



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.812.316-PE
(2019/0130641-7)**

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Agravante: Carlos Genildo de Souza

Advogado: Defensoria Pública da União

Agravante: Isaac Lima Marques (Preso)

Advogado: Joallyson Guedes Resende - PB016427

Agravante: Cicero Thiago Cavalcante

Advogado: Brunnus Cesar Barros Sousa Rêgo - PE032884

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Agravos regimentais nos recursos especiais. Tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico. Unirrecorribilidade. Recurso posterior não conhecido. Princípio da colegialidade. Absolvição. Autoria e materialidade delitiva. *In dubio pro reo*. Súmula 7 do STJ. Pena-base. Art. 59 do CP. Limites da pena estabelecida e das circunstâncias fáticas observadas. Situação final não agravada. Inexistência de *reformatio in pejus*. Elevada quantidade da droga. Exasperação justificada. Fundamentação concreta e idônea. Minorante do tráfico privilegiado. Quantidade de droga. *Bis in idem* reconhecido. Causa de aumento de pena acima do mínimo legal. Transnacionalidade do crime. Complexo esquema adotado pela associação criminosa. Continuidade delitiva e concurso material de crimes. Crimes cometidos de maneira esparsa, em circunstâncias distintas, em tempos diversos, mediante formas de execução peculiares e arranjos também diferenciados e individualizado. Agravos dos recorrentes Cícero e Isaac improvidos, e agravo do recorrente Carlos parcialmente provido.

1. Interpostos dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado posteriormente, por força dos princípios da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa.

2. Não se verifica a violação do princípio da colegialidade, porquanto o julgamento monocrático encontra previsão no Regimento

Interno do Superior Tribunal de Justiça, permitindo, ao relator, negar provimento a recurso contrário à jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XVIII, *b*, do RISTJ). Ademais, com a interposição de agravo regimental, é devolvida a matéria recursal ao órgão colegiado.

3. O Tribunal de origem manteve a sentença e entendeu pela convergência dos elementos probatórios a corroborar a tese acusatória, inexistindo, portanto, dúvida a ensejar a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Assim, a reversão das premissas fáticas do acórdão e da sentença encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Embora possa o Tribunal de origem trocar a vetorial considerada desfavorável, ou acrescer fundamentos para manter seu trato gravoso, não poderá criar novas vetoriais negativas em recurso exclusivo da defesa. Contudo, no presente caso, não se verificou uma reforma para agravar direta ou indiretamente a situação dos réus, em apelação exclusiva da defesa, mas sim o Tribunal de origem – exercendo sua soberana função de *jurisdictio* – apenas afastou fundamentos inidôneos da sentença, e encontrou fundamentos e motivação devida, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e os limites da pena imposta na origem.

5. A concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade – tráfico internacional de 1.257kg de maconha pelo fato 01, 330kg de maconha pelo fato 02 e de 1.172 kg de maconha pelo fato 04 – autoriza pena-base bem acima do mínimo legal (STF - RHC 101.576, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 14/08/2012).

6. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento de que a quantidade da droga apreendida não pode ser utilizada, concomitantemente, como fundamento para exasperar a pena na primeira fase e para modular o redutor na terceira fase da dosimetria, sob pena de ocorrência do vedado *bis in idem*.

7. Verifica-se fundamento válido para o aumento da pena na terceira fase, com base no “complexo esquema adotado pelos réus para a internalização de grande quantidade de droga advinda do exterior”, o que justifica a majoração acima do mínimo legal, que não é

desproporcional, haja vista que foi adotada a fração intermediária (1/3, um terço) entre o mínimo (1/6, um sexto) e máximo (2/3, dois terços), conforme art. 40, inc. I, da Lei n. 11.343/2006.

8. É válida a somatória das penas pelos crimes praticado, porque, para afastar a continuidade delitiva, não se apontou apenas o lapso temporal entre os crimes, mas também consta na sentença que “os delitos de tráfico internacional de drogas foram cometidos de maneira esparsa, em circunstâncias distintas, em tempos diversos, mediante formas de execução peculiares e arranjos também diferenciados e individualizados, sendo evidente que, mediante mais de uma conduta - a serem somadas - , os réus consumaram mais de um crime, nos exatos moldes previstos no art. 69 do CPB, não sendo outra a tipificação”. Ademais, consoante a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, no que se refere ao critério temporal, para que se reconheça a continuidade delitiva entre crimes, utiliza-se como parâmetro o lapso temporal de 30 dias.

9. Agravos regimentais de Cícero Thiago Cavalcante e Isaac Lima Marques (fls. 2.312-2.325) improvidos, e agravo regimental de Carlos Genildo de Souza (fls. 2.340-2.354) parcialmente provido, apenas para reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de que realize nova dosimetria da pena do Carlos, com a utilização da quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda, mantidos os demais termos da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento aos agravos regimentais de Cícero Thiago Cavalcante e Isaac Lima Marques (fls. 2.312-2.325), e dar parcial provimento ao agravo regimental de Carlos Genildo de Souza (fls. 2.340-2.354), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2020 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Presidente

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 26.8.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de agravos regimentais interpostos em face da decisão de fls. 2.289-2.308 que negou provimento aos recursos especiais.

Os agravantes Cícero Thiago Cavalcante e Isaac Lima Marques (fls. 2.312-2.325) sustentam violação do princípio da colegialidade e cerceamento do direito de defesa, em razão da impossibilidade de se realizar sustentação oral. Asseveram, ainda, que deve ser reconhecido o crime continuado, e não concurso material de crimes, não se mostrando razoável o seu afastamento pelo mero fato de o intervalo entre as condutas ter ultrapassado o período de 30 dias. Aduzem ausência de fundamentação idônea para a valoração negativa das vetoriais da personalidade e da culpabilidade, bem como para incidência da fração de 1/3 pelo reconhecimento da causa de aumento do art. 40, I, da Lei 11.343/2006.

Requerem o provimento do recurso para anular a decisão monocrático, por cerceamento de defesa, ou, subsidiariamente, reduzir a pena-base e a fração de aumento pelo reconhecimento da majorante, reconhecendo-se, ainda, o crime continuado.

O agravante Isaac apresentou também outra petição (fls. 2.326-2.339), subscrita por advogado diverso, com as razões idênticas à anterior.

O terceiro agravante, Carlos Genildo de Souza (fls. 2.340-2.354), também argumenta ofensa ao princípio da colegialidade e cerceamento do direito de defesa, em razão da impossibilidade de se realizar sustentação oral. Aduz, ainda, falta de provas para respaldar a condenação, em confronto ao princípio do *in dubio pro reo*. Sustenta que a dosimetria da pena revela rigor excessivo, não condizente com as circunstâncias do caso, em violação ao art. 59 do CP. Menciona, ainda, ausência de proporcionalidade, porquanto, não obstante o afastamento de parte das circunstância judiciais desfavoráveis (culpabilidade, antecedentes, motivos, personalidade, conduta social e consequências do

crime), foi mantido o *quantum* de pena, tão somente pela valoração negativa da quantidade da droga e das circunstâncias do crime. Reforça que sua conduta restringiu-se a mero batedor da droga. Aponta ausência de fundamentação idônea para a incidência da fração de 1/3 pelo reconhecimento da causa de aumento do art. 40, I, da Lei 11.343/2006 (fls. 2.340-2.354).

Requer o provimento do recurso para anular a decisão monocrática, por cerceamento de defesa, ou, subsidiariamente, a absolvição pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, a redução da pena-base e da fração de aumento pelo reconhecimento da majorante, bem como o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

O agravante Carlos apresentou também outra petição (fls. 2.355-2.371), subscrita por defensor público, na qual pleiteia a não incidência da Súmula 7/STJ, relativamente à pretensão de incidência da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima. Assevera que a suposição de que o agravante integra associação criminosa contradiz a própria sentença, pois condenado unicamente por tráfico, e não por associação criminosa como os demais corréus. Menciona, ainda, que, não obstante o afastamento de parte das circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, antecedentes, motivos, personalidade, conduta social e consequências do crime), foi mantido o *quantum* de pena, tão somente pela valoração negativa da quantidade da droga e das circunstâncias do crime. Assevera desproporcionalidade na fixação da pena-base em 8 anos pela consideração negativa de apenas duas circunstâncias judiciais, constituindo *bis in idem* a consideração da quantidade da droga para majorar a pena-base e negar a minorante do tráfico privilegiado.

Requer o provimento do recurso para reduzir a pena-base, reconhecer a incidência do tráfico privilegiado e estabelecer a fração mínima de aumento pelo reconhecimento da majorante.

Consta dos autos que os agravantes Isaac e Cícero foram condenados pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. I, da Lei 11.343/2006, e art. 35, c/c art. 40, inc. I, também da Lei 11.343/2006, tudo na forma dos arts. 29, *caput*, e 69 do CP, às respectivas penas de 50 anos e 8 meses de reclusão, regime fechado, e 4.200 dias-multa, e 41 anos e 4 meses de reclusão, regime fechado, e 3.600 dias-multa. Já o agravante Carlos foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. I, da Lei 11.343/2006 à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, regime fechado, e 900 dias-multa. O Tribunal de origem negou provimento aos recursos de apelação interpostos.

No Tribunal de origem, foram apresentadas as contrarrazões aos recursos especiais.

Intimado, o Ministério Público manifestou-se à fl. 2406 pelo improvimento dos agravos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Inicialmente, interpostos dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado posteriormente, por força dos princípios da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa. Então, não se conhece dos agravos de fls. 2.326-2.339 (interposto por Isaac de Lima Marques) e 2.355-2.371 (interposto por Carlos Genildo de Souza). De qualquer forma, não se vislumbra nenhum prejuízo aos agravantes, porque as petições recursais posteriores apenas ratificaram os primeiros agravos. Vejamos:

Agravo regimental em embargos de declaração em *habeas corpus*. Duplicidade de recursos. Preclusão consumativa. Princípio da unirrecorribilidade. Roubo circunstanciado, formação de quadrilha, tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas. Prisão preventiva. Indeferimento da liminar. Ausência de constrangimento ilegal.

1. *Interpostos dois recursos (agravo regimental e agravo interno) pela mesma parte contra a mesma decisão, pelo princípio da unirrecorribilidade e pela preclusão consumativa, deve ser conhecido apenas o primeiro deles.*

2. A despeito das alegações do agravante, não lhe assiste razão, devendo a decisão hostilizada ser mantida por seus próprios fundamentos.

3. A alegação de que o paciente, ora agravante, é apenas o proprietário do imóvel onde o material foi encontrado (quinze embalagens plásticas contendo substância semelhante ao crack, oito embalagens plásticas contendo substância semelhante à maconha, duas embalagens plásticas contendo substância semelhante à cocaína, oito rádios-transmissores, um carregador para rádio-transmissor, um receptor, uma espingarda tipo bate-bucha, três aparelhos celulares, dentre outras coisas) demanda o reexame do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

4. Agravo regimental interposto por meio da Petição n. 183738/2020 improvido, e agravo interno interposto pela Petição n. 183993/2020 não conhecido. (AgRg nos EDcl no HC 566.253/MA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020.)

Ainda em análise preliminar, não se verifica a violação do princípio da colegialidade, porquanto o julgamento monocrático encontra previsão no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, permitindo, ao relator, negar provimento a recurso contrário à jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XVIII, *b*, do RISTJ).

Ademais, com a interposição de agravo regimental, é devolvida a matéria recursal ao órgão colegiado. Ausente, portanto, a alegada nulidade por cerceamento de defesa. Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação ao princípio da colegialidade. Não ocorrência. Previsão no RISTJ. Do porte ilegal de arma de fogo. Nulidade do ingresso no domicílio do acusado. Ausência da mandado judicial. Entrada franqueada pela irmã do recorrente. Reversão das premissas fáticas. Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido.

1. O julgamento monocrático encontra previsão no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, permitindo, ao relator ou ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, negar provimento a recurso contrário à jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XVIII, b, c/c 21-E, VI, ambos do RISTJ).

2. Ausente nulidade no ingresso dos policiais ao domicílio, sem mandado judicial, quando a irmã do réu franqueia a entrada dos agentes.

3. A reversão das premissas fáticas do acórdão implica revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1.595.225/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020.)

Superadas as preliminares, deve-se analisar o objeto do mérito recursal.

Os recursos especiais foram interpostos com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de origem que, negando provimento aos apelos defensivos, manteve, na íntegra, a sentença condenatória proferida na primeira instância.

Todos os recorrentes buscam, em síntese, que seja reduzida a pena-base fixada na origem, por não vislumbrarem fundamentação idônea para o aumento empregado, o que ofende o art. 59 do CP. Além disso, o agravante Carlos Genildo formula pleito absolutório ou aplicação da causa de diminuição de pena do art. 32, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enquanto Isaac e Cícero requerem o reconhecimento de continuidade delitiva, bem como a redução da majorante da transnacionalidade do crime de tráfico (art. 40, inc. I, da Lei n. 11.343/2006).

Relativamente ao agravante Carlos, quanto ao pedido de aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, por ausência de provas suficientes para a condenação, o Tribunal de origem assim examinou o tema (fls. 1.985/1.988):

Fato 4

Para melhor contextualização, transcrevo o introito realizado pelo Juízo *a quo* em relação às acusações e elementos probatórios:

4º Fato: Da apreensão de 1.172 kg de maconha vinda do Paraguai na região entre os municípios de Picos/PI e Araripina/PE, objeto de negociação entre *Gerson, Carlos, Marcelon e Isaac*:

- **Isaac e Carlos** teriam acertado de ir ao Paraguai adquirirem drogas.
- **Marcelon** demonstrara interesse na droga que *Isaac e Carlos* trariam.
- Logo depois, as negociações teriam passado a ser realizadas por *Gerson* através do celular de *Isaac*.
- **Marcelon e Gerson**, então, “fecharam negócio” e a droga passara a ser transportada através de caminhão dirigido por **Carlos e José Aparecido** (que responde pelo fato em autos diversos, qual seja, o inquérito policial n. 001843-98.2016.4.01.4001 vinculado à 1ª Vara Federal de Picos, Seção Judiciária do Estado do Piauí).
- Ocorreu que, durante o percurso - entre os municípios de Picos/PI e Araripina/PE - o caminhão fora interceptado pela polícia, que apreendera 1.172 kg de maconha, além de efetuar a prisão em flagrante de **José Aparecido**, enquanto **Carlos** conseguira se evadir.

Ao assim atuarem, entendeu o MPF que os denunciados referidos estariam incurso nas penas do artigo 33, *caput*, c/c art. 40, 1, da Lei n. 11.343/2006, pelos seguintes motivos:

Carlos.

Participação: adquiriu e transportou drogas originadas do Paraguai.

Marcelon.

Participação: adquiriu drogas oriundas do Paraguai.

Isaac, vulgo “Recruta”.

Participação: adquiriu drogas oriundas do Paraguai.

A defesa do apelante *Marcelon*, em face de todas as acusações, afirmou, em suas razões:

o Apelante está sendo julgado *pela pretensão*, no máximo, uma tentativa, razão pela qual deve ocorrer a desclassificação do crime (...)

Conforme observa-se dos autos, foram realizadas diversas interceptações telefônicas a fim de monitorar os Acusados da suposta empreitada criminosa, para tanto, identificaram a pretensão do Apelante em adquirir mercadorias

de *Gilmar e Cristiano Oliveira*, sem contudo, identificarem efetivos depósitos destinados a aquisição destas.

Assim, por meio das conversas interceptadas, teve-se o *exato momento* em que estas seriam apreendidas, os autos de prisões e flagrantes foram todos postergados até a data do efetivo transporte das substâncias, logo, tanto a Autoridade Policial quanto a Judiciária, puderam perceber que efetivamente seria um crime impossível por parte do Apelante, eis que embora tivesse supostamente a pretensão em aquisição das mercadorias de *Cristiano e Gilmar*, estas jamais chegariam ao seu destino, logo, não haveria o crime de tráfico de drogas por parte de Marcelon.

O Apelante em momento algum se quer chegou a ter contato com a referida substância, os efeitos negativos da conduta jamais poderiam ser concluídos, se quer houve ameaça ao bem jurídico tutelado pela lei.

O que deve-se deixar claro é que em nenhum momento o Apelante Marcelon efetuou qualquer pagamento visando *adquirir substâncias entorpecentes*, os pagamentos eram efetuados para que o transporte dessas pudessem ser realizados, sendo que os responsáveis pelos “fretes” eram os proprietários das mercadorias, logo, devido a isso devem ser responder pela autoria e materialidade do delito.

A propriedade e responsabilidade dos entorpecentes apreendidos pela autoridade policial restaram devidamente comprovados, desconhecendo qualquer ato que ligue ao Apelante *Marcelon Luís da Silva* a indigesta droga.

No presente caso, o MPF apresentou diversas provas diretas e indiretas por indícios do tráfico internacional de entorpecentes. A partir do monitoramento das conversas dos investigados e dos registros de suas viagens, tem-se a prova - direta (interceptações) e por indícios (monitoramento, coincidência entre as datas, os fatos e as conversas interceptadas - menção à mercadoria que seria a droga -, por exemplo, no caso da presença do caminhão em nome do filho do apelante no ambiente dos fatos delituosos) - da ocorrência do tráfico de drogas, conforme autoriza o art. 239 do CPP.

Em relação ao apelante Carlos, não há ofensa ao art. 155 do CPP, porque as provas utilizadas (interceptação telefônica e monitoramento da atividade dos investigados) se caracterizam como provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ademais, o Juízo a quo, acertadamente, analisou estas provas em conjunto com os depoimentos testemunhais e os interrogatórios dos réus, de forma a entender que houve corroboração, em Juízo, das conclusões da investigação preliminar.

Dos diálogos interceptados, tem-se que o apelante Carlos, conhecido como “Capitão”, tinha como função apresentar o corréu Isaac a traficantes estabelecidos no Paraguai, tendo logo após, servido como “batedor”, isto é, fazendo com antecedência o mesmo percurso do caminhão em que a droga seria posteriormente transportada.

Além disso, consoante destacado nas contrarrazões ministeriais, no dia 22 de fevereiro de 2016, o réu **Marcelon** confirmou que o apelante **Carlos** esteve em sua residência e lá deixou o carro adquirido no Paraguai, dali saindo no veículo utilizado pelo réu **Marcelon**, qual seja, o Gol de placas PEH7469 (fl. 31 do Auto Circunstanciado n. 11/2016). Segundo a INFO 05/2016NO/DRE/SR/PF/PE, o apelante **Carlos** foi visto posteriormente dirigindo esse automóvel Gol no Município de Mogeiro/PB. Ainda que, nesta informação, a PF afirme que provavelmente seria **Carlos**, as demais provas corroboram esta conclusão, como os testemunhos dos agentes policiais e o interrogatório do corréu Isaac.

Ao analisar essas provas, entendo que há, portanto, convergência dos elementos probatórios a corroborar a tese acusatória, que se encontra na esfera do standard probatório suficiente para afastar a dúvida razoável e permitir a emissão de juízo condenatório. Entendo, como a sentença, que a materialidade e a autoria do delito foram suficientemente comprovadas:

(...) Das interceptações telefônicas, das mensagens de texto trocadas e dos autos circunstanciados elaborados pelo DPF, evidenciou-se que, no dia 29/01/2016, **Marcelon** entrou em contato com **Isaac**, tendo este aduzido que iria ao Paraguai com **Carlos** com a finalidade de adquirirem drogas (fls. 41/46 do AC n. 10/2016).

