comando norma material - que tratava da suspensão do curso da prescrição - e norma processual, atinente à suspensão do processo.

Debateu-se acerca da possibilidade de retroatividade desta lei.

Ao final, firmou-se a orientação de que ela não poderia retroagir já que, no caso, tratava-se de *norma híbrida*, em que a retroatividade da parte material revela-se prejudicial ao acusado. Outrossim, assentou-se *não ser admissível a cisão da norma* a fim de se permitir sua retroatividade apenas parcial referente à norma de cunho processual. É que dessa forma, assim como *in casu*, estaria sendo criada uma terceira lei não editada pelo legislador.

Nesse sentido, do c. *Pretório Excelso*: v.g.:

*Ementa*: I. STF. HC. Competência originária. Não pode o STF conhecer originariamente de questões suscitadas pelo impetrante e que não foram antes submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. II. Citação por edital e revelia: Lei n. 9.271/1996: aplicação no tempo. Firme,

na jurisprudência do Tribunal, que a suspensão do processo e a suspensão do curso da prescrição são incindíveis no contexto do novo art. 366 CPP (cf. Lei n. 9.271/1996), de tal modo que a impossibilidade de aplicar-se retroativamente a relativa à prescrição, por seu caráter penal, impede a aplicação imediata da outra, malgrado o seu caráter processual, aos feitos em curso quando do advento da lei nova. Precedentes. III. Contraditório e ampla defesa: nulidade da sentença condenatória fundamentada exclusivamente em elementos colhidos em inquérito policial e em procedimento administrativo. IV. Sentença: motivação: incongruência lógico-jurídica. É nula a sentença condenatória por crime consumado se a sua motivação afirma a caracterização de tentativa: a incoerência lógico-jurídica da motivação da sentença equivale à carência dela.

(HC n. 83.864-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 21.05.2004).

*Ementa:* Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Réu revel. Suspensão do processo. Suspensão do curso do prazo prescricional. CPP, art. 366, com a redação da Lei n. 9.271/1996. I. - Impossibilidade de se aplicar a suspensão do processo, quando se tratar de réu revel, conforme previsto no art. 366, com a redação da Lei n. 9.271/1996, deixando de aplicar a regra da suspensão do curso do prazo prescricional, também prevista no mesmo dispositivo legal. II. - H.C. indeferido.

(HC n. 74.695-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 09.05.1997).

E desta Corte:

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Aplicação do art. 366 do CPP com redação dada pela Lei n. 9.271/1996. Retroatividade. Impossibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência.

I - A suspensão do processo, prevista no art. 366 do CPP (Lei n. 9.271/1996), só pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, razão pela qual é vedada a retroatividade (Precedentes).

II - (...)

Recurso provido.

Extinção da punibilidade declarada de ofício, com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V e 110, § 1º, do Código Penal.

(REsp n. 672.711-RS, 5ª Turma, de *minha relatoria*, DJ de 26.09.2005)

*Habeas corpus*. Direito Penal e Direito Processual Penal. Prescrição da pretensão punitiva. Crime falimentar. Inocorrência. Citação editalícia. Esgotamento dos meios. Nulidade. Inexistência. Suspensão do processo. Lei n. 9.271/1996. Fatos anteriores a sua vigência. Inaplicabilidade. Insuficiência probatória. Pretensão absolutória. Incabimento.

1. (...)

2. (...)

3. Em se cuidando de norma jurídica complexa dirigida a assegurar a efetividade do direito penal e a proteção do direito constitucional à ampla defesa, não há falar na incidência parcial retroativa do artigo 366 do Código de Processo Penal, evidenciando, como evidencia, a sua objetividade dupla, a complementaridade que vincula, indissociavelmente, a regra penal instrumental de suspensão do processo à regra penal material de suspensão da prescrição.

4. (...)

5. Ordem denegada.

(HC n. 39.492-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.09.2006).

Processual Penal. Estelionato. Art. 366, do CPP, com redação dada pela Lei n. 9.271/1996. Fatos anteriores a sua entrada em vigor. Irretroatividade.

- A suspensão do processo, insculpida no art. 366 do CPP, com redação dada pela Lei n. 9.271/1996, deve ser aplicada conjuntamente com a suspensão do prazo prescricional, não havendo possibilidade de cisão do texto legal, sendo inaplicáveis a réu revel que tenha cometido crimes anteriormente à sua vigência. No caso, os fatos se deram em 10.12.1994.

- Precedentes.

- Ordem concedida para impossibilitar a aplicação do art. 366, do CPP, com redação dada pela Lei n. 9.271/1996, em razão de sua irretroatividade.

(HC n. 32.673-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 1º.07.2004).

Em suma, a *Constituição Federal* reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. *Todavia*, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita *in concreto*, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, *retroatividade da regra nova* ou *ultra-atividade da norma antiga*.

*Portanto, a combinação de leis operada pelo e. Tribunal de origem deve ser aqui afastada.*

Não obstante, conforme incisivamente pontuado, passo à verificação de qual lei, na íntegra, seria mais favorável à recorrida.

Fazendo um breve retrospecto, verifico que sob a égide da Lei anterior (6.368/1976), na sentença condenatória (fl. 72v), foi fixada a pena no mínimo

legal e acrescida de 1/6 (um sexto) em razão da internacionalidade. Assim, chegou-se ao montante final de *03 (três) anos e 6 (seis) meses*.

Contudo, se aplicado o novel diploma, partindo-se da pena mínima nele prevista: 5 (cinco) anos, e somada também de 1/6 (um sexto) e, aqui, fazendo incidir a minorante, aplicado o redutor eleito pelo e. Tribunal de metade, alcança-se o total de *02 (dois) anos e 11 (onze) meses*.

Dessarte, em obediência ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, *deve-se aplicar ao caso a nova lei de entorpecentes*, visto ser mais benéfica. Ademais, destaco que muito embora este diploma não permita expressamente a substituição da pena, *in casu* ela não pode ser afastada, uma vez já ter transitado em julgado para o recorrente, que quanto a 'este ponto não se insurgiu.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao recurso*, para afastar a aplicação conjugada das Leis n. 6.368/2006 e 11.343/2007, mas alterar a pena aplicada nos termos acima delineados.

É o voto.