Dos trechos reproduzidos pelo MPF em sede de alegações finais, máxime os estampados às fls. 777-v/779, verifica-se claramente que a função de **Carlos** era a de apresentar **Isaac** a traficantes residentes nos municípios de Coronel Sapucaia/MS, em território nacional, e Capitán Bado, no Paraguai. E, de fato, após a apresentação, como também se inferiu dos diálogos, **Carlos** retornou ao Estado da Paraíba/PB, tendo **Isaac** permanecido naquela região.

Nesse diapasão, como também se inferiu dos autos, **Isaac** enviou várias fotos para **Marcelon** da maconha que pretendia adquirir (IDs 41896554 e 41896563 das fls. 64/65 do AC n. 10/2016), tendo negociado até a efetiva aquisição da droga, que, segundo **Isaac**, chegaria “antes do carnaval”.

Enfim, a partir de 19/02/2016, **Marcelon** e **Isaac** começaram a definir o local onde a droga deveria ser entregue, isto no Estado de Pernambuco, tendo ainda este informado que **Carlos**, nessa viagem, viria em um carro adquirido no Paraguai servindo, portanto, como “batedor” (fls. 11/14 do AC n. 11/2016).

E as mensagens seguem, todas dando conta do envolvimento entre os acusados de maneira organizada e metódica, até que, no dia 11/03/2016, **Isaac** teria recebido a informação de que a droga já estava a caminho de Pernambuco (fls. 63 do AC n. 11/2016). Em virtude disto, **Carlos** foi para Formosa/GO, onde se encontrou com **José Aparecido**, motorista do caminhão que transportava a “mercadoria”.

Ocorreu, todavia, que, entre os municípios de Picos/PI e Araripina/PE, o aludido caminhão fora interceptado por policiais, ocasião em que efetuaram a prisão

em flagrante de *José Aparecido* e a apreensão de 1.171 kg de maconha, tudo devidamente documentado nestes autos.

Na ocasião, *Carlos* conseguiu se evadir, mas sua presença fora identificada, consoante será reforçado pela prova testemunhai colhida em sede judicial.

Em arremate, no dia 16/03/2016, *Isaac* entrou em contato com *Carlos*, tendo este afirmado que “o negócio aqui tá tudo embaçado” (0’28” do arquivo de áudio 20160316105255065.wav), além de ter dito que precisavam se encontrar com *Marcelon*, diálogo que torna evidente a referência à apreensão da carga e prisão de *José Aparecido*.

Enfim, da prova carreada restou evidenciado também o quarto fato, nos moldes imputados pela acusação aos réus ora mencionados.

Consta na sentença de fls. 1.190-1.245 a apreensão de “1.172 kg de maconha vinda do Paraguai na região entre os municípios de Picos/PI e Araripina/PE, objeto de negociação entre *Gerson, Carlos, Marcelon e Isaac*” (fl. 1.195).

O Juiz sentenciante, apontando os elementos probatórios produzidos, afirmou que os recorrentes *Isaac* e *Carlos* acertaram de irem ao Paraguai para adquirirem a droga, e, posteriormente, negociarem com *Marcelon*. Então, o recorrente *Carlos* praticou o tráfico internacional de drogas ao adquirir e transportar drogas oriundas do Paraguai.

Consta ainda na sentença, fl. 1.211, que, “*das interceptações telefônicas, das mensagens de texto trocadas e dos autos circunstanciados elaborados pelo DPF, evidenciou-se que, no dia 29/01/2016, Marcelon entrou em contato com Isaac, tendo este aduzido que iria ao Paraguai com Carlos com a finalidade de adquirirem drogas (fls. 41/46 do AC n. 10/2016)*”.

O Juiz afirmou que, “*dos trechos reproduzidos pelo MPF em sede de alegações finais, máxime os estampados às fls.777-v/779, verifica-se claramente que a função de Carlos era a de apresentar Isaac a traficantes residentes nos municípios de Coronel Sapucaia/MS, em território nacional, e Capitán Bado, no Paraguai. E, de fato, após a apresentação, como também se inferiu dos diálogos, Carlos retornou ao Estado da Paraíba/PB, tendo Isaac permanecido naquela região*” (fl. 1.211).

Consta ainda na sentença que, “*nesse diapasão, como também se inferiu dos autos, Isaac enviou várias fotos para Marcelon da maconha que pretendia adquirir (IDs 41896554 e 41896563 das fls. 64/65 do AC n. 10/2016), tendo negociado até a efetiva aquisição da droga, que, segundo Isaac, chegaria antes do carnaval*”. O Juiz verificou também que “*a partir de 19/02/2016, Marcelon e Isaac começaram a definir o local onde a droga deveria ser entregue, isto no Estado de Pernambuco, tendo*

ainda este informado que Carlos, nessa viagem, viria em um carro adquirido no Paraguai servindo, portanto, como 'batedor' (fls. 11/14 do AC n. 11/2016)".

Assim, "as mensagens seguem, todas dando conta do envolvimento entre os acusados de maneira organizada e metódica, até que, no dia 11/03/2016, Isaac teria recebido a informação de que a droga já estava a caminho de Pernambuco (fls. 63 do AC n. 11/2016). Em virtude disto, Carlos foi para Formosa/GO, onde se encontrou com José Aparecido, motorista do caminhão que transportava a 'mercadoria" (fl. 1.212).

O Tribunal de origem manteve a sentença e entendeu pela convergência dos elementos probatórios a corroborar a tese acusatória, inexistindo, pois, dúvida a ensejar a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Assim, como consta da decisão agravada a reversão das premissas fáticas do acórdão e da sentença encontra óbice na Súmula 7/STJ. Vemos as ementas de julgados desta Corte Superior:

Agravo regimental no recurso especial e no agravo em recurso especial. Penal. Processual Penal. Homicídio duplamente qualificado. Pronúncia. Qualificadoras do motivo fútil e do emprego de meio que dificultou a defesa da vítima. Juízo de valor acerca da motivação. Competência do Tribunal do Júri. Fundamentação da decisão de pronúncia. Art. 413 do Código de Processo Penal. Pleito pelo reconhecimento da legítima defesa de terceiro e teses de ausência de elementos para a pronúncia e inexistência de *animus necandi*. Inversão do julgado. Incidência da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental desprovido.

[...]

4. O Tribunal a quo concluiu que o conjunto fático-probatório dos autos é suficiente para embasar a pronúncia do Agravante, inclusive no tocante ao *animus necandi*. Modificar tal entendimento para acolher o pleito de impronúncia demandaria, necessariamente, o revolvimento das provas e fatos acostados aos autos, atraindo o óbice do enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. A revisão do entendimento alcançado pelas instâncias ordinárias, com o objetivo de concluir pela presença da legítima defesa de terceiro neste momento processual, exigiria, igualmente, o reexame das provas e fatos que instruem o caderno processual, o que não é possível no recurso especial, nos termos do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.845.702/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 29/06/2020.)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estelionato. Fundamentação *per relationem*. Possibilidades. Ausência de perícia técnica. Supressão de instância.

Atipicidade da conduta. Súmula n. 7 do STJ. Regime inicial mais gravoso. Fundamentação idônea. Agravo regimental não provido.

[...]

3. A Corte local concluiu que todos os requisitos do delito de estelionato estão presentes, até mesmo o elemento subjetivo, ou seja, o dolo, a vontade livre e consciente de enganar terceiro, com o intuito de obtenção de vantagem ilícita. Assim, acatar a tese de atipicidade da conduta para afastar a conclusão do Tribunal a quo demandaria reexame fático-probatório, vedado pela incidência do óbice da Súmula n. 7 do STJ.

4. A conclusão do Tribunal estadual está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, nos termos do enunciado na Súmula n. 269: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.647.409/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020.)

Os agravantes Cícero, Isaac e Carlos insurgem-se também contra a fixação da pena-base. No ponto, o acórdão assim decidiu (fls. 2.016-2.029):

[...]

v. em relação à dosimetria da pena, insurgiram-se os apelantes contra toda a dosimetria da pena.

De todo modo, colha-se a dosimetria realizada pelo magistrado a quo, na sentença, no que toca às impugnações do apelo:

Da aplicação da pena privativa de liberdade: critério trifásico:

Primeira fase: análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006:

A - Natureza e quantidade da substância

Com relação aos crimes de tráfico internacional de drogas (1º, 2º e 4º fatos) e de associação para o tráfico internacional, especificamente no que toca à natureza da droga, viu-se que a substância apreendida fora maconha, a qual, como se sabe, tem efeito menos danoso do que a maioria, o que torna esta circunstância neutra.

Quanto à quantidade, com relação a todos os crimes, consoante se inferiu dos autos, viu-se que *perfez montante bastante elevado, de modo que, em cada evento de tráfico (e, conseqüentemente, no que pertine ao crime de associação para o tráfico), foi apreendida mais de uma tonelada de maconha.*

Tais eventos, somados, devem ser sopesados em desfavor de todos os réus e em relação a todos os delitos por eles cometidos.

B - Culpabilidade:

No caso *sub examine*, em relação ao crime de associação para o tráfico, verifica-se que *Cícero, Marcelon, Isaac e Cristiano Araújo* integravam verdadeira organização criminosa, de amplitude internacional e poder aquisitivo elevado, responsável pelo cometimento de vários crimes de tráfico internacional de entorpecentes. Sob a culpabilidade de todos, entendo que assumiu grau elevado.

Já com relação aos crimes de tráfico internacional de entorpecentes, verifico que:

Marcelon e Isaac perpetraram três delitos de tráfico internacional de drogas, especificamente os já mencionados 1º, 2º e 4º fatos. Em cada um deles, a participação dos dois acusados foi substancial e indispensável para a consumação, tendo assumido, portanto grau elevado de culpabilidade.

Da mesma maneira, em relação a *Cícero e Cristiano Araújo*, que perpetraram dois crimes de tráfico internacional de drogas, a participação de ambos foi efetiva, indispensável e crucial para a consumação, assumindo também grau elevado de culpabilidade.

Já com relação a **Carlos**, que perpetrou apenas de um crime de tráfico internacional, entendo, máxime levando em conta que sua participação não fora das mais substanciais, que o grau de culpabilidade deve ser considerado mediano.

C - Antecedentes:

Em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência e em anuência ao entendimento esposado por boa parte da doutrina e reiteradamente assentado na jurisprudência, inclusive do STF e STJ, entendo como maus antecedentes - a serem sopesados negativamente em desfavor do réu - apenas os registros em folhas de antecedentes criminais que representem condenação com trânsito em julgado e que, adiante, não possam ser acatadas como agravante genérica da reincidência.

Sob este enfoque, portanto, verifico que:

• **Cícero**: consoante se infere dos autos, máxime das fls. 634/635, **Cícero** possui vários processos criminais, inclusive com trânsito em julgado. Assim, considerarei os feitos referidos na certidão como maus antecedentes, a exceção de um deles, que considerarei doravante como agravante genérica da reincidência.

• **Marcelon**: consoante se infere dos autos, máxime das fls. 639/640, **Marcelon** possui vários processos criminais, inclusive com trânsito em julgado. Assim, considerarei os feitos referidos na certidão como maus antecedentes, a exceção de um deles, que considerarei doravante como agravante genérica da reincidência.

• *Cristiano Araújo*: consoante se infere dos autos, máxime das fls. 90/91, *Cristiano Araújo* possui vários processos criminais, inclusive com trânsito em julgado. Assim, considerarei os feitos referidos na certidão como maus antecedentes, a exceção de um deles, que considerarei doravante como agravante genérica da reincidência.

• *Isaac*: confessou, ao ser interrogado judicialmente, que já sofreu condenação criminal, evento que considero como maus antecedentes.

• *Carlos*: confessou, ao ser interrogado judicialmente, que já sofreu condenação criminal, evento que considero como maus antecedentes.

D - Conduta Social:

Quanto a esta circunstância, deve o magistrado perquirir, diante das provas coligidas e se assim for possível, a folha de antecedentes criminais do réu, o papel assumido por ele na sociedade, sua forma de se portar no ambiente familiar, profissional, perante seus vizinhos, conhecidos e amigos, para que se possa concluir se ele se comporta ou não de acordo com as normas sociais que exigem uma conduta harmônica e baseada em respeito mútuo.

Pois bem, sob este enfoque, do que pôde apreender este magistrado, há nos autos provas que apontam para uma má conduta social assumida por todos os réus, sem exceção. *É que todos demonstraram envolvimento com delitos anteriores e graves, já tendo experimentado, inclusive, outras condenações e mesmo se evadido do sistema prisional (como é, inclusive, o atual caso de **Cícero e Marcelon**) em atitude de total descompromisso para com a verdade, a Justiça, a paz social e o bem comum.*

E - Personalidade:

Considerando a personalidade como sendo o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa que, muitas vezes, se tornam patentes por intermédio de seus atos, volto-me às provas carreadas para concluir que, aos olhos deste magistrado, *mostraram-se os réus como sendo pessoas articuladas, ardilosas e dissimuladas, que faziam do crime meio de vida, o que considero em desfavor de todos.*

F - Motivos:

Como circunstância judicial, o motivo deve ser entendido como a razão de ser, a causa, o fundamento do crime perpetrado, sua mola propulsora.

Sob este enfoque, portanto, verifico que, no caso dos autos, os motivos do cometimento dos delitos foram a ganância, a intenção de lucro fácil, ainda que ilícito,

G - Circunstâncias:

As circunstâncias a que se refere o art. 59 do CPP são aquelas relacionadas ao cometimento do fato havido por delituoso, ou seja, são peculiaridades,

particularidades, detalhes e/ou nuances observadas ao derredor da conduta, que podem ser sopesadas ou não em desfavor daquele que age.

No caso, vislumbrei particularidades circunstanciais no cometimento tanto dos crimes de tráfico internacional de drogas, quanto de associação para o tráfico, máxime o fato de haver repartição de conhecimentos técnicos e capacidades pessoais que viabilizavam o esquema, inclusive para obterem caminhões e carros para transportarem as drogas, contatos com pessoas no exterior, dinheiro para adquirir as drogas e mesmo os veículos que serviram de transporte, a quantidade de pessoas envolvidas e “clientes”, a quantidade de Estados por onde a droga “passeou” e foi comercializada, etc.

H - Conseqüências:

Como se sabe, a prática de qualquer crime traz conseqüências já implícitas à violação da norma, que, inclusive, podem compor o próprio tipo penal infringido. Não obstante, como circunstâncias judiciais, não serão essas as conseqüências analisadas e sopesadas, mas sim aquelas que extrapolam o cometimento padrão do ilícito em questão.

No caso dos autos, vislumbro conseqüências outras além das inerentes à violação dos tipos penais em tela, sobretudo a quantidade de pessoas que, graças ao tráfico internacional de drogas e a associação para o tráfico praticados pelos réus, tornaram-se dependentes, devastando o patrimônio particular e familiar, desgastando as relações familiares e interpessoais de maneira geral, prejudicando a higidez física e psíquica, dentre outras nuances graves a serem sopesadas.

I - Comportamento da vítima:

O comportamento da vítima, no presente caso, a sociedade, em nenhum momento pode ser encarado como provocador da conduta dos réus.

Pena-base:

O art. 33 da Lei de Drogas prevê para quem o infringe pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Já o art. 35 da Lei de Drogas prevê para quem o macula pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Considerando o acima fundamentado, máxime a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis a cada um dos acusados, fixo as penas-bases privativas de liberdade acima do mínimo, ou seja:

- *associação para o tráfico: em 08 anos para **Cícero, Marcelon, Isaac e Cristiano Araújo**.*
- *tráfico de drogas: em 10 anos para **Cícero, Marcelon, Isaac, Cristiano Araújo**, isto no que toca a cada um dos crimes de tráfico de drogas; e em 08*

anos em relação a **Carlos** (tendo em conta que, quanto a este, a culpabilidade fora mediana e sua participação, de menor relevo).

Segunda fase: análise das circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas:

Não vislumbro a existência de atenuante.

Como agravante, vislumbro:

- em relação a *Cícero, Marcelon e Cristiano*, a agravante da reincidência, que utilizo para aumentar a pena de cada um dos crimes em 01 ano.

Terceira fase: análise das causas de aumento e de diminuição de pena:

Como causa de aumento de pena, vislumbro em relação ao todos os crimes:

- a prevista pelo art. 40, I, da Lei de Drogas, tendo em conta a transnacionalidade do delito, que fixo em relação a todos os réus no patamar de 1/3.

Penas privativas de liberdade definitivas:

Assim sendo, considerando as penas-bases aplicadas, bem como as demais nuanças correlatas, as penas privativas de liberdade definitivas relativas a cada um dos réus são as seguintes:

• *Cícero*:

1. 1. Associação para o tráfico: 08 anos + 01 ano (reincidência) + 1/3 (transnacionalidade) = 12 nos de reclusão.

1. 2. Tráfico de drogas: 10 anos + 01 ano (reincidência) + 1/3 (transnacionalidade) = 14 anos e 08 meses de reclusão X 02 crimes = 29 e 04 meses de reclusão.

[...]

• *Isaac*:

1. 1. Associação para o tráfico: 08 anos + 1/3 (transnacionalidade) = 10 anos e 08 meses de reclusão.

1. 2. Tráfico de drogas: 10 anos + 1/3 (transnacionalidade) = 13 anos e 04 meses de reclusão X 03 crimes = 40 anos.

[...]

• *Carlos*:

1. Tráfico de drogas: 08 anos + 1/3 (transnacionalidade) = 10 anos e 08 meses de reclusão. Regime inicial de cumprimento da penas:

O regime inicial de cumprimento das penas, máxime levando em conta o montante elevado de todas e demais nuanças correlatas, deve ser inicialmente o fechado.

Aplicação da pena de multa: critério bifásico:

Fixação da quantidade de dias-multa e do valor do dia-multa:

Considerando os limites mínimos e máximos trazidos pela própria Lei de Drogas para cada um dos crimes, bem como a análise acima feita sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, fixo a seguinte quantidade de dias-multa:

• *Cícero*:

1. Associação para o tráfico: 1.000 dias-multa.

1. Tráfico de drogas: 1.300 X 02 crimes = 2.600 dias-multa

Total (art. 69 do CPB): 3.600 dias-multa, no valor unitário de 1/3 do salário mínimo a ser corrigido de acordo com o salário mínimo vigente à época do crime, operação que finda em 1.200 salários mínimos.

[...]

Isaac:

1. Associação para o tráfico: 900 dias-multa.

1. Tráfico de drogas: 1.100 X 03 crimes = 3.200 dias-multa

Total (art. 69 do CPB): 4.200 dias-multa, no valor unitário de 1/6 do salário mínimo a ser corrigido de acordo com o salário mínimo vigente à época do crime, operação que finda em 700 salários mínimos.

[...]

• *Carlos*:

Tráfico de drogas: 900 dias-multa no valor unitário de 1/9 do salário mínimo a ser corrigido de acordo com o salário mínimo vigente à época do crime, operação que finda em 100 salários mínimos.

Apenas rememoro que os valores dos dias-multa foram fixados levando em conta a atual situação econômica dos réus, dentre os limites de um trigésimo do salário mínimo vigente no tempo do fato delituoso até cinco vezes esse salário (§ 1º do art. 49 do CPB).

*Em relação à **culpabilidade** dos réus Cícero, Marcelon, Isaac e Cristiano, a fundamentação é idônea, tendo em vista que o magistrado se utilizou de fatos concretos e comprovados sobre a posição importante e essencial dos réus na associação criminosa e no tráfico das drogas, no que se refere aos fatos denunciados.*

Em relação a Carlos, tendo o magistrado considerado que sua participação não extrapolou o normal à espécie no caso concreto, entendo que deve ser ela valorada neutra, e não negativamente.

O fundamento da quantidade de droga também é idôneo, tendo em vista que houve o tráfico de 1.257 kg de maconha pelo fato 01, 330 kg de maconha pelo fato 02 e de 1.172 kg de maconha pelo fato 04.

Igualmente idônea a fundamentação das **circunstâncias do crime**, porque o magistrado apontou a alta especialização da organização criminosa e o complexo esquema desenvolvido pelos réus no presente caso.

Quanto aos **motivos do crime** (ganância e lucro fácil), padece de inidoneidade a justificação, porque “os danos à saúde pública e a obtenção de lucro fácil, abstratamente considerados, são inerentes ao tipo penal do crime de tráfico de drogas” (HC 466.740/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018).

Em relação à **personalidade**, observa-se que Juízo a quo, equivocadamente, utilizou-se de fundamentação genérica e inidônea, porque se limitou a afirmar que seria voltado à prática de crimes, sem, contudo, fundamentar, detidamente, quais os demais aspectos morais e psicológicos que teria observado na instrução criminal que corroborariam tal conclusão.

Segundo o eg. STJ, “a personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, independentemente de perícia” (HC 472.150/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018).

No tocante à **conduta social**, conforme destacado pelo MPF em parecer, não há elementos nos autos para que se possa auferir o comportamento do agente perante a sociedade. Os argumentos utilizados pelo Juízo, de que todos demonstram envolvimento com delitos anteriores, não pode ser mantido sob pena de bis in idem.

No tocante aos **antecedentes**, em relação aos réus Isaac e Carlos, o Juízo se baseou somente nos depoimentos prestados em Juízo, onde ambos reconhecem que já sofreram condenação criminal, para sopesar a circunstância em desfavor dos apelantes.

Contudo, não há prova nos autos que existem condenações transitadas em julgado em desfavor dos réus. Assim, os antecedentes desses réus devem ser considerados neutros em favor dos apelantes Isaac e Carlos.

No tocante a Cícero, Marcelon e Cristiano, a valoração negativa dos maus antecedentes dos réus deve ser mantida, por permitir o eg. STJ que, havendo diversas condenações transitadas em julgado por fato anterior ao em julgamento e antes deste, pode uma ser utilizada como reincidência e as demais na primeira fase, como ocorre no presente caso.

Em relação às **circunstâncias do crime**, a fundamentação é idônea, tendo em vista o alto grau de complexidade da organização criminosa, em especial “o fato de haver repartição de conhecimentos técnicos e capacidades pessoais que viabilizavam o esquema, inclusive para obterem caminhões e carros para transportarem as drogas, contatos com pessoas no exterior, dinheiro para adquirir as drogas e mesmo os veículos que serviram de transporte, a quantidade de pessoas envolvidas e “clientes”, a quantidade de Estados por onde a droga “passeou” e foi comercializada, etc”.

Em relação às **conseqüências do crime**, reconhece-se a inidoneidade do fundamento em razão de os danos difusos à saúde da sociedade pelo alto montante de droga traficada sem comprovação efetiva nos autos não é suficiente para

Apesar de reconhecer o equívoco na valoração das circunstâncias judiciais da personalidade e dos motivos do crime, entendo que essa situação não é suficiente a reduzir a pena-base fixada.

Em verdade, a quantidade da droga - a qual é preponderante e, no caso, trata-se, no total, de 1.257 kg de maconha pelo fato 01, 330 kg de maconha pelo fato 02 e de 1.172 kg de maconha pelo fato 04-, a culpabilidade e as circunstâncias do crime revelam-se suficientes a manter a exasperação da pena-base realizada pelo Juízo de primeiro grau.

Além da incidência dos maus antecedentes em relação aos réus **Marcelon, Cristiano e Cícero**. Não se trata de violação da isonomia, porque essa circunstância só não elevará a pena-base destes réus em razão da ausência de recurso do MPF.

Destaque-se que a ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada" (STJ: AgRg no REsp 1.171.265/MT, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012).

Pontue-se, aliás, que tal situação não configura reformatio in pejus, pois a regra da ne reformatio in pejus não vincula o Juízo ad quem aos fundamentos adotados pelo juízo a quo, somente representando obstáculo ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa.

Não se agravando a pena, portanto, inexistente reformatio in pejus. Nesse sentido, confirmam-se: STJ, HC 236.180/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 11/9/2013; 31E, HC 106.113, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe-022 31-01-2012.

Mantenho, assim, a pena-base fixada pelo Juízo a quo, para cada crime e cada réu.

No tocante à segunda fase da dosimetria da pena, como já ressaltado, permite o eg. STJ que, havendo diversas condenações transitadas em julgado por fato anterior ao em julgamento e antes deste, pode uma ser utilizada como reincidência e as demais na primeira fase, como ocorre no presente caso. Assim, não há violação ao princípio do ne bis in idem.

Na terceira fase, mantenho a majoração da pena em 1/3 pelo tráfico transnacional (art. 40, 1, da Lei de Drogas), ante o complexo esquema adotado pelos réus para a internalização de grande quantidade de droga advinda do exterior.

Rejeito a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), primeiramente, em razão da vultosa quantidade de droga traficada por todos os réus.

Segundo o STF, “não é crível que o réu, surpreendido com mais de 500 kg de maconha, não esteja integrado, de alguma forma, a organização criminosa, circunstância que justifica o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas” (STF, 1ª Turma. HC 130.981/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/10/2016). No presente caso, os réus foram condenados pelo tráfico de 1.257 kg de maconha pelo fato 01, 330 kg de maconha pelo fato 02 e de 1.172 kg de maconha pelo fato 04. *Destaque-se que Carlos que foi condenado apenas no fato 04 - tráfico de mais de mil e cem quilos de maconha, o que também é suficiente para afastar a minorante.*

Além disso, os réus demais apelantes, exceto Carlos, foram condenados por associação criminosa, o que denota a dedicação dos réus a atividades criminosas, além da reincidência de Cícero, Marcelon e Cristiano, que demonstra não serem primários nem portadores de bons antecedentes.

Com base nesses mesmos fundamentos, mantêm-se igualmente inalteradas as penas de multa, já que inalterada a pena definitiva de nenhum delito para nenhum réu.

Como as penas definitivas não foram alteradas, mantêm-se os demais termos da sentença quanto ao regime inicial fechado, inviabilidade de aplicação dos arts. 44 e 77 do CP.

[...]

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

Como se vê, a Corte de origem, quanto ao recorrente Isaac, manteve a valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade e circunstâncias do delito, afastando o desvalor dos motivos, personalidade, conduta social, antecedentes e consequências do delito; em relação a Cícero, manteve a valoração negativa da culpabilidade, circunstâncias do delito e antecedentes, afastando aquela relativa aos motivos do crime, personalidade, conduta social e consequências do delito; quanto a Carlos, manteve a valoração negativa das circunstâncias do delito e afastou o desvalor da culpabilidade, motivos, personalidade, conduta social, antecedentes e consequências do delito.

Não obstante, com base nas circunstâncias judiciais negativamente valoradas, aliada à quantidade de drogas apreendida, a qual, segundo consignado no voto condutor do acórdão, *é preponderante e, no caso, trata-se, no total, de 1.257 kg de maconha pelo fato 01, 330 kg de maconha pelo fato 02 e de 1.172 kg de maconha pelo fato 04*, o Tribunal de origem manteve a exasperação da pena-base realizada pelo Juízo de primeiro grau.

Na decisão agravada de fls. 2.289-2.308 foi mantido o entendimento do Tribunal de origem, pois “*admite esta Corte que o Tribunal de origem, muito*

embora afaste a valoração negativa de circunstâncias judiciais, e desde que acrescente fundamentos idôneos, mantenha a pena-base no mesmo montante fixado pelo Juízo de origem, sem que daí se extraia qualquer ilegalidade”.

Esta Sexta Turma, em vários julgados, fixou o entendimento, segundo o qual, apesar de o Tribunal de origem poder trocar a vetorial considerada desfavorável, ou acrescentar fundamentos para manter seu trato gravoso, não poderá criar novas vetoriais negativas em recurso exclusivo da defesa, pois configura *reformatio in pejus*. Vejamos:

Recurso especial. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Pena-base. Decote de circunstância judicial. Pena não reduzida. *Acréscimo de outras vetoriais consideradas favoráveis na sentença*. Ausência de recurso da acusação. *Reformatio in pejus*. Minorante do tráfico privilegiado. Fração mínima. Fundamentação normal ao tipo penal. Constrangimento ilegal reconhecido. Recurso provido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício.

1. *Embora possa o Tribunal de origem trocar a vetorial considerada desfavorável, ou acrescentar fundamentos para manter seu trato gravoso, não poderá criar novas vetoriais negativas em recurso exclusivo da defesa - reformatio in pejus.*

2. *“Se o Tribunal exclui, em apelo exclusivo da defesa, circunstância judicial do art. 59 do CP erroneamente valorada na sentença, deve reduzir, como consectário lógico, a pena básica em vez de mantê-la inalterada”* (REsp 1.547.734/PE, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017).

3. O fato de o réu trazer consigo droga em via pública, no período noturno, não denota especial gravidade ao delito de tráfico, cuja prática costuma ocorrer às escondidas, não justificando, portanto, a incidência de fração mínima na minorante do tráfico privilegiado.

4. Recurso especial provido para fixar a pena-base no mínimo legal e concedido, *habeas corpus*, de ofício, para incidir a fração do tráfico privilegiado em 2/3, resultando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa. (REsp 1.850.687/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020.)

Contudo, no presente caso, não se verificou uma reforma para agravar direta ou indiretamente a situação dos réus, em apelação exclusiva da defesa, mas sim o Tribunal de origem – exercendo sua soberana função de *jurisdictio* – apenas afastou fundamentos inidôneos da sentença, e encontrou fundamentos e motivação devida, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e os limites da pena imposta na origem.

Desse modo, não houve acréscimo de vetorial considerada favorável pelo Juiz, mas apenas a manutenção da pena-base por outros argumentos,

considerados inclusive idôneos por esta Corte Superior, conforme situação fática apresentada na própria sentença – elevada quantidade de drogas de complexa associação criminosa responsável por tráfico internacional. Esse entendimento consta no seguinte julgado:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Condenação transitada em julgado. Revisão criminal da defesa. Tribunal de origem. *Diminuição da pena-base. Aumento do percentual pelo reconhecimento da reincidência. Limites da pena estabelecida e das circunstâncias fáticas observadas. Situação final não agravada. Pena diminuída. Inexistência de reformatio in pejus ou afronta ao art. 617 do Código de Processo Penal.*

1. A jurisprudência de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Sodalício é firme no sentido de que o Tribunal de origem, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, pode valer-se de fundamentos diversos dos constantes da sentença para se manifestar acerca da operação dosimétrica e do regime inicial fixado para o cumprimento da pena, para examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, desde que não haja agravamento da situação final do réu e que sejam observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na incoativa.

2. É exatamente essa a hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem reduziu a pena-base do agravante, porém, promoveu a readequação do percentual aplicado pelo reconhecimento da reincidência, na segunda fase dosimétrica. A pena que foi primeiramente fixada em 5 anos e 11 meses e pagamento de 550 dias-multa foi diminuída para 5 anos e 10 meses e pagamento de 500 dias-multa.

3. O magistrado de piso já havia pontuado a reincidência do agravante, e o Tribunal de origem apenas promoveu a adequação do percentual.

4. Conforme prevê o art. 626 do Código de Processo Penal, acolhida a revisão criminal, o Tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo, e, de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

5. No entanto, considerando que a revisão criminal é uma ação de impugnação de caráter excepcional, nada impede que se produza uma decisão ultra petita, conforme observado no presente caso.

6. Percebe-se que a situação final do recorrente não foi agravada, contrariamente, foi atenuada, de modo que não há que se falar em reformatio in pejus ou malferimento ao conteúdo do art. 617 do Código de Processo Penal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 568.016/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020.)

Considerando que as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na denúncia foram mantidas pelo Tribunal de origem, então não há ilegalidade na manutenção da pena-base.

Em relação às vetoriais do art. 59 do CP valoradas negativamente para a determinação da pena-base, o Tribunal de origem ressaltou que a culpabilidade “é idônea, tendo em vista que o magistrado se utilizou de fatos concretos e comprovados sobre a posição importante e essencial dos réus na associação criminosa e no tráfico das drogas, no que se refere aos fatos denunciados”. Ressaltou ainda que “o fundamento da quantidade de droga também é idôneo, tendo em vista que houve o tráfico de 1.257 kg de maconha pelo fato 01, 330 kg de maconha pelo fato 02 e de 1.172 kg de maconha pelo fato 04”.

Consta também no acórdão que é “idônea a fundamentação das circunstâncias do crime, porque o magistrado apontou a alta especialização da organização criminosa e o complexo esquema desenvolvido pelos réus no presente caso”.

No tocante aos antecedentes, em relação ao Cícero, a valoração negativa dos maus antecedentes deve ser mantida, por permitir o STJ que, havendo diversas condenações transitadas em julgado por fato anterior ao em julgamento e antes deste, pode uma ser utilizada como reincidência e as demais na primeira fase, como ocorre no presente caso.

O Tribunal de origem destacou que as circunstâncias do crime também foram idoneamente fundamentadas, “tendo em vista o alto grau de complexidade da organização criminosa, em especial o fato de haver repartição de conhecimentos técnicos e capacidades pessoais que viabilizavam o esquema, inclusive para obterem caminhões e carros para transportarem as drogas, contatos com pessoas no exterior, dinheiro para adquirir as drogas e mesmo os veículos que serviram de transporte, a quantidade de pessoas envolvidas e “clientes”, a quantidade de Estados por onde a droga “passeou” e foi comercializada, etc”.

Com efeito, cabe ressaltar que a revisão da dosimetria somente pode ocorrer, em recurso especial, em hipóteses em que a desproporcionalidade seja patente. No presente caso, verifica-se que o referido aumento imposto sobre a pena-base, acrescida em 5 anos (Isaac e Cícero) para o delito de associação para o tráfico e em 5 anos (Isaac e Cícero) e 3 anos (Carlos) para o delito de tráfico, não se mostra excessivo, sobretudo considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos crimes imputados – arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 –, que cominam pena de reclusão de 5 a 15 anos e 3 a 10 anos, respectivamente. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

Agravo regimental em habeas corpus. *Tráfico de entorpecentes. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Elevada natureza e quantidade da droga. Exasperação justificada. Fundamentação concreta e idônea. Especial gravidade. Proporcionalidade e discricionariedade. Regimental improvido.*

1. *Em se tratando de crime de tráfico de drogas, considerar-se-á na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei 11.343/2006).*

2. *Ainda que presente apenas uma circunstância negativa, sua especial gravidade em concreto, na espécie, a quantidade e natureza da droga apreendida - 19,100 kg (dezenove quilos e cem gramas) de cocaína -, justifica a exasperação da reprimenda básica de 2 anos e 6 meses acima do mínimo legal, pois, consoante orientação jurisprudencial deste STJ, A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).*

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 444.036/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.)

Outrossim, segundo entendimento desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena-base bem acima do mínimo legal (STF - RHC 101.576, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 14/08/2012). Ainda neste sentido: AgRg no REsp 1.663.084/RO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017.

No tocante ao pedido do recorrente Carlos de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o acórdão impugnado expressamente consignou (fls. 2.025/2.026):

[...]

Rejeito a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), primeiramente, em razão da vultosa quantidade de droga traficada por todos os réus.

Segundo o STF, “não é crível que o réu, surpreendido com mais de 500 kg de maconha, não esteja integrado, de alguma forma, a organização criminosa, circunstância que justifica o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.” (STF. I a Turma. HC 130.981/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/10/2016). *No presente caso, os réus foram condenados pelo tráfico de*

1.257 kg de maconha pelo fato 01, 330 kg de maconha pelo fato 02 e de 1.172 kg de maconha pelo fato 04. Destaque-se que CARLOS que foi condenado apenas no fato 04 - tráfico de mais de mil e cem quilos de maconha, o que também é suficiente para afastar a minorante.

Além disso, os réus demais apelantes, exceto Carlos, foram condenados por associação criminosa, o que denota a dedicação dos réus a atividades criminosas, além da reincidência de Cícero, Marcelon e Cristiano, que demonstra não serem primários nem portadores de bons antecedentes.

O Tribunal de origem decidiu pela inaplicabilidade da minorante na presente hipótese, considerando que o recorrente Carlos “foi condenado apenas no fato 04 - tráfico de mais de mil e cem quilos de maconha, o que também é suficiente para afastar a minorante”.

Em relação aos outros recorrentes, destacou-se que “foram condenados por associação criminosa, o que denota a dedicação dos réus a atividades criminosas, além da reincidência de Cícero, Marcelon e Cristiano, que demonstra não serem primários nem portadores de bons antecedentes”.

Verifica-se, então, fundamento válido para afastar a minorante em relação aos recorrentes Isaac e Cícero, porém, em relação ao Carlos, o fundamento não é válido, porque configura *bis in idem*, visto que o único argumento é a elevada quantidade de droga apreendida, mas essa argumentação já foi usada na majoração da pena-base. A propósito:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Tráfico ilícito de drogas. Quantidade de drogas apreendidas. Exasperação da pena-base e modulação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 pelo mesmo fundamento. *Bis in idem*. Ocorrência. Pena-base reduzida ao mínimo legal. Possibilidade. Princípio da individualização da pena. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento de que a quantidade da droga apreendida não pode ser utilizada, concomitantemente, como fundamento para exasperar a pena na primeira fase e para modular o redutor na terceira fase da dosimetria, sob pena de ocorrência do vedado *bis in idem*.

2. Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram a quantidade de drogas apreendidas tanto na primeira, quanto na terceira fases da dosimetria, o que configura o apontado constrangimento ilegal.

Diante disso, cabe ao julgador, em atenção ao princípio da individualização da pena, afastar o apontado *bis in idem*, aplicando o referido fundamento em apenas uma das fases. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 576.112/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020.)

Agravo regimental em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Minorante do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos. Quantidade de droga valorada na primeira e na terceira fase da aplicação da pena. *Bis in idem*. Necessidade de remessa às instâncias ordinárias para o refazimento da dosimetria. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

1. *Constatando-se que a mesma circunstância - quantidade de drogas - serviu como fundamento para aumentar a pena na primeira fase e negar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve ser reconhecida a ocorrência de bis in idem, conforme a jurisprudência do STJ e STF.*

2. Agravo regimental improvido. (AgInt no HC 574.920/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020.)

Agravo regimental no recurso especial. Tráfico de drogas. Dosimetria. Quantidade e natureza dos entorpecentes. *Bis in idem*. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. *No caso em apreço, o colegiado de origem constatou que o magistrado de piso elevou a pena-base e excluiu o redutor da pena utilizando o mesmo suporte fático - quantidade de drogas - sem apontar outros elementos concretos que revelassem a dedicação do réu a atividades criminosas.*

2. Revelada situação de manifesto constrangimento ilegal em razão do inadmissível *bis in idem*.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.734.571/MS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 02/06/2020, DJe 09/06/2020.)

Nesse ponto, portanto, deve ser reconsiderada a decisão agravada, apenas em relação ao agravante Carlos, e mantida em relação aos demais agravantes, a fim de manter a pena destes, mas em relação àquele reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de que realize nova dosimetria da pena, com a utilização da quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

O incremento da pena pela transnacionalidade do delito no *quantum* de 1/3 foi fundamentado pelo Tribunal de origem nos seguintes termos (fl. 2.025):

[...]

Na terceira fase, mantenho a majoração da pena em 1/3 pelo tráfico transnacional (art. 40, I, da Lei de Drogas), ante o complexo esquema adotado

pelos réus para a internalização de grande quantidade de droga advinda do exterior.

Verifica-se fundamento válido, com base no “*complexo esquema adotado pelos réus para a internalização de grande quantidade de droga advinda do exterior*”, o que justifica a majoração acima do mínimo legal, que não é desproporcional, uma vez que foi adotada a fração intermediária entre o mínimo (1/6, um sexto) e máximo (2/3, dois terços), conforme art. 40, inc. I, da Lei n. 11.343/2006. Fundamentado o aumento na terceira fase da dosimetria, nada a ser sanado na presente via. Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Transnacionalidade do delito. *Quantum* de aumento. Ausência de violação legal. Agravo regimental não provido.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante no patamar de 1/3, com base na complexidade da operação, na magnitude do tráfico de drogas, na possível multiplicidade de pessoas envolvidas e, ainda, na divisão de tarefas entre elas, deve ser mantida inalterada a fração de diminuição.

3. *Uma vez que o acusado estava levando a substância entorpecente para Madri, na Espanha (país, portanto, localizado em outro continente), e considerando que ele estava, ainda, utilizando uma “rede de tráfico internacional”, não há violação legal no aumento de 1/3 da pena em razão da majorante relativa à transnacionalidade do delito.*

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 519.670/AC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017.)

No que se refere ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos perpetrados, colhe-se do voto condutor do acórdão os seguintes excertos (fls. 2.014):

[...]

iv. *quanto ao pedido de reconhecimento de continuidade delitiva, entendo-o como improcedente, em razão de haver transcurso de tempo superior a 30 dias (quase 60 dias) entre os fatos 01 e 02 e mais de 07 meses entre o fato 02 e o fato 04, razão pela qual não está preenchido o requisito temporal do art. 71 do CP.*

Como bem destacou o Juízo a quo, a execução do primeiro crime de tráfico remonta ao final do mês de maio de 2015 (fato 01); o segundo, ao mês de julho de 2015 (fato 02); enquanto o terceiro crime iniciou-se em fevereiro de 2016 (fato 04). Como se infere, portanto, os atos executórios foram espaçados, não podendo ser havidos como continuados entre si.

[...]

Como se vê, entendeu o Tribunal de origem que não foi preenchido o requisito temporal para a configuração da continuidade delitiva.

Na sentença, contudo, além da ausência do requisito temporal, o Juiz ressaltou (fls. 1.203-1.204):

[...]

Como visto, imputam-se aos denunciados a participação em três eventos que configurariam, em concurso material, o crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

Quanto à espécie de concurso, verifico que a questão desmerece maiores digressões, haja vista que os delitos de tráfico internacional de drogas foram cometidos de maneira esparsa, em circunstâncias distintas, em tempos diversos, mediante formas de execução peculiares e arranjos também diferenciados e individualizados, sendo evidente que, mediante mais de uma conduta - a serem somadas -, os réus consumaram mais de um crime, nos exatos moldes previstos no art. 69 do CPB, não sendo outra a tipificação.

Bem por isto, comecemos pelo primeiro deles, rememorando, a cada um, o relato contido na peça acusatória.

1º *Fato*: Da importação oriunda do Paraguai e da negociação entre *Cristiano de Oliveira, Claumir, Gilmar, Cícero, Marcelon, Cristiano Araújo e Isaac* de 1.257 kg de maconha no Brasil:

[...]

2º *Fato*: Das apreensões de maconha pela Polícia Civil de Minas Gerais, cuja importação, venda e transporte contaram com o envolvimento de *Gilmar, Cristiano de Oliveira, Claumir, José, Edson, e Marcelon, Cícero, Isaac Cristiano Araújo*:

[...]

4º *Fato*: Da apreensão de 1.172 kg de maconha vinda do Paraguai na região entre os municípios de Picos/PI e Araripina/PE, objeto de negociação entre *Gerson, Carlos, Marcelon e Isaac*:

[...]

Como se vê, ao contrário daquilo afirmado pelos agravantes, não se apontou apenas o lapso temporal entre os crimes para afastar a continuidade

delitiva, mas também consta na sentença que “os delitos de tráfico internacional de drogas foram cometidos de maneira esparsa, em circunstâncias distintas, em tempos diversos, mediante formas de execução peculiares e arranjos também diferenciados e individualizados, sendo evidente que, mediante mais de uma conduta – a serem somadas –, os réus consumaram mais de um crime, nos exatos moldes previstos no art. 69 do CPB, não sendo outra a tipificação”.

Apenas se considera a continuidade delitiva, na forma do art. 71 do CP, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes serem mantidos como continuação do primeiro.

Ademais, entendimento esposado pela Corte de origem, e também pelo Juiz, é consoante a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, no que se refere ao critério temporal, para que se reconheça a continuidade delitiva entre crimes, utiliza-se como parâmetro o lapso temporal de 30 dias. A propósito:

Recurso especial. Penal. Estupro de vulnerável e estupro. Arts. 217-A e 213, ambos c/c o 226, II, todos do CP. Continuidade delitiva. Crimes da mesma espécie. Requisitos objetivos e subjetivos. Lapso temporal. Período superior a 2 anos.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compreende que, para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), nos termos do art. 71 do Código Penal. Exige-se, ainda, que os delitos sejam da mesma espécie. Para tanto, não é necessário que os fatos sejam capitulados no mesmo tipo penal, sendo suficiente que tutelem o mesmo bem jurídico e sejam perpetrados pelo mesmo modo de execução.

2. Para fins da aplicação do instituto do crime continuado, art. 71 do Código Penal, pode-se afirmar que os delitos de estupro de vulnerável e estupro, descritos nos arts. 217-A e 213 do CP, respectivamente, são crimes da mesma espécie.

3. *Em relação ao critério temporal, a jurisprudência deste Tribunal Superior utiliza como parâmetro o interregno de 30 dias. Importante salientar que esse intervalo de tempo serve tão somente como parâmetro, devendo ser tomado por base pelo magistrado sentenciante diante das peculiaridades do caso concreto.*

4. Tendo em conta que o lapso temporal entre os fatos é de ao menos 2 anos e 5 meses, imperioso afastar a continuidade delitiva, dado o largo lapso temporal decorrido entre os fatos.

5. O art. 234-B do Código Penal determina o segredo de justiça nos processos de apuração dos crimes contra a dignidade sexual, não fazendo distinção entre

vítima e acusado. Deve o processo correr integralmente em segredo de justiça, preservando-se a intimidade do acusado em reforço à intimidade da própria vítima.

6. Recurso especial provido para afastar a continuidade delitiva, restabelecendo a condenação nos termos da sentença. (REsp 1.767.902/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019.)

Agravo regimental no recurso especial. Recurso especial. Penal. Tráfico de drogas. Crime continuado. Inaplicabilidade. Delitos praticados em intervalo superior a 30 (trinta) dias. Reiteração criminosa. Agravo regimental desprovido.

1. O art. 71, caput, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva. Esta Corte não admite, porém, a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias.

2. E mesmo que se entenda preenchido o requisito temporal, há a indicação, nos autos, de que o Réu, embora seja primário, é criminoso habitual, que pratica reiteradamente delitos de tráfico, o que afasta a aplicação da continuidade delitiva, por ser merecedor de tratamento penal mais rigoroso.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.747.139/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019.)

Não se pode negar que esta Corte Superior também tem entendido que, *“inexistindo previsão legal expressa a respeito do intervalo temporal necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, presentes os demais requisitos da ficção jurídica, não se mostra razoável afastá-la, apenas pelo fato de de o intervalo ter ultrapassado 30 dias”* (AgRg no AREsp n. 531.930).

A Quinta Turma já entendeu que, *“sem olvidar da orientação sedimentada nesta Corte Superior, no sentido de que o espaçamento temporal superior a 30 (trinta) dias inviabiliza, em regra, a configuração da continuidade delitiva, é cediço, por outro lado, que referido parâmetro não é absoluto. Em situações particulares é admissível o reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal se superado referido prazo, máxime quando demonstrada excepcional vinculação entre as condutas delitivas”* (AgRg no REsp 1.801.429/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 22/08/2019; HC 518.301/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019).

Contudo, no presente caso, além do Tribunal *a quo* destacar o lapso temporal superior a 30 dias em relação a cada fato criminoso, o Juiz sentenciante entendeu que os delitos de tráfico internacional de drogas foram cometidos de maneira

esparsa, em circunstâncias distintas, em tempos diversos, mediante formas de execução peculiares e arranjos também diferenciados e individualizados, sendo evidente que, mediante mais de uma conduta, praticaram-se vários crimes em concurso material.

Portanto, deve ser mantido o somatório das penas de cada conduta criminosa, conforme determinado em sentença.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos agravos regimentais de Cícero Thiago Cavalcante e Isaac Lima Marques (fls. 2.312-2325), e dar parcial provimento ao agravo regimental de Carlos Genildo de Souza (fls. 2.340-2.354), apenas para reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de que realize nova dosimetria da pena do Carlos, com a utilização da quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda, mantidos os demais termos da sentença.

HABEAS CORPUS N. 583.837-SC (2020/0121742-8)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Advogados: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Ludmila Gradici Carvalho Drumond - SC036422

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Tiago Daniel Fonseca e Silva

Interes.: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Pacote anticrime. Lei n. 13.964/2019. § 5º do art. 171 do CP. Ação penal pública condicionada à representação como regra. Nova lei mais benéfica. Retroatividade. Art. 5º, XL, da CF. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.

1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva.

2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.

3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.

4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.

5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2020 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 12.8.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Tiago Daniel Fonseca e Silva* contra ato coator proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, no Processo n. 0001891-34.2015.8.24.0019/50000, manteve o paciente condenado às penas de 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 12 dias-multa, pela prática de conduta descrita no art. 171, *caput*, por três vezes, e art. 171, *caput*, c/c o art. 14, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal.

A impetrante alega, em síntese, que a Lei n. 13.964/2019 inseriu o § 5º ao art. 171 do Código Penal para transformar a persecução penal, em relação a esse crime, como pública condicionada à representação, exceto se a vítima for a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz.

Sustenta que a norma é material e mais benéfica e deveria retroagir no caso concreto, nos termos do art. 2º do Código Penal. Acresce que a garantia da retroatividade da lei penal tem assento constitucional no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Salienta não haver norma de transição, razão pela qual não é possível intimar a vítima para se manifestar por ausência de previsão legal. Assim, considerando a ausência de representação da vítima, a punibilidade deve ser declarada nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

Postula a concessão da ordem para reconhecer a aplicação retroativa da Lei n. 13.964/2019 e declarar extinta a punibilidade pela decadência (fls. 3/9).

Liminar deferida às fls. 309/311.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 316/318):

Habeas corpus. Estelionato. Ação penal. Representação do ofendido. Condição de procedibilidade prevista no § 5º do art. 171 do CP, introduzido pela Lei n. 13.964/19. Norma mista. Natureza processual substancialmente material. Aplicação retroativa que, embora admissível, não se mostra razoável no caso em análise, porquanto o feito já se encontra sentenciado. Aplicação retroativa que implicaria não só a anulação da sentença e de todo o processo, mas também o reconhecimento da decadência do direito de representação, com a consequente extinção da punibilidade. Abertura de prazo para a eventual representação da vítima. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Pretende a impetração a aplicação retroativa da Lei n. 13.964/2019, especificamente o § 5º ao art. 171 do Código Penal, que estabeleceu como regra a ação penal condicionada à representação para o crime de estelionato e a consequente extinção da punibilidade.

O Tribunal local, no julgamento dos embargos de declaração, afastou a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, pelos seguintes fundamentos (fls. 27/28):

Sobre a alteração legislativa em comento, o doutrinador Rogério Sanches Cunha assim leciona:

se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995) (Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 65)

Conforme se vê, denúncias já ofertadas tratam-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançados pela mudança legislativa. Assim, tendo o Parquet efetuado a denúncia no momento em que a ação era pública incondicionada, não há como, por uma posterior mudança legislativa para pública condicionada à representação, afetar processos já em andamento com denúncia oferecida. Em suma, naquele momento era de competência do Ministério Público de maneira incondicional realizar a denúncia.

Ex positis, “a transformação da ação penal nos crimes de estelionato contemplados no art. 171 do Cód. Penal, operada através da Lei n. 13.964/19, malgrado ostente natureza penal, porquanto tem potencial efeito extintivo da punibilidade, não atinge o ato jurídico perfeito e acabado. Distinta interpretação implica na indevida amplificação dos efeitos do novo comando legal, com a subversão da natureza jurídica da representação, convalidada que restaria em condição de prosseguibilidade” (TJSC, Embargos de Declaração n. 0005244-45.2014.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 12-03-2020).

Neste diapasão, inviável o reconhecimento da extinção de punibilidade, bem como a intimação da vítima para oferecer representação, visto que o presente feito foi regularmente iniciado pela incondicionalidade até então pertencente ao Ministério Público.

Por todo o exposto, também não há de se falar em flagrante ilegalidade para a concessão de ordem de ofício de *habeas corpus*.

Ressalto por oportuno, que no recente Habeas Corpus n. 573.093 - SC (2020/0086509-0), de relatoria do Eminentíssimo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, este negou liminar em pedido similar efetuado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina ao feito no presente embargo.

Para se solucionar o presente caso, necessário é verificar a possibilidade da lei nova se aplicar a fatos anteriores à sua vigência.

Uma análise necessária diz respeito ao caráter da norma que insere condição de procedibilidade, como regra, para persecução penal do delito de estelionato: se penal ou processual, e o conseqüente regime jurídico a que submetido, se penal ou processual.

Há razoável consenso doutrinário acerca da natureza dessa disciplina: as normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes no Código de Processo Penal, são de caráter misto, regidas assim pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva, como reconhecido pela Quinta Turma, no HC n. 573.093/SC, ocasião na qual este Tribunal Superior se debruçou sobre o tema pela primeira vez:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Crime de estelionato. Pretendida aplicação retroativa da regra do § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Inviabilidade. Ato jurídico perfeito. Condição de procedibilidade. Doutrina. Dosimetria. Pretensão de conversão da pena corporal em multa. Art. 44, § 2º, do Código Penal. Discricionariedade do julgador. *Writ* não conhecido.

[...]

2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos de idade ou incapaz.

3. *Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu.* Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prossequibilidade e não procedibilidade.

Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413.

4. Ademais, na hipótese, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, consoante a jurisprudência desta Corte, formalidade para manifestação do ofendido.

5. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior, fixada a pena corporal nos patamares delineados no art. 44, § 2º, do Código Penal, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal. Além disso, não é socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva em crimes cujo o tipo penal prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 573.093/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 18/6/2020 - grifo nosso)

Assim, diante do advento de nova disciplina, a vigência da norma mais antiga ou mais nova será determinada pelos benefícios proporcionados ao réu

no caso concreto. Caso a nova espécie de ação se apresente mais benéfica, deverá retroagir.

Alteração sem conflitos com a lei, no tempo, observamos nos crimes sexuais, art. 225 do Código Penal, que já foram, em regra, de ação penal privada. Na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, passaram a ser de ação pública condicionada à representação da vítima (ou do representante legal), com a vigência desse mencionado diploma, e, com a atual redação da Lei 13.718/2018, passaram a ser públicas incondicionadas.

Entre as três espécies de ação penal há uma notória gradação: enquanto a ação penal de iniciativa privada obedece ao princípio da disponibilidade, estando submetida a causas específicas de extinção da punibilidade, como a renúncia, o perdão, a decadência, por exemplo, a ação penal pública incondicionada observa o princípio da indisponibilidade, sendo a persecução penal deflagrada de ofício pelo aparato oficial público.

A ação penal pública condicionada à representação, por sua vez, observa o princípio da disponibilidade até o oferecimento da ação penal, que, uma vez instaurada, adquire o caráter de ação penal pública e com desenvolvimento *ex officio*, não admitindo mais retratação.

Pode-se, assim, afirmar que a ação penal pública incondicionada é mais gravosa ao acusado, enquanto a ação privada é menos gravosa, estando a ação pública condicionada à representação em posição intermediária.

Todas essas disciplinas, por terem evoluído das espécies menos gravosas para as mais, valeram para os casos posteriores à sua vigência.

Nesse sentido:

In casu, os fatos delituosos ocorreram nos anos de 2004 a 2008 (antes da vigência da Lei n. 12.015/2009). À época em que praticados os fatos e observando apenas a legislação infraconstitucional, a ação penal do crime de estupro ou de atentado violento ao pudor era de natureza privada, passando-se à condição de ação penal pública condicionada à representação da vítima quando os atos fossem praticados com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, ou, ainda, quando comprovado a condição de miserabilidade da vítima ou de seus pais.

Vale ressaltar que considera-se a data do fato para averiguação da legislação aplicável e não a data em que se tornou conhecido, como pretende o Ministério Público Federal.

Tal espécie de ação penal (privada) deve continuar a ser observada, com o advento da novatio legis, em relação aos fatos ocorridos antes da sua vigência, mesmo que o processo ainda não houvesse sido iniciado, já que o novo regramento é mais gravoso, sendo, portanto, irretroativo, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal”.

(AgRg no REsp n. 1.543.002/TO, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5/2/2016 - grifo nosso)

Nesse mesmo sentido: RHC n. 36.364/RJ, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 6/6/2014.

Na legislação, como regra, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do art. 100 do Código Penal, disciplina essa a que o estelionato observava antes da Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”.

Agora, fora das exceções descritas no § 5º do art. 171 do Código Penal (salvo se a vítima for: a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, ou maior de 70 anos ou incapaz), a ação penal está condicionada à representação.

Ora, diante de tal quadro, ao meu sentir, parece notório que o § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.694/2019, é norma mais benéfica em relação ao regime anterior. E, pelo caráter misto, alcança casos anteriores à sua vigência.

Estabelecido que a norma em epígrafe tem natureza mista, devendo obedecer à disciplina constitucional referente à lei penal, uma segunda análise necessária diz respeito às consequências do conflito da lei no tempo. Em suma, o que se coloca é aplicar retroativamente a nova regra diante da omissão legislativa na Lei n. 13.964/2019 em disciplinar os conflitos decorrentes da aplicação da lei penal no tempo.

A pretensão da impetração, a meu ver, não encontra amparo jurídico. O legislador, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato, não pretendeu em nenhum momento criar uma hipótese de *abolitio criminis*, como se pretende.

Nesse momento, importante observar a lição do professor Rogério Lauria Tucci (Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pág. 226/227) acerca do princípio publicístico do processo penal. Diz esse princípio que, ao contrário do processo civil, concebido em torno de discussões de direitos individuais disponíveis, privados, o processo penal tutela dois direitos

de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva são de interesse público. Não interessa ao estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.

A expropriação do conflito advinda com a transformação da querelas penais em questões públicas acarretou, ao então Estado Absolutista, o ônus de dar solução às disputas penalmente qualificadas. A partir do momento em que a soberania afasta os particulares da posição de principal afetados por um dano, colocando-se como principal interessado na pacificação do conflito, assumiu o poder-dever de punir os culpados (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução Sergio Lamarão. - Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. 3ª Reimpressão, novembro de 2019, pág. 37/50).

Essa origem do instituto conduz à exegese no sentido de que não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.

Há, no meu sentir, uma claro limite à retroatividade do dispositivo: o trânsito em julgado da ação penal. A partir desse momento processual não há falar mais em exercício do direito de ação, que se esgota com o pronunciamento definitivo sobre o mérito da ação; instaura-se a pretensão executória, no qual o direito de punir já é juridicamente certo, não havendo espaço para discussão sobre a natureza da ação penal do título.

O direito de executar a pena, saliente-se, não se submete a tais condicionantes, tampouco pode ser exercido de forma privada, cabendo apenas ao Estado exercê-lo, sem influência da vontade privada.

Considerado tal limite, entendo que a retroação da norma em questão (§ 5º do art. 171 do CP), alcança todos os processos em curso, sem trânsito em julgado. Tal retroação não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal.

Essa a razão pela qual o art. 90 da Lei n. 9.099/1995 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1.719. O referido dispositivo limitava a aplicação da lei aos processos com instrução iniciada. Provocado no controle concentrado de constitucionalidade, o Pretório Excelso declarou, sem redução de texto, a vedação à retroatividade dos dispositivos de caráter penal:

Ementa: Penal e Processo Penal. Juizados Especiais. Art. 90 da Lei 9.099/1995. Aplicabilidade. Interpretação conforme para excluir as normas de direito penal mais favoráveis ao réu. O art. 90 da Lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.

(ADI n. 1.719, Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 3/8/2007, fls. 33/35 - grifo nosso)

Vale aqui reproduzir parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa (grifo nosso):

De fato, a Lei 9.099 entrou em vigor em 1995 - portanto, há mais de dez anos - *contendo normas de natureza penal e normas de natureza processual penal.*

O art. 90, ora impugnado, determina que as disposições da Lei 9.099/1995 não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Na verdade, segundo a doutrina brasileira, o dispositivo traz uma exceção ao conteúdo da regra geral sobre aplicação imediata da lei processual penal, contida no art. 2º do Código de Processo Penal. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover e outros (...)

Vale frisar que, em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral não padece de nenhum vício de inconstitucionalidade.

É importante observar, contudo, que a Lei 9.099/1995 tem natureza mista: é composta por normas de natureza processual e por normas de conteúdo material de direito penal. Portanto, para a concreta aplicação do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica (art. 5º, XL da CF/88), não poderia o legislador conferir o mesmo tratamento para todas as normas inseridas na lei dos juizados especiais.

Como se sabe, as normas de cunho eminentemente de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL, da Constituição Federal. Creio não serem necessárias maiores considerações acerca do conhecido princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica.

Observo, ainda, que o Tribunal, ao julgar a questão de ordem no Inq 1.055 (rei. min. Celso de Mello), *deixou consignado o entendimento de que as normas da Lei 9.099/1995 de natureza penal e conteúdo mais benéfico ao réu devem retroagir*

para alcançar os processos que já tiveram a instrução iniciada. Confira-se trecho da ementa do referido julgado:

[...]

Assim, o art. 90 da Lei 9.099/1995 deve ser interpretado de forma que não abranja as normas de direito penal mais benignas, tal como ficou consignado no julgamento da medida cautelar da presente ação direta.

Portanto, para as normas de natureza penal inseridas na lei 9.099/1995, devem ser aplicados os princípios constitucionais que disciplinam a aplicação da lei penal, em especial o contido no art. 5º, XL, da Constituição (retroatividade da norma penal mais benéfica).

Nessa linha de entendimento, já por demais consolidada nesta Corte, e também em razão do decurso de longo tempo desde a entrada em vigor da Lei 9.099/1995 e do caráter intertemporal do dispositivo ora atacado, voto pela confirmação da cautelar, para dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995, de modo a impedir que dele se extraiam conclusões conducentes a negar aplicabilidade imediata e retroativa às normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei. (grifo nosso)

O que verifico no presente caso é uma omissão legislativa ao disciplinar os conflitos decorrentes da lei no tempo, passíveis de solução pela via interpretativa.

A Lei n. 9.099/1995, em seu art. 91, trouxe disciplina para questão semelhante. Ao transformar a ação penal dos crimes de menor potencial ofensivo de ação pública incondicionada para pública condicionada à representação, determinou a intimação do ofendido ou do seu representante legal para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.

O presente caso favorece tal solução. A ofendida é pessoa jurídica, com nome fantasia de *Farmácia Concórdia*, e, dos documentos que instruíram a impetração, não se verifica representação do representante legal (até porque não havia razão de ser), mas apenas depoimentos dos funcionários da pessoa jurídica.

Tal solução, assim, parece-me mais equânime com os cânones do direito penal e do processual penal e são a razão pela qual encaminho conclusão para conceder parcialmente a ordem.

Ademais, importante tecer breves considerações sobre o porquê de não prevalecer o fundamento levantado pelo Tribunal, com base em doutrina, acerca da prevalência do ato jurídico perfeito, aperfeiçoado ao receber a denúncia.

Tanto o ato jurídico perfeito quanto a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais que podem ser considerados de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição

Federal. Essa localização é importante para o desfecho aqui proposto. Por se tratar de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo dever de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pág. 137/138). Por estarem positivadas topograficamente no art. 5º, no título que disciplina os direitos e as garantias fundamentais, no capítulo que dispõe sobre os direitos e os deveres individuais e coletivos, fica claro que o constituinte conferiu a esses direitos fundamentais a mesma estatura constitucional.

Na formulação constitucional brasileira, nem sequer a lei, manifestação estatal capaz de conceber direitos e impor obrigações, poderá retroagir para desconsiderar ato jurídico perfeito. Por outro lado, afirmando a regra geral, de que a lei não retroage, a Constituição Federal excepciona a lei penal mais benéfica, diga-se, impõe a retroatividade da lei penal mais branda, mais favorável à pessoa humana.

No presente caso, considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza do próprio direito fundamental, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão, contrassenso quando delimitamos os destinatários dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. pág. 209/226). Além disso, ainda que fosse possível, falar em ato jurídico perfeito nessa hipótese, valendo-se do princípio da proporcionalidade, salvaguardar a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal melhor protege a dignidade da pessoa humana.

Por essas razões é que entendo inoponível a proteção do ato jurídico perfeito à retroatividade do mencionado dispositivo.

Ante o exposto, *concedo parcialmente* a ordem, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995. Ressalvas dos Ministros Rogério Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz acerca da não representação da vítima no caso concreto, pessoa jurídica, por seu empregado/gerente.

HABEAS CORPUS N. 589.544-SC (2020/0144047-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Jaison da Silva

Advogado: Jaison da Silva - SC025147

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Daniel da Silva (Preso)

Interes.: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Habeas corpus. Processo Penal. Extorsão. Art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar. Tarefa imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva. Reavaliação pelos tribunais, quando em atuação como órgão revisor. Inaplicabilidade. Ordem denegada.

1. A **obrigação de revisar**, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta **apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva**. Com efeito, a Lei nova atribui ao “**órgão emissor da decisão**» – em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva – o dever de *reavaliá-la*.

2. Encerrada a instrução criminal, e prolatada a sentença ou acórdão condenatórios, a impugnação à custódia cautelar – decorrente, a partir daí, de novo título judicial a justificá-la – continua sendo feita pelas vias ordinárias recursais, sem prejuízo do manejo da ação constitucional de *habeas corpus* a qualquer tempo.

3. Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação – de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos – seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de *habeas corpus*) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexecutável, sob pena de tornar a prisão preventiva “ilegal”, *data maxima venia*, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado,

impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.

4. Esse mesmo entendimento, a propósito, foi adotado pela *Quinta Turma* deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020: “Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente) [...] Portanto, a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgão revisor.”

5. Na hipótese dos autos, em sessão realizada em *24 de março de 2020*, o Tribunal de origem julgou as apelações (da Defesa e da Acusação) e impôs ao Réu, ora Paciente, pena mais alta, fixada em mais de 15 (quinze) anos de reclusão – o Magistrado singular havia estabelecido a pena em mais de 13 (treze) anos de reclusão.

6. No acórdão que julgou as apelações, nada foi decidido acerca da situação prisional do ora Paciente, até porque a Defesa nada requereu nesse sentido. Assim, considerando que inexistente obrigação legal imposta à Corte de origem de revisar, de ofício, a necessidade da manutenção da custódia cautelar reafirmada pelo juízo sentenciante, não há nenhuma ilegalidade a ensejar a ingerência deste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, vê-se que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos pela Defesa do Paciente foram inadmitidos em 03/07/2020; em 13/07/2020 foi interposto agravo em recurso especial e eventual juízo de retratação ainda não foi realizado. Desse modo, os autos ainda não foram encaminhados a esta Corte Superior.

8. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2020 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 22.9.2020

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Daniel da Silva* contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, prolatado nos autos da Apelação n. 0004882-74.2019.8.24.0008.

Consta que o ora Paciente foi denunciado perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau/SC, acusado de:

[...] por, pelo menos, cinco vezes, nesta cidade de Blumenau/SC, o denunciado *Daniel da Silva*, de forma voluntária e consciente, com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica, constrangeu Jaime Barbaresco Júnior, mediante grave ameaça à integridade corporal da vítima e sua família e de morte, a qual foi exercida pessoalmente, via telefone/whatsapp e/ou indiretamente, por outras pessoas (até o momento não identificadas), a lhe entregar quantias em dinheiro para pagamento de supostas dívidas que Dankan Westarb Barbaresco, filho da vítima, teria consigo. (fl. 677)

Sobreveio sentença condenatória impondo ao Réu as penas de 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 54 (cinquenta e quatro) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, como incurso no art. 158, *caput*, por quatro vezes, e no art. 158, § 1º, por uma vez, na forma dos arts. 71 e 69, todos do Código Penal.

Inconformados, apelaram o Ministério Público e a Defesa. O Tribunal *a quo*, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso interposto por *Daniel da Silva* e negou-lhe provimento; e deu parcial provimento ao do Ministério Público para readequar a reprimenda, ao final, fixada em 15 (quinze) anos, 5

(cinco) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

No presente *writ*, sustenta o Impetrante que:

[...] a prisão em flagrante do Paciente foi convertida em preventiva na data de 07/05/2019, conforme demonstram às fls. 133 a 136 dos autos.

Por conseguinte, a prisão preventiva do Paciente foi mantida na sentença condenatória na data de 22/08/2019, ou seja, por um pouco mais de 90 (noventa) dias.

Após isso, o Paciente teve seu Recurso de Apelação julgado e, ainda, aguarda o julgamento de admissibilidade de seu Recurso Especial e Extraordinário.

Nada obstante, desde a data de **22/08/2019 (data da sentença)**, não foi revista a necessidade de manutenção da prisão preventiva, consoante determina o artigo 316, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal [...].

Percebam, Excelências, que já se passaram mais de 1 (um) ano e, mesmo assim, não foi revista de ofício pelo TJ catarinense a necessidade de manutenção da segregação preventiva, conforme determina referido artigo. (fl. 5, *sic*)

Requer, assim:

[...]

B) Seja dispensado o pedido de informações, com fulcro no parágrafo 2º, do artigo 654, do Código de Processo Penal, por estar a presente devidamente instruída, concedendo-se a ordem liminarmente e depois em definitiva, com o fito de revogar a prisão ou, alternativamente, seja concedido em favor do Paciente medidas cautelares diversas da prisão, as quais poderão ser fixadas de acordo com o melhor entendimento de Vossa Excelência, determinando-se a expedição de alvará;

C) Acolhido ou não o pleito liminar, no trâmite regular do feito (julgamento de mérito), depois de colhidas ou não as informações da autoridade coatora e ouvida a Douta Procuradoria de Justiça, roga-se o acatamento da presente pelos fundamentos apresentados, com a concessão da ordem impetrada, nos termos ventilados neste writ;

D) Outrossim, caso essa casa entenda que o presente *writ* não comporta conhecimento, entendendo que a medida adequada seria o Recurso Ordinário Constitucional, requer-se a análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão da ordem de ofício. (fl. 9)

O pedido liminar foi indeferido às fls. 799-802.

As informações foram dispensadas, pois devidamente instruídos os autos.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 805-809).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, vê-se que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos pela Defesa do Paciente foram inadmitidos em 03/07/2020; em 13/07/2020 foi interposto agravo em recurso especial e eventual juízo de retratação ainda não foi realizado.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A irrisignação não prospera.

A Lei n. 13.964/2019, que deu nova redação ao *caput* do art. 316 do Código de Processo Penal e lhe acrescentou o parágrafo único, dispõe (sublinhei):

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Consoante se infere da literalidade da norma a **obrigação de revisar**, no prazo assinalado, a necessidade de se manter a custódia cautelar é imposta **apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva**.

Com efeito, a Lei nova atribui ao “**órgão emissor da decisão**» – em referência expressa à decisão **que decreta a prisão preventiva** – o dever de *revisá-la, a cada 90 dias, de ofício*.

Ao meu sentir, a inovação legislativa se apresenta como uma forma de evitar o prolongamento da medida cautelar extrema, por prazo indeterminado, sem formação da culpa. Daí o dever de ofício de o juiz ou o tribunal processantes declinarem fundamentos relevantes para manter a segregação provisória.

No entanto, depois de exercido o contraditório e a ampla defesa, com a prolação da sentença penal condenatória, a mesma Lei Processual Penal prevê que “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do

conhecimento de apelação que vier a ser interposta” (§ 1º do art. 387 do Código de Processo Penal), a partir de outra perspectiva acerca da culpa do réu e da necessidade da custódia cautelar.

Assim, encerrada a instrução criminal, e prolatada a sentença ou acórdão condenatórios, a impugnação à custódia cautelar – decorrente, a partir daí, de novo título judicial a justificá-la – continua sendo feita pelas vias ordinárias recursais, sem prejuízo do manejo da ação constitucional de *habeas corpus* a qualquer tempo.

Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação – de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos – seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de *habeas corpus*) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexecutável, sob pena de tornar a prisão preventiva “ilegal”, *data maxima venia*, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.

Salvo melhor juízo do Colegiado, entende esta Relatora que a exegese jurídica da norma em questão não pode extrair conclusões que levem ao absurdo. É certo que quem sofre as agruras da prisão preventiva precisa de instrumentos processuais eficientes para impugnar decisões que lhe pareçam injustas. Para tanto, a Defesa dispõe de farto acervo recursal no processo penal brasileiro, além da inesgotável possibilidade de se arguir ilegalidades e atentados ao direito de locomoção pela via do *habeas corpus*. Não se pode olvidar, entretanto, que também coexiste no mesmo contexto o interesse da sociedade de ver custodiados aqueles cuja liberdade representem risco à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Não constato, desse modo, o constrangimento ilegal apontado pela Defesa.

Com igual conclusão, confira-se recentíssimo precedente da Quinta Turma desta Corte Superior:

Processo Penal. Pedido de reconsideração no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Reavaliação da prisão cautelar pelo Tribunal de origem. Art. 316, parágrafo único, do CPP. Inaplicabilidade. Recurso não provido.

1. O pedido de reconsideração será recebido como agravo regimental, diante da ausência de previsão regimental para a utilização desse instrumento contra decisão do Relator, bem como em homenagem aos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas.

2. Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente).

3. O *caput* do art. 316 do CPP, ao normatizar o tema, previamente dispõe o limite temporal da providência judicial – “no correr da investigação ou do processo”.

4. Seja diante de uma interpretação sistemática do CPP, seja porque a lei “não contém palavras inúteis”, conclui-se que a aplicação dos referidos dispositivos restringe-se tão somente à fase de conhecimento da ação penal. Isto é, o reexame da necessidade da prisão cautelar, de ofício, deve ser feito desde a fase investigatória até o fim da instrução criminal, quando ainda não se tem um juízo de certeza sobre a culpa do réu e, sendo assim, com muito mais razão, o julgador deve estar atento em conferir celeridade ao feito e em restringir a liberdade apenas de acusados que representem risco concreto à instrução criminal, à aplicação da lei penal e à ordem pública.

5. Em complementação, ressalta-se que a observância da referida norma pelos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgãos revisores (grau recursal), inviabilizaria sobremaneira o trabalho das Cortes de Justiça, cuja jurisdição abrange inúmeras Varas e Comarcas em todo o país. Outra questão de ordem prática seria a dificuldade de o Tribunal recursal se manter atualizado sobre a situação do réu, ao tempo do julgamento do pedido de reavaliação, devido ao distanciamento das Varas e Comarcas de origem, o que poderia ocasionar uma apreciação equivocada sobre a necessidade da prisão cautelar. Por exemplo, a fuga do estabelecimento prisional - fundamento bastante para a manutenção do encarceramento provisório - poderia ser informada tardiamente ao Desembargador relator.

6. Pontue-se, também, que o sistema processual penal prevê meios de impugnação próprios a serem dirigidos aos Tribunais, nos casos de coação ilegal à liberdade de locomoção do réu. Inclusive, nada impede que a defesa a cada 90 dias, em tempo maior ou menor, renove nas Cortes de Justiça o pedido de relaxamento da prisão cautelar por excesso de prazo. Ou mesmo, pleiteie a revogação da prisão cautelar quando do surgimento de um fato novo, utilizando-se, dentre outros, o habeas corpus.

7. Portanto, a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgão revisor.

8. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020; sem grifos no original.)

No mais, no caso em apreço, por *crimes de extorsão* praticados entre os meses de fevereiro a maio de 2019, o Paciente foi preso em flagrante e teve a conversão desta em *preventiva* feita pelo juiz de primeiro grau nestes termos (fl. 145):

[...] Os elementos de prova coletados até o momento demonstram a ocorrência do crime de extorsão e trazem indicativo de autoria (*fumus commissi delicti*). Como feito, há indícios da prática de extorsão, que vem sendo praticada continuamente, por aproximadamente três meses, tendo cessado por um breve período após a vítima ter pago a quantia de R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), decorrentes de dívidas de seu filho com o conduzido. A vítima vinha sendo intimidada mediante ameaças a sua integridade física e de sua família. Na última sexta-feira (03.05.2019), o conduzido voltou a intimidar a vítima, tendo inclusive ameaçado funcionárias de seu estabelecimento, fazendo com que o ofendido pagasse a quantidade R\$5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais). No dia seguinte, novamente o conduzido teria entrado em contato com a vítima solicitando o pagamento de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) referente a despesas que teria tido com um veículo adquirido do filho da vítima. Este último pagamento foi acordado para o dia 06.05.2019, data deste flagrante, oportunidade em que o conduzido foi abordado e preso na posse da quantia exigida da vítima. Portanto, as reiteradas ameaças à vítima, a seus familiares e funcionários, para obtenção de valores cada vez maiores, denotam elevada ofensividade da conduta, a partir do que se pode extrair o fundado risco de reiteração criminosa. Embora a questão comporte discussão, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, vem sustentando o entendimento de que a gravidade *in concreto*, por denotar indicativo de reiteração criminosa, pode servir de fundamento para a prisão preventiva, como modo de garantir a ordem pública. Além disso, verifica-se que o conduzido é reincidente em crime doloso, possuindo duas condenações, pelos crimes de roubo duplamente majorado e apropriação indébita (fls. 26-28). Por fim, encontra-se cumprindo pena no regime aberto, conforme consulta ao PEC n. 0010216-31.2015.8.24.0008 (fl. 30), desta Comarca. Nada obstante, foi preso em flagrante. Então, há forte indicativo de que, em liberdade, o conduzido tende a reiterar na prática delitiva, colocando em risco, também, a ordem pública. Resta configurado, portanto, o *periculum libertatis*. Nesse cenário, a conversão da prisão em flagrante em preventiva é necessária à garantia da ordem pública, sendo insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Sobreveio *sentença*, datada de 22 de agosto de 2019, condenando-o à pena de mais de 13 (treze) anos de reclusão, sendo-lhe *negado o direito de recorrer em liberdade*, por considerar o juiz sentenciante que “permanecem presentes os pressupostos que levaram à decretação da prisão preventiva” (fl. 484).

O *acórdão* que julgou as apelações impôs ao Réu, ora Paciente, pena mais alta, fixada em mais de 15 (quinze) anos de reclusão, em sessão realizada em 24 de março de 2020 (fl. 686). Nada foi decidido pelo Tribunal *a quo* acerca da situação prisional do ora Paciente, até porque a Defesa nada requereu nesse sentido.

Assim, considerando que inexistente obrigação legal imposta à Corte de origem de revisar, de ofício, a necessidade da manutenção da custódia cautelar reafirmada pelo juízo sentenciante, não há nenhuma ilegalidade a ensejar a ingerência deste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Por fim, como explicitado no relatório, vê-se que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos pela Defesa do Paciente foram inadmitidos em 03/07/2020; em 13/07/2020 foi interposto agravo em recurso especial e eventual juízo de retratação ainda não foi realizado. Desse modo, os autos ainda não foram encaminhados a esta Corte Superior.

Ante o exposto, *denego* a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 590.140-MG (2020/0146502-7)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Fernando Rabelo Rodrigues e outro

Advogados: Fernando Rabelo Rodrigues - MG103357

Jessica Nayara Resende Bernardes - MG178496

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Lucas Silva Costa (Preso)

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Audiência de instrução e julgamento por videoconferência. Alegação de cerceamento de defesa. Não ocorrência. Excepcionalidade da situação. Calamidade pública. Pandemia de COVID-19. Resolução n. 329/2020 do CNJ. Necessidade de observância.

1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a

realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa.

2. O Conselho Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência.

3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020.

4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão.

5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ (fl. 413).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar o *habeas corpus*, com recomendação, cassando a liminar,

nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2020 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 25.9.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* ajuizado em nome de *Lucas Silva Costa*, que foi preso em flagrante delito e, depois, denunciado (ao lado de Marcos Lima da Conceição) como incurso no art. 157, § 2º, II, e no art. 157, *caput*, por quatro vezes, na forma do art. 70 e, por duas vezes, c/c o art. 69, todos do Código Penal (Processo n. 0001769-88.2020.8.13.0621, da 2ª Vara Cível, Criminal e Infância e Juventude da comarca de São Gotardo/MG).

Ataca-se o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no HC n. 1.0000.20.073034-9/000 (fls. 23/35), com a alegação de que se busca garantir o contraditório e coibir a contaminação da produção da prova na origem, garantindo-se a efetividade da defesa, pois – segundo a impetração – o procedimento de videoconferência não garante a paridade de armas nem o contato do acusado com seu advogado no momento do depoimento das testemunhas de acusação.

Sustenta-se o seguinte no *writ* (fls. 5/8 - grifo nosso):

O douto juízo de primeiro grau, com o início da pandemia da COVID 19, designou audiência por videoconferência, intimando as partes para manifestarem concordância, quando a defesa por razões técnicas manifestou pela designação de audiência presencial, o que foi indeferido.

Em sede de *habeas corpus*, foi concedida medida liminar para suspender a audiência virtual marcada, mas no mérito a ordem foi denegada, sob o fundamento de que a audiência por videoconferência tem previsão no ordenamento jurídico e julgando, inclusive, além do que foi pedido, ao se manifestar acerca do excesso de prazo.

Ocorre que a defesa não possuiu condições técnicas de realizar a audiência de instrução por vídeo, dentre vários motivos por tratar-se de acusação de

roubo, com cinco vítimas, sendo que na fase de inquérito policial não foi feito reconhecimento presencial por nenhuma delas, valendo ressaltar que o paciente *Lucas* suporta sozinho a acusação, ainda que o inquérito e a denúncia evidenciem outro investigado como autor dos delitos.

Insta consignar que esse terceiro, *Francisco*, teria inclusive confessado para polícia a prática delitiva, mas não foi denunciado e o mandado de prisão preventiva expedido em seu desfavor foi recolhido por haver dúvida quanto à sua real identidade e até que fosse identificado corretamente. O que até hoje não foi feito.

Portanto, a prova produzida em audiência deve ser colhida de forma extremamente minuciosa e eficiente a fim de que não sejam cometidas mais injustiças com a pessoa do paciente.

Ao prestar informações, o juízo *a quo* alegou não haver complexidade no feito. Ora, realmente para o douto magistrado não há complexidade, tendo em vista que pelas informações prestadas podemos concluir que ele já está convicto da culpa do acusado e já se sente confortável em julgar, pela condenação, é óbvio. O processo só é considerado complexo quando interessa ao juiz, se o pleito fosse de excesso de prazo, com absoluta certeza o juiz afirmaria que o caso era complexo.

Ao contrário, a defesa encontra-se em posição muito menos privilegiada, com o dever fazer o impossível, defender o desgraçado réu, acusado de 5 crimes, que sobrou sozinho com acusação, e agora sem chance de defesa.

De fato, a audiência por videoconferência é prevista em lei, no entanto, não pode servir de mecanismo para prejudicar o réu.

A contragosto do acusado, estão impondo goela abaixo procedimento *prejudicial*, sob o pretexto de dar celeridade ao feito. Realizar a audiência nestes moldes é conferir legitimidade a ato arbitrário e ilegal.

Não podemos sacrificar uma garantia em detrimento de outra !!!

Talvez a intenção buscada pelo procedimento de videoconferência seja realmente boa, mas, na Comarca de São Gotardo, o procedimento se tornou um instrumento para afastar apenas a defesa e o acusado do processo, isso porque, aqui, o juiz, as testemunhas, e promotores estão todos no fórum, (pasmem a promotoria de justiça fica ao lado da sala dos juízes) todos com o aparato judicial do TJMG, enquanto o réu preso na penitenciária e a defesa em seu escritório.

O que se busca neste hc é garantir o contraditório e coibir a contaminação da produção da prova, garantindo a efetividade da defesa.

O que dizer de uma audiência com todas as testemunhas de acusação, diversas vítimas juntas no fórum na presença do Ministério Público, mas totalmente distantes da defesa? Uma defesa que não pode sequer assegurar a incomunicabilidade das vítimas e testemunhas, isto sem falar na coação natural que a presença apenas do promotor causa nas testemunhas, que não raras

vezes sequer têm visto o advogado no vídeo em decorrência das dificuldades de conexão. Ofensa inegável ao princípio da paridade de armas.

Ademais, *resta imperioso ressaltar a importância da autodefesa do acusado quando do momento da oitava das testemunhas. O acusado tem o direito de ouvir o depoimento dos policiais e apontar para seus advogados os questionamentos necessários a serem feitos no momento.*

Ressalte-se que mesmo que a defesa esteja preparada para o ato, e mesmo que já tenha conversado com o réu anteriormente, a maior parte dos questionamentos relevantes a serem feitos na surgem no momento da audiência.

Os advogados conhecem parte da história, mas dos detalhes apenas o réu pode conhecer, sendo extremamente importantes que sejam explorados e devidamente pontuados no ato.

Em *nenhum momento do habeas corpus denegado a defesa pleiteou o excesso de prazo [...]. O que se busca, Excelências não é a liberdade imediata do paciente, mas apenas a possibilidade de que ele exerça seu direito de defesa e a regularidade do procedimento.*

Requer-se, em liminar, a suspensão do feito até o julgamento do mérito do presente *writ*. Ao final, busca-se a concessão da ordem para que seja designada audiência presencial.

Deferi a medida liminar requerida (fls. 287/289).

O Juízo *a quo* e o Tribunal prestaram informações (fls. 340/380 e 385/396).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas recomendou que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, o Juízo redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Eis o resumo do parecer escrito pela Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko de Castilho (fl. 400):

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo. Audiência de instrução e julgamento. Videoconferência. COVID-19. Alegação de cerceamento de defesa.

- Embora a regra geral que deve prevalecer é a de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo juiz, a situação atual de excepcionalidade pela pandemia da COVID-19 autoriza a realização desses atos por videoconferência.

- Edição, pelo CNJ, da Resolução n. 329 de 30/7/20, regulamentando e estabelecendo critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal n. 06/20.

Pelo não conhecimento, com recomendação ao juízo *a quo* que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância dos critérios previstos na Resolução n. 329/20, do CNJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): O Juízo *a quo* relata assim a situação ora em exame (fls. 341/342 - grifo nosso):

O paciente alega, em síntese, constrangimento ilegal em razão da designação de audiência de instrução e julgamento por videoconferência.

Cabe uma breve retrospectiva do trâmite processual até o momento.

A autoridade policial representou pela prisão preventiva do paciente pela prática, em tese, de crimes de roubo, o primeiro ocorrido em 2/11/2019 contra a vítima A.P.P.C., e o segundo em 9/11/2019, contra as vítimas M.E.R. e E.P.B., sendo o pedido acolhido por este juízo e expedido o respectivo mandado, o qual foi cumprido em 19/12/2019.

A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em 13/2/2020 e recebida em 21/2/2020.

Regularmente citado, o réu ofereceu defesa prévia em 13/3/2020 e prontamente, no dia 23/3/2020, o feito foi despachado, com designação de audiência de instrução e julgamento para o dia 14/5/2020.

No dia 19/3/2020, entretanto, o expediente forense no Tribunal de Justiça e na Justiça de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais foi suspenso pela Portaria Conjunta n. 951 do eg. Tribunal de Justiça, em decorrência da pandemia do Coronavírus, frustrando a realização da AU prevista para o dia 14/5/2020.

Tão logo disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça a plataforma emergencial de videoconferência para atos processuais - "Cisco Webex", foi apazada nova audiência de instrução e julgamento para o dia 10/6/2020, a ser realizada à distância, com o propósito de, a um só tempo, assegurar ao réu privado de sua liberdade a rápida resposta do Judiciário, e preservar a integridade física e a saúde de todos os atores do sistema de justiça.

A Defesa técnica, discordando da audiência não presencial, impetrou o habeas corpus n. 1.0000.20.073034-9/000 junto ao TJMG, sendo deferida liminar para suspensão do ato processual. No mérito, porém, a ordem foi denegada, tendo este juízo designado nova audiência por videoconferência para o dia 8/7/2020, a qual foi igualmente suspensa, em cumprimento à r. decisão liminar de Vossa Excelência.

Quanto ao mérito, cumpre ressaltar, inicialmente, que a *presença física do réu não é imprescindível à realização da audiência, pois, em casos justificados, como se dá na espécie, o art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal permite, há mais de 11 anos, o interrogatório do acusado por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

De outro lado, como cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, em sessão realizada em 6 de maio de 2020, decidiu que estados e municípios, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar, respectivamente, medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo Coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde para a decretação de isolamento, quarentena e outras providências ao deferirem medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 6.343, para suspender parcialmente a eficácia de dispositivos das Medidas Provisórias - MPs n. 926/2020 e n. 927/2020.

E nesse contexto, levo ao conhecimento de Vossa Excelência que nesta Comarca de São Gotardo/MG, no último dia 22 de junho, o Chefe do Executivo Municipal editou Decreto n. 126/2020 adotando medidas ainda mais restritivas, dentre elas, toque de recolher, restrição de funcionamento de atividades econômicas, proibição de cultos religiosos e de venda de bebidas alcoólicas, em função do agravamento da crise de saúde pública no âmbito local.

A iniciativa do Prefeito de São Gotardo/MG indica claramente que *o momento não permite um relaxamento das medidas sanitárias de combate ao Coronavírus, ao contrário, houve recrudescimento das restrições a fim de tentar conter a propagação da doença.*

Deferi a medida liminar a fim de suspender a audiência por videoconferência designada para 8/7/2020, porque estava preocupado com eventual alegação de nulidade do ato por cerceamento de defesa, já que o advogado expressamente se opôs à realização da solenidade por aquela via, e não de forma presencial.

Contudo, avaliando com mais vagar a situação posta e, em especial, o atual momento que nosso País está vivenciando, não é possível se chegar a outra conclusão que não a de que é possível a realização de audiência de instrução e julgamento por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. Todas as precauções devidas devem ser tomadas na origem e o ato deve ser síncrono. Quer dizer, a audiência deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes. E, para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, o Magistrado deve observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. Dessa maneira, não se reputará nulo o ato.

Ora, a conjuntura atual é excepcionalíssima e não há perspectiva de alteração do quadro, tanto que o CNJ até deixou à disposição dos Magistrados brasileiros uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência.

Como destacado pelo próprio órgão de controle, esse período de pandemia causada pela Covid-19 exige o isolamento social e, conseqüentemente, as restrições de locomoção. Todavia persiste a necessidade da prática de atos processuais em processos penais e de execução penal que implicam interação entre Juízes e demais atores do Sistema de Justiça, desde as sessões de julgamento, até audiências e perícias. Daí a opção colocada à disposição dos Juízes e Tribunais, a todos os segmentos da Justiça, inclusive com tutorial para o melhor uso da ferramenta (<https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/>).

Com efeito, é preciso viabilizar a continuidade da prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, garantir a preservação da saúde de magistrados, agentes públicos, advogados, além de usuários do sistema de justiça em geral. Isso sem esquecer, obviamente, tal como afirmado pelo Ministro Toffoli, que as audiências devem buscar a máxima equivalência com os atos realizados presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a presunção de inocência, a proteção da intimidade e vida privada, sobretudo em caso de segredo de justiça, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência ou ato processual e a segurança da informação e da conexão.

Palavras semelhantes foram ditas quando da nova decisão do CNJ de estender o uso dessa tecnologia também às audiências envolvendo menores infratores.

É certo que – também de acordo com a página oficial do Conselho – *órgãos judiciais nas diversas comarcas do país colocam em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário.*

Essa radical adaptação – observou bem a parecerista – se pode ver nas diversas normas emergenciais editadas pelos Tribunais e pelo CNJ, para garantir o acesso à justiça durante esse período de crise sanitária mundial e a continuidade da prestação jurisdicional. Assim, embora a regra geral, que deve sempre prevalecer, é a de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo juiz, a situação atual de excepcionalidade autoriza a realização desses atos por

videoconferência (fl. 406). Afora isso, *os receios da defesa quanto à garantia do direito à ampla defesa do réu, na realização da audiência de instrução e julgamento por videoconferência, estão, em grande medida, contornados pela mencionada Resolução* (fl. 413).

Incensurável, portanto, o acórdão do Tribunal mineiro, que decidiu a questão à luz do contexto complexo vivido atualmente, diante do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Federal n. 6/2020.

Denego a ordem. Não tem mais efeito a decisão liminar. Acolho a manifestação do Ministério Público Federal para que se recomende ao Juízo a quo que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/20, do CNJ (fl. 413).

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 55.967-MS (2015/0015052-4)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Mato Grosso do Sul

Advogados: Marco Antônio Ferreira Castello - MS003342

Silmara Salamaia Gonçalves - MS011786

Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: Jadson Pereira Gonçalves

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Art. 90 da Lei n. 8.666/1993 e art. 288 do Código Penal. Trancamento da ação penal. Assessor jurídico. Emissão de parecer. Ausência de demonstração de dolo e associação aos demais denunciados. Recurso provido.

1. O trancamento da ação penal somente é permitido, em *habeas corpus*, de forma prematura, quando evidenciada a atipicidade da conduta, causa excludente de punibilidade ou a ausência de lastro probatório mínimo.

2. No caso, imputou-se ao recorrente a prática dos delitos descritos no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal somente por ter emitido parecer favorável à adoção da modalidade carta convite para determinado procedimento licitatório, não indicando, por outro lado, elementos que evidenciassem ter participação de eventual conluio para fraudar o caráter competitivo de licitação.

3. Nos termos da orientação firmada nesta Corte, “conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, ‘O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’, sendo possível sua responsabilização penal apenas se indicadas circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo” (HC n. 381.160/SP, relator Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 18/2/2020, DJe 21/2/2020).

4. De igual modo, e pelo mesmo motivo, não se vislumbra a existência de lastro para o prosseguimento da ação penal com relação à imputação referente ao art. 288 do Código Penal, uma vez não ter sido indicado vínculo do recorrente com os demais denunciados para a prática de ilícitos penais.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Luiz Renê Gonçalves do Amaral, pela parte recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Mato Grosso do Sul

Exmo. Sr. Sustentou oralmente o Adv. Domingos Savio Dresch da Silveira, Subprocurador-Geral da República

Brasília (DF), 15 de setembro de 2020 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por *Jadson Pereira Gonçalves* contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (HC n. 1414305-09.2014.812.0000).

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado por ter supostamente praticado os delitos tipificados no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal.

Irresignada com o recebimento da denúncia, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 342/343):

Habeas corpus em ordem para julgamento. Fraude à licitação (artigo 90 da Lei n. 8.666/1993). Emissão de parecer por Procurador de Município que alicerçou certame licitatório. Apontada inépcia da denúncia. Conduta do paciente individualizada a contento. Indícios de autoria e materialidade demonstrada. Ampla defesa garantida. Mácula não caracterizada. Circunstâncias pessoais favoráveis que não sustentam, por si só, o trancamento da ação penal. Constrangimento ilegal fundado no mero de fato de figurar o paciente em pólo passivo da ação penal. Interesse público subleva. Se sobre o privado quando do recebimento de denúncia. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Mérito submetido a julgamento. Ordem denegada 1. A denúncia escoima-se nos ditames traçados no artigo 41, do Código de Processo Penal, cuidando da descrição cuidadosa das condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao paciente e demais coautores.

3. Ademais, a mera alegação de constrangimento ilegal, fundado somente no deflagrar da ação penal, não induz o trancamento de ação, sob pena de o Estado se ver impedido de investigar seus membros.

4. Destaque-se que a existência de condições pessoais favoráveis não autoriza, de forma automática, o trancamento de ação penal.

5. Ordem denegada. Com O Parecer Da PGJ.

Daí o presente recurso, no qual a defesa alega a necessidade do trancamento da ação penal em razão da falta de justa causa para a demanda.

Sustenta que a conduta do recorrente é atípica, uma vez que inexistente dolo para fraudar licitação ou formar quadrilha para tal finalidade.

Aduz que a emissão de parecer em processo licitatório não é suficiente para caracterizar o tipo penal. Pontua, ainda, que a contratação realizada após

o certame licitatório não teria gerado prejuízo ao erário, porquanto os preços seguiram tabela do Ministério da Saúde e a denúncia não incluiu o art. 96 da Lei n. 8.666/1993 na exordial acusatória.

Colaciona julgados os quais asseguram imunidade ao advogado em pareceres que dispensam licitação, situação mais grave do que a relatada na ação penal e conclui pela atipicidade da conduta.

Por fim, assevera inexistirem elementos que demonstrem vinculação sólida e durável dos denunciados para a prática delituosa, tendo a denúncia incluído o crime de formação de quadrilha apenas em virtude do número de acusados.

Requer, em liminar, a suspensão do andamento da ação penal. No mérito, a concessão da ordem para trancar a ação penal por falta de justa causa.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 435/437).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 443/453).

Informações prestadas às e-STJ fls. 626/628 e 634/638, nas quais se esclareceu que a ação penal a que se refere o presente recurso encontra-se ainda em fase embrionária, haja vista alguns dos denunciados nem sequer terem sido citados.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Busca-se, no presente recurso, o trancamento da ação penal.

No caso, vê-se que o recorrente foi denunciado, como incurso no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal.

Insta salientar, de início, que tal medida somente é permitida, em *habeas corpus*, de forma prematura, quando evidenciada a atipicidade da conduta, causa excludente de punibilidade ou a ausência de lastro probatório mínimo.

Trata-se, desse modo, de medida excepcional, uma vez que impede o regular andamento da ação penal proposta.

Nesse sentido:

Recurso em *habeas corpus*. Fraude ao caráter competitivo da licitação. Associação criminosa. Inépcia da denúncia com relação ao crime do art. 90, da Lei

n. 8.666/93. Descrição da conduta. Demonstração dos elementos do tipo penal imputado. Ausência. Associação criminosa. Afastado o outro crime. Trancamento com relação ao art. 288 do CP. Ordem concedida.

1. Orienta-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que o trancamento da ação penal é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a inépcia da denúncia e/ou a ausência de justa causa.

[...]

5. Recurso em *habeas corpus* provido para determinar o trancamento da ação penal apenas com relação aos pacientes G. M. DE C. S e D. A. B. S, o que não impede o oferecimento de nova denúncia cumprindo os rigores legais.

(RHC 118.439/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Organização criminosa. Inépcia da denúncia. Descrição suficiente dos fatos. Possível exercício do pleno direito de defesa. Falta de justa causa. Comprovação irrefutável e de plano. Ausência. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Incabível na via eleita. Recurso não provido.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, somente se permite, em sede de *habeas corpus*, a negativa de prosseguimento da demanda originária - medida excepcional - quando demonstradas, de modo irrefutável e a um primeiro olhar, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria ou a existência de causa extintiva da punibilidade.

[...]

8. Recurso não provido.

(RHC 114.138/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020)

No caso em exame, segundo narra a denúncia, o então prefeito do município de Ponta Porã/MS, membros da comissão de licitações, sócios das sociedades empresárias beneficiadas com o procedimento, e o recorrente, assessor jurídico do município, teriam, em comunhão de desígnios, fraudado o caráter competitivo do certame. Confira-se (e-STJ fl. 313):

Verifica-se dos autos do Pedido de Providência n. 151/2011 -MP, instaurado no âmbito desta Procuradoria-Geral de Justiça, por solicitação do Procurador de Contas, Terto de Moraes Valente, que, nos meses de julho a setembro de 2010, na sede da Prefeitura do município de Ponta Porã, em pleno exercício do cargo de Prefeito e, em razão de seu efetivo desempenho, o denunciado *Flávio Esgaib Kayatt*, em concurso de unidade de vontade com os denunciados *Everaldo*

Figueredo, Leonor Prieto, Helena Brites Insaurralde, Jadson Pereira Gonçalves, Oswaldo Montanino Neto, Jorge Luiz Holtman, Laci José Severgnini, João Pintarelli Neto, Volnei Luiz Ortigara, Leonardo Hoshino Severgnini, César Luiz Holtman, Ines Regina Bortolanza, Moisés Santos Silva e Ademir Alves de Paula, fraudou o caráter competitivo do Procedimento Licitatório n. 10.559/2010, mediante o chamamento de três empresas com sócios em comum, caracterizando verdadeira compra direta travestida de licitação, na modalidade Carta-Convite, com o intuito de obter, para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, culminando na celebração do contrato n. 173/2010 entre o município de Ponta Porã e a empresa *Endosurgical - Importação e Comércio de Produtos Médicos Ltda.*

Especificamente em relação ao recorrente, aduziu a peça acusatória (e-STJ fl. 317):

Por sua vez, a conduta delituosa atribuída ao assessor jurídico *Jadson Pereira Gonçalves* consistiu em avaliar os atos fraudulentos praticados pela Comissão de Licitação, por meio da emissão de pareceres favoráveis à publicação do edital tão somente no mural da Prefeitura, bem como à homologação e à adjudicação do Procedimento Licitatório a despeito das irregularidades constadas (f. 126-128).

[...]

Constata-se dos autos que o acusado *Flávio Esgaib Kayatt* fraudou, mediante ajuste, o caráter competitivo da licitação ao determinar o direcionamento da licitação para beneficiar o grupo empresarial formado pelas empresas *Endosurgical, Polymedical e Jusimed*, contando com a participação dos integrantes da Comissão Permanente de Licitação e do Assessor Jurídico da Prefeitura.

De todo o exposto, nota-se, ainda, que os denunciados mantinham verdadeira associação com o fito de impedir o caráter competitivo de processos licitatórios, com estabilidade e permanência, fazendo tão somente alterações nos contratos sociais de inclusão e exclusão de sócios entre si, participando de vários processos licitatórios, os quais restavam fraudados pela ausência do caráter competitivo.

O Tribunal de origem concluiu, ao denegar a ordem, haver justa causa para a ação penal (e-STJ fls. 348/349):

Ademais, entendo que, em relação aos paciente a acusação traçou sim de maneira detalhada a conduta daquele. A materialidade do delito decorre do procedimento instaurado junto ao Tribunal de Contas deste Estado (fls. 13-287; ação penal originária), devidamente instruído pelo procedimento licitatório n. 10.559/2010 (fls. 63-141; ação penal originária) e do contrato celebrado entre a empresa vencedora e a Prefeitura de Ponta Porã (fls. 142-149; ação penal

originária). Os indícios de autoria decorrem dos elementos que aportam a denúncia, eis que a Comissão Permanente de Licitação teria prosseguido com o certame até seu ato derradeiro, que culminou no fato de *o paciente Jadson Pereira Gonçalves ter emitido parecer favorável à contratação da empresa vencedora do certame* (fls. 137-139; ação originária), restando homologada a licitação pelo então Prefeito Flávio Esgaib Kayatt em favor da empresa Endosurgical (f. 141. Ação originária). Impende ressaltar que nada obsta o objeto da adjudicação ter sido estimado em consideráveis R\$ 80.000,00, a melhor proposta foi lançada em R\$ 79.734,00, representando a economia aos cofres públicos em meros R\$ 266,00. Outro detalhe a ser considerado é o fato de não ter sido indicado o código referencial dos materiais ortopédicos consoante preconiza a Tabela OPME/SUS, circunstância a dificultar a correta fiscalização.

[...]

Outrossim, adoto tais ponderações também em relação ao crime de formação de quadrilha, eis que o ajuste só poderá ser qualificado como ocasional ou permanente após a formação do conjunto probatório. Portanto, preenchidos os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, imperiosa toma-se a instauração da ação penal competente, a fim de que se apure a culpabilidade ao longo da instrução criminal.

No caso, a leitura da denúncia formulada, no que toca exclusivamente ao recorrente, não permite identificar a existência de lastro probatório mínimo para o prosseguimento da ação penal.

Embora haja menção a um conluio entre todos os denunciados, o que se percebe é que, *em relação ao recorrente*, sua responsabilidade penal foi visualizada pelo *Parquet* somente *em razão do desempenho da função de assessor jurídico da municipalidade por ele desempenhada*.

Ou seja, em decorrência exclusiva da emissão de parecer favorável à determinada modalidade de licitação (carta-convite), houve a sua inclusão no rol dos denunciados, o que não se admite, sob pena de se admitir a adoção de repudiável responsabilidade penal objetiva.

Percebe-se que não houve a indicação de que teria, dolosamente, ciência de todas as configurações societárias expostas na denúncia, que, segundo a acusação, evidenciariam a fraude do certame, chancelado determinado procedimento licitatório para favorecer determinadas pessoas.

Ainda que seu ato praticado no desempenho da função possa até mesmo ser qualificado como atécnico ou indevido, tal não se aproxima dos elementos do tipo previstos no art. 90 da Lei n. 8.666/1993.

Vale destacar que a Suprema Corte, em caso recente, assentou que a responsabilização criminal de advogado por emissão de parecer não pode ser automática, devendo ser demonstrado o seu dolo para que possa figurar no polo passivo da ação penal:

Habeas corpus. 2. Processo Penal. 3. Advogado denunciado por emitir parecer em licitação fraudulenta. 4. **Denúncia não aponta participação do paciente para além da assinatura do parecer e do contrato. Impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista pela mera emissão de parecer.** Assinatura do contrato exigida por lei, para fins de regularidade formal. 5. No processo licitatório, o advogado é mero fiscal de formalidades. 6. Ausência de descrição ou indicação de provas do dolo. Vedação à responsabilização objetiva em Direito Penal. 7. Ordem concedida para determinar o trancamento do processo penal.

(HC 171.576/RS. Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/8/2020, negritos adotados)

Esta Corte, na mesma direção, tem determinado o trancamento da ação penal se não evidenciado o conluio do advogado com outros denunciados no intuito de causar prejuízo ao erário:

Habeas corpus. Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Elemento subjetivo especial. Intenção de lesar o patrimônio público. Efetivo prejuízo ao erário. Dolo específico não indicado. Ordem concedida.

1. Consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da APn n. 480, para a imputação do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é necessária a indicação do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público.

2. *Conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei", sendo possível sua responsabilização penal apenas se indicadas circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo.*

3. Na espécie, a exordial acusatória - não obstante tenha salientado que "não há prova material" de que a prefeita e seu assessor jurídico tenham recebido vantagem patrimonial para celebrar o inquinado contrato e autorizar a contratação e dispensa da licitação - limitou-se a afirmar que "o denunciado [...] também concorreu para os crimes, no exercício do cargo de Diretor de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal de Américo Brasiliense, emitiu parecer jurídico favorável à contratação da Castelucci Figueiredo e Advogados Associados, ciente da ilegalidade de parte dos serviços contratados, e ainda, opinou favoravelmente

pela inexigibilidade da licitação com fundamento no artigo 25, inciso II, c.c. o artigo 13, ambos da Lei n. 8.666/93”.

4. *Habeas corpus* concedido para declarar, em relação ao paciente, a inépcia denúncia e anular, *ab initio*, a Ação Penal n. 0001354-47.2017.8.26.0040, em trâmite na 2ª Vara da Comarca de Américo Brasiliense, sem prejuízo de que seja oferecida nova denúncia em desfavor da paciente, com estrita observância dos ditames previstos no art. 41 do CPP.

(HC 381.160/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 21/02/2020)

Habeas corpus. Imputação de condutas descritas no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 1º, I, do DL n. 201/1967, na forma do art. 71 do CP. Pedido de trancamento da ação. Atipicidade da conduta. Advogada parecerista. Imunidade prevista no art. 133 da CF.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere não hipótese dos autos (HC n. 307.842/BA, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/12/2017).

2. *A única imputação diz respeito à emissão de parecer jurídico opinativo pela dispensa de licitação para contratação de serviço especializado de advocacia. A mera emissão de parecer opinativo se encontra sob a inviolabilidade dos atos e manifestações da atividade de advocacia em face da essencialidade do advogado à atividade jurisdicional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.*

3. Diante disso, a inicial não destaca nenhum outro elemento capaz de vincular a paciente à empreitada criminoso. A mera emissão de parecer opinativo se encontra sob a inviolabilidade dos atos e manifestações da atividade de advocacia, em razão da essencialidade do advogado à atividade jurisdicional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.

4. Ordem concedida para trancar a Ação Penal n. 1002294-80.2017.8.26.0238, em trâmite na 2ª Vara da comarca de Ibiúna/SP, ante a atipicidade da conduta imputada à paciente.

(HC 464.498/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

Habeas corpus. Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Elemento subjetivo especial. Intenção de lesar o patrimônio público. Efetivo prejuízo ao erário. Dolo específico não indicado. Ordem concedida.

1. Consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da APn n. 480, para a imputação do delito previsto no art. 89 da Lei n.

8.666/1993 é necessária a indicação do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público.

2. Conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, sendo possível sua responsabilização penal apenas se indicadas circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo.

3. Na espécie, apesar de a denúncia ter descrito circunstâncias que indicam a existência de conluio para impor prejuízo - devidamente precificado - à administração pública, no que tange à imputação feita ao paciente, a exordial acusatória limitou-se a afirmar que “a autoria [do paciente], na qualidade de secretário de assuntos jurídicos entre 2005 e 2013, restou demonstrada, bem como o dolo em sua conduta, por toda a documentação referente à contratação do Instituto Sollus - em que consta a sua assinatura -, bem como por meio de diversos depoimentos”.

4. Os depoimentos limitam-se a certificar que o paciente era o responsável pela secretaria cuja atribuição era o trâmite do procedimento administrativo em questão, sem aludir circunstância que demonstre a existência de liame subjetivo com a prática criminosa. Assim, forçoso concluir que a denúncia ofertada não trouxe elementos capazes de demonstrar o elemento subjetivo especial na conduta da recorrente na prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, cingindo-se a atribuir responsabilidade penal ao paciente unicamente em função de sua posição na Secretaria de Assuntos Jurídicos.

5. *Habeas corpus* concedido para declarar, em relação ao paciente, a inépcia denúncia e anular, *ab initio*, a Ação Penal n. 0002813-25.2017.4.03.6130, da 2ª Vara Federal de Osasco-SP, sem prejuízo de que seja oferecida nova denúncia em desfavor da paciente, com estrita observância dos ditames previstos no art. 41 do CPP.

(HC 496.312/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 09/10/2019)

Portanto, a ausência de indicação de elementos que sinalizem a prática delitiva pelo assessor jurídico, para além de emissão de parecer, equivale a uma indevida criminalização de exercício de função constitucionalmente assegurada no art. 133 da Constituição Federal.

De igual modo, e pelo mesmo motivo, não se vislumbra a existência de lastro para o prosseguimento da ação penal com relação à imputação referente ao art. 288 do Código Penal, uma vez não ter sido indicado vínculo do recorrente com os demais denunciados para a prática de ilícitos penais.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso para determinar, em relação ao recorrente, o trancamento da ação penal.*

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 130.332-DF (2020/0170869-5)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Jose Antonio Marcondes de Carvalho

Advogados: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch - DF026966

Felipe Fernandes de Carvalho - DF044869A

Soc. de Adv.: Rodrigo Mudrovitsch Advogados

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Crimes ambientais. Conflito aparente de normas. Arts. 48 e 64 da Lei n. 9.605/98. Consunção. Absorvido o crime-meio de destruir floresta e o pós-fato impunível de impedir sua regeneração. Crime único de construir em local não edificável. Prescrição do crime-fim. Fulminada a pretensão punitiva do Estado quanto ao crime-meio. Recurso em *habeas corpus* provido.

1. Consoante já decidido por esta Corte, quando praticados no mesmo contexto fático, o delito de impedir a regeneração natural da flora (art. 48 da Lei 9.605/98) configura pós-fato impunível do delito de construção em área não edificável sem a respectiva licença ambiental (art. 64 da Lei 9.605/98). Precedentes.

2. Declarada a prescrição do crime-fim (art. 64 da Lei 9.605/98) torna-se necessário o trancamento da ação penal deflagrada para a apuração do crime-meio (art. 48 da Lei 9.605/98), uma vez que a consunção põe fim à autonomia do crime-meio, não subsistindo a pretensão punitiva do Estado quanto a esse fato delituoso.

3. Desse modo, extinta a punibilidade do crime-fim pela prescrição, como no caso dos autos, não há previsão no ordenamento jurídico que autorize restaurar a pretensão punitiva quanto aos delitos absorvidos.

4. Recurso em *habeas corpus* provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0056521-49.2007.8.07.0001, em

trâmite na 2ª Vara Criminal da circunscrição especial judiciária de Brasília, o que não impede nova propositura de inicial acusatória atendendo aos rigores legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2020 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Presidente

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 23.9.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto em face de acórdão assim ementado (fl. 736):

Habeas corpus. Crimes ambientais. Artigos 40, 48 e 64 da Lei n. 9.605/1998. Trancamento da ação penal. Ordem denegada.

Sabidamente, para o trancamento da ação penal, exige-se falta de justa causa, o que, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, 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, hipóteses não ocorrentes na espécie. Restaram fundamentadamente afastadas na decisão impugnada as alegações de extinção da punibilidade, eis que se cuida de crime permanente, de incidência do princípio da insignificância, porque se trata de direito ambiental e a monta da ofensa não é pequena, e de consunção, porquanto, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, “os crimes previstos nos arts. 40, 48 e 64 da Lei 9.605/98 revestem-se de autonomia jurídica e tutelam bens jurídicos distintos, inviabilizando a aplicação do princípio da consunção. [...]” (AgRg no REsp 1.134.058/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 05/11/2015). De qualquer sorte, a questão

relativa à consunção não reúne, ainda, pelo menos para exame nestes autos de, *habeas corpus* todos elementos fáticos pertinentes às infrações penais denunciadas equacionados de forma incontroversa.

Melhor análise do tema somente se propicia no devido processo legal, após regular instrução, facultados os meios de prova admissíveis na espécie.

Mesmo a se admitir em tese a possibilidade da consunção, somente com o exame da prova produzida no devido processo legal se poderá perquirir se, com a mera retirada das edificações realizadas no local, haverá restauração do equilíbrio do ecossistema, da biodiversidade e da flora, ou, pelo menos, desimpedimento total para que isso ocorra. A simples permanência de materiais inorgânicos da edificação e acessões capazes de dificultar o processo regenerativo constitui antefato punível, ou seja, a prática de um fato cuja potencialidade lesiva transcende o crime considerado consuntivo, pelo que se caracteriza a respectiva autonomia, afastando, em concreto, a consunção considerada em tese. E o crime tratado no artigo 48 da Lei n. 9.605/98 é delito permanente, o que fortalece o entendimento de que sua potencialidade lesiva não se esgota, não acaba na construção da edificação e acessões.

Como bem fundamentado pelo MM. Juiz: “a alegação de falta de justa causa para propositura da Ação Penal, da forma como foi arguida, diz respeito ao próprio mérito da demanda, sendo que seu enfrentamento deve ocorrer durante a instrução e no final do processo quando será prolatada sentença de mérito”.

Ordem denegada.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado por incursão ao art. 48 c/c o art. 15, alínea e, ambos da Lei 9.605/98.

Narra o recorrente que muito embora prescrito o delito de construção em área não edificável sem a respectiva licença ambiental (art. 64 da Lei 9.605/98), o Ministério Público do Distrito Federal o denunciou pela prática do crime de impedir a regeneração do solo (art. 48 da Lei 9.605/98), por entender que tal prática pode e deve ser punida de maneira autônoma.

Neste recurso, pugna o recorrente pelo trancamento da ação penal, alegando que a conduta tipificada art. 48 da Lei 9.605/98 constitui mero exaurimento do fato típico previsto no art. 64 da mesma Lei (construção em solo não edificável) devendo, portanto, ser absorvida por este último crime.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso em *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): O recorrente foi denunciado pela prática delitiva prevista no art. 48 da Lei 9.605/98 pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, nos seguintes termos (fls. 31/33):

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por sua representante constitucional e legal adiante subscrita, vem, perante V. Exa., ofertar *denúncia* contra *José Antônio Marcondes de Carvalho*, brasileiro, natural de Porto Alegre-RS, casado, diplomata em exercício do Cargo de Embaixador do Brasil na Áustria (MSF 56/2018), nascido em 18/03/1953, filho de Paulo Alfredo Pingret de Carvalho e Maria Marcondes de Carvalho, portador do RG n. 6.231-MRE, inscrito no CPF n. 469.003.657-87, devendo ser citado por intermédio do Itamaraty - Ministério das Relações Exteriores, situado no endereço Esplanada dos Ministérios, Bloco H - Eixo Monumental, Brasília/DF, CEP: 70170-900, pela prática das ações delituosas a seguir narradas:

O denunciado, *José Antônio Marcondes de Carvalho*, livre, consciente e voluntariamente, no período compreendido de 04/06/99 até os dias atuais, na qualidade de proprietário (cadeia dominial anexa ao IP 203/2007 - DEMA), sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes - IBRAM (fls. fls. 25 do IP 203/2007 - DEMA), impediu e dificultou, de forma permanente, a regeneração natural da vegetação local, em razão da manutenção e conservação das antropias discriminadas no Laudo Pericial (fls. 150/151), realizadas em área pública *non aedificandi* (área verde), inseridas na Área de Proteção Ambiental (APA) do Lago Paranoá, instituída pelo Decreto Distrital n. 12.055, de 14 de dezembro de 1989, situada na área contígua a Casa 19, do Conjunto 3, da QL 22, SHIS, Lago Sul, Distrito Federal.

Consoante Laudo de Exame Local n. 21.872/09 (fls. 82/96 do IP 203/2007 - DEMA) e a Informação Pericial n. 1.637/2011 (fls. 151/151 do citado IP), as antropias mantidas e conservadas pelo denunciado foram as abaixo discriminadas:

Quadra esportiva (600m²), piscina/deck (200m²), edificações (100m²) => entre 1997 e agosto/2002;

Garagem (70m²) => entre julho/2005 e 2007;

Quiosque (20m), canil (20m²) => não foi possível refinar pesquisas - entre 1997 e 2007.

Os danos ambientais ensejados, segundo a Perícia técnica (fls. 254/254v), consistiram:

Danos diretos: supressão de cobertura vegetal e a impermeabilização do solo.

Danos indiretos: entre outros, impacto paisagístico, alteração no microclima, *impedimento da regeneração da vegetação*, redução da capacidade de suporte de fauna, perda da biodiversidade, aumento do escoamento superficial de águas pluviais, alteração do ciclo biológico hidrológico local, assoreamento do corpo hídrico do Lago Paranoá, com a redução da quantidade de água e da capacidade de armazenamento.

Assim agindo, o denunciado incorreu nas penas do art. 48 c/c art. 15, alínea "e", ambas da Lei 9.605/98, por impedir e dificultar, de forma permanente, a regeneração da vegetação local, inserida na Área de Proteção Ambiental (APA) do Lago Paranoá, instituída pelo Decreto Distrital n. 12.055, de 14 de dezembro de 1989, razão pela qual o Ministério Público requer a instauração de processo-crime, citando-o para todos os seus termos, sob pena de revelia.

Outrossim, requer a fixação do valor mínimo para reparação dos danos ambientais provocados pela infração, consoante aplicação do artigo 203 da Lei 9.605/98 c/c artigo 387, inciso II, do Código de Processo Penal, quantificado pelos peritos criminais em R\$ 17.346,12 (dezessete mil trezentos e quarenta e seis reais e doze centavos), a ser atualizado pelos índices legais até a prolação da sentença.

Como se vê, o recorrente foi denunciado, pois, entre os anos de 1997 e 2007, construiu quadra esportiva, piscina/deck, edificações, garagem, quiosque e canil, em área de preservação ambiental contígua a sua residência, impedindo a regeneração da vegetação local.

Consoante extrai-se dos autos, em razão da prescrição, o recorrente não foi denunciado pelo crime-fim de construção em área não edificável sem a respectiva licença ambiental (art. 64 da Lei n. 9.605/1998 - fl. 746), deflagrando-se ação penal apenas no tocante à prática delitativa prevista no art. 48 da Lei ambiental, a qual, no entanto, integra o mesmo contexto fático das condutas atingidas pela prescrição. Acerca do tema, assim se manifestou a Corte *a quo* (fls. 741):

Da mesma forma, também não merece guarida a tese defensiva de aplicação do princípio da consunção. Isso porque, o crime previsto no art. 48 não constitui meio necessário para a consecução dos crimes dos arts. 40 e 64, todos da Lei de Crimes Ambientais.

Sobre o concurso de crimes entre os mencionados delitos confira-se:

[...] 3. Os crimes previstos nos arts. 40, 48 e 64 da Lei 9.605/98 revestem-se de autonomia jurídica e tutelam bens jurídicos distintos, inviabilizando a aplicação do princípio da consunção. [...] (AgRg no REsp 1.134.058/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 05/11/2015).

A literatura especializada aduz que "O STJ já reconheceu concurso material entre os crimes tipificados nos art. 40, 48 e 64." (Leis Penais Especiais: comentadas

artigo por artigo. Salvador, Juspodivm. 2018. p. 1.270) Por fim, a alegação de falta de justa causa para propositura da Ação Penal, da forma como foi arguida, diz respeito ao próprio mérito da demanda, sendo que seu enfrentamento deve ocorrer durante a instrução e no final do processo quando será prolatada sentença de mérito.

Ora, o aprofundamento sobre a tipicidade da conduta, sobre a existência ou não de provas da autoria e materialidade delitiva, bem como a demonstração do elemento subjetivo do tipo, serão objetos de apreciação por ocasião do exame de mérito, após a regular instrução probatória sob o crivo do contraditório, de forma que, no momento, não há como acatar a tese defensiva.

Reitero, a denúncia encontra lastro nos elementos informativos colacionados no Inquérito Policial, existindo justa causa para a ação penal, não sendo inepta e, assim, vislumbro que há indícios necessários para o início da persecução penal em juízo, não sendo caso de absolvição sumária prevista no artigo 397, do CPP.

Por fim, é sabido e consabido que no momento do recebimento da denúncia é vigente o princípio, ou seja, na dúvida recebe-se a peça inaugural dando-se início à persecução penal *in dubio pro societate* em juízo.

Como se vê, a despeito de reconhecida a prescrição do crime-fim (art. 64 da Lei n. 9.605/1998), a Corte *a quo* autorizou a deflagração de ação penal no tocante ao delito previsto no art. 48 da lei ambiental entendendo, em suma, que *os crimes previstos nos arts. 40, 48 e 64 da Lei 9.605/98 revestem-se de autonomia jurídica e tutelam bens jurídicos distintos, inviabilizando a aplicação do princípio da consunção.*

Quanto à aplicação do princípio da consunção, em evolução jurisprudencial, esta Corte modificou o entendimento anterior, passando a adotar a compreensão de que *não há ação autônoma de destruir floresta ou de impedir sua regeneração, mas tão somente o ato de construir em local proibido, que tem na destruição condição necessária para a obra e no impedimento à regeneração mero gozo da edificação* (REsp n. 1.639.723/PR, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/2/2017). Nesse mesmo sentido: REsp n. 1.376.670/SC, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, relator para o acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 11/5/2017 e AgRg no REsp n. 1.750.117/PB, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 8/4/2019.

Impende, ainda, destacar que a consunção põe fim à autonomia do crime-meio, não subsistindo a pretensão punitiva do Estado quanto a esse fato delituoso. Desse modo, extinta a punibilidade do crime-fim pela prescrição, como no caso dos autos, não há previsão no ordenamento jurídico que autorize restaurar a pretensão punitiva quanto aos delitos absorvidos.

De acordo com o ensinamento de Cleber Masson, *no âmbito do princípio da consunção (conflito aparente de normas penais), a extinção da punibilidade do crime-fim igualmente atinge o direito de punir do Estado em relação ao crime-meio* (MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) - vol. 1 - 13. ed. - São Paulo: Método, 2019, p. 752).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso em *habeas corpus* para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0056521-49.2007.8.07.0001, em trâmite na 2ª Vara Criminal da circunscrição especial judiciária de Brasília, deflagrada em desfavor do recorrente, o que não impede nova propositura de inicial acusatória atendendo aos rigores legais.

RECURSO ESPECIAL N. 1.859.498-SC (2020/0019944-4)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Paulo Sérgio Werner

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso especial. Manutenção, em depósito, de sementes de maconha. Atipicidade da conduta. Recurso especial não provido.

1. Ao julgar o AgRg no REsp n. 1.658.928/SP (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura), a Sexta Turma, por maioria, firmou o entendimento de que, “tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria-prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato”. Ressalva deste relator.

2. Por ocasião do julgamento dos HCs n. 144.161/SP (DJe 14/12/2018) e 142.987/SP (DJe 30/11/2018), ambos impetrados pela Defensoria Pública da União, a Segunda Turma do Supremo Tribunal

Federal decidiu, por maioria de votos, que não se justifica a instauração de investigação criminal – e, por conseguinte, a deflagração de ação penal – nos casos que envolvem importação, em reduzida quantidade, de sementes de maconha, “especialmente porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à substância canábica”.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2020 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 2.9.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público do Estado de Santa Catarina* interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça daquele estado* (Apelação Criminal n. 0001506-46.2017.8.24.0042).

Consta dos autos que o recorrido – Paulo Sérgio Werner – foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006, porque tinha em depósito e guardava, no interior da sua residência, *112 sementes de maconha*.

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso, para reconhecer a atipicidade da conduta e, por conseguinte, absolver o réu, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

O recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, defende que “é justamente para

situações como a presente que a Lei n. 11.343/06 trouxe em seu bojo a punição equiparada a tráfico de drogas também dos expedientes que levam à produção de substâncias ilícitas, notadamente a semente da planta que mais tarde germinará e fará a sintetização do THC” (fl. 295).

Argumenta que, “destinando-se a semente ao posterior semeio, cultivo e preparação da maconha para consumo, torna-se imperiosa a punição da conduta veiculada nos autos, presentes que estão as elementares do tipo penal de tráfico de drogas equiparado” (fl. 297).

Requer o provimento do recurso, para que seja restabelecida a sentença condenatória.

Contrarrazões às fls. 319-329 e decisão de admissibilidade às fls. 331-333.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006, porque tinha em depósito e guardava, no interior da sua residência, *112 sementes de maconha*, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso, para reconhecer a *atipicidade da conduta* e, por conseguinte, absolver o réu, com fulcro no art. 386, III, do CPP. O acórdão foi assim fundamentado, no que interessa (fls. 264-269):

[...] a perícia constatou apenas a compatibilidade do material com a espécie vegetal da maconha, certificando que *as sementes apreendidas “não sintetizam a resina composta de canabinóides que contém o THC como componente principal”*.

Isto é, o resultado do exame não apurou a mencionada substância constante na Lista F2 da Portaria n. 344/1998 da ANVISA, referente às substâncias de uso proscrito no Brasil, notadamente o THC (*Tetraidrocanabinol*).

Frisa-se que, não se ignora a existência de outras substâncias que compõe a espécie vegetal da maconha, todavia, a aludida Portaria elenca como elemento proibido justamente o THC (principal delas).

Assim, é certo que as sementes apreendidas na hipótese em apreço, embora sejam produtos da espécie vegetal *cannabis sativa lineu*, não produzem os mesmos efeitos da dependência física e/ou psíquica, de maneira que não constituem matéria-prima para a produção de entorpecentes (conduta tipificada no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006), até porque esta apenas existe após o processo de plantio e germinação - o que não ocorreu no caso.

Ou seja, não se extrai maconha da semente, mas sim da planta germinada, se esta sofrer transformação por obra da natureza.

[...]

Assim, diante da idoneidade do material para produção de qualquer droga, conclui-se que a conduta é atípica, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reconhecer a atipicidade da conduta e absolver o réu da prática do crime previsto no art. 33, § 1º, 1, da Lei n. 11.343/2006, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

II. Atipicidade da conduta – observância aos precedentes

Sobre a matéria posta em discussão, faço o registro de que, por ocasião do julgamento do *AgRg no REsp n. 1.658.928/SP* (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura), ocorrido na sessão do dia 5/12/2017, esta colenda Sexta Turma, *por maioria*, firmou o entendimento de que, em se tratando “de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria-prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato”.

Na ocasião, *ficamos vencidos eu e o Ministro Nefi Cordeiro*, para o qual a conduta de importar, por meio de remessa postal, sementes de maconha se amolda, *em tese*, ao delito previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.

Pessoalmente, tenho a compreensão – conforme externei em voto-vista proferido nos autos do referido *AgRg no REsp n. 1.658.928/SP* – de que é possível que a conduta daquele que importa, pela internet, sementes de maconha (matéria-prima destinada à preparação de drogas) seja, de fato, enquadrada no tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.

No entanto, conforme ponderei naquela ocasião, *a análise deve ser feita caso a caso*. Não se pode admitir que a importação de sementes de maconha renda, *automaticamente*, sem outros elementos de prova – como prévia condenação por

tráfico de drogas, apreensões de contabilidade relacionada ao tráfico, apetrechos destinados à narcotraficância, testemunhos de eventuais compradores de drogas, reiteração da conduta de importar sementes de maconha, claro propósito de comercialização das sementes importadas, grande quantidade de sementes etc. –, o enquadramento da conduta ao delito descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.

Se, portanto, a peça acusatória não vier acompanhada com o mínimo de embasamento probatório apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006, entendo que a conduta se amolda, em tese, ao delito de *contrabando*, diante da incidência da *norma geral* com o núcleo “importar ou exportar *mercadoria proibida*”.

Assim, com a máxima vênua, não vejo como afirmar – *tal como constou do voto vencedor* – que a conduta daquele que importa, pela internet, sementes de maconha é atípica por falta de expressa previsão legal, porque *ela se subsume, perfeitamente, ou ao delito descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006 ou ao crime de contrabando*.

Ademais, mesmo que se trate de pequena quantidade de sementes, ainda assim não vejo como se admitir a atipicidade da conduta, notadamente porque tanto a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça quanto a do Supremo Tribunal Federal são *pacíficas* quanto a *não se aplicar o princípio da insignificância ao crime de contrabando* (STJ, *AgRg no REsp n. 1.744.576/SC*, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 4/6/2019; *AgRg no AREsp n. 1.437.692/RR*, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik; *AgRg no AREsp n. 1.394.756/PR*, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 3/4/2019; STF, *HC n. 131.205/MG*, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2ª T., DJe 22/9/2016), tampouco *aos delitos relacionados a entorpecentes*, haja vista que os crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 são de perigo abstrato ou presumido e prescindem, pois, da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado.

Não obstante todas essas considerações, não há como perder de vista que a *Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal* decidiu, por maioria de votos (vencido o Ministro Dias Toffoli), que não se justifica a instauração de investigação criminal – e, por conseguinte, a deflagração de ação penal – nos casos que envolve importação, em reduzida quantidade, de *sementes de maconha*, “especialmente porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à substância canábica”.

Ao julgar os *HCs n. 144.161/SP* (DJe 14/12/2018) e *142.987/SP* (DJe 30/11/2018), ambos impetrados pela Defensoria Pública da União, o colegiado considerou que os casos não poderiam ser tratados como tráfico transnacional de drogas, tampouco como contrabando. No primeiro caso, o indivíduo importou, por meio de remessa postal, 26 sementes de maconha, que, segundo o Juiz de primeiro grau, seriam para uso próprio; no segundo, 15 sementes.

Os fundamentos apresentados pelo relator, Ministro *Gilmar Mendes* (HC n. 144.161/SP), foram, essencialmente, os seguintes: a) a importação de sementes de maconha para uso próprio se amolda, em tese, ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006, cuja constitucionalidade está sendo discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE n. 635.659, com repercussão geral reconhecida); b) a matéria-prima ou o insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, o que não é o caso das sementes da planta *Cannabis sativa*, que não possuem a substância psicoativa *tetrahidrocanabinol* (THC); c) em outros julgados daquela Corte, em razão da pequena quantidade de sementes de maconha importadas, o Ministro Roberto Barroso deferiu a liminar para suspender a tramitação do processo na origem (HC n. 147.478/SP, 143.798/SP e 131.310/SE); d) no caso, foi apreendida pequena quantidade de sementes de maconha.

O Ministro *Edson Fachin* acompanhou a conclusão do relator, ocasião em que acrescentou os seguintes argumentos para firmar sua tese pela ausência de justa causa para a ação penal: a) a semente da *Cannabis sativa* não é, em si, droga e não pode ser considerada matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de droga. “A matéria-prima e o insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, produzir a droga ilícita, o que não é o caso, uma vez que as sementes não possuem a substância psicoativa [THC]”, observou. Ainda, ponderou: “O princípio da legalidade estrita no Direito penal não dá margem à construção de tipos penais por analogia ou por extensão”.

O Ministro *Ricardo Lewandowski*, que também acompanhou o relator, lembrou, ainda, da situação “catastrófica” do sistema prisional brasileiro. “Temos, hoje, mais de 700 mil presos, dos quais 40% são provisórios, [...] estamos caminhando aceleradamente para um milhão de presos. [...] há várias pessoas acusadas de tráfico de drogas, quando são meros usuários”, alertou. De igual modo, ressaltou a importância de se respeitar o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade: “Não tem nenhum cabimento que cidadãos portadores de

algumas sementes desta planta sejam enquadrados num crime cujas penas são tão drásticas”.

Igualmente, faço menção à decisão monocrática proferida nos autos do *HC n. 143.890/SP* (DJe 15/5/2019), em que o relator, Ministro *Celso de Mello*, concedeu habeas corpus para restabelecer a decisão do Juízo Federal que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor da paciente, acusada de importar, por meio de remessa postal, 26 sementes de maconha (art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006).

Na ocasião, afirmou o Ministro que a semente de *cannabis sativa* não se enquadra no conceito de droga, tampouco constitui matéria-prima, insumo ou produto químico destinado a seu preparo, pois não possui em sua composição o princípio ativo da maconha (THC), “circunstância de que resulta a descaracterização da tipicidade penal da conduta”. Nesse contexto, concluiu:

Disso resulta que a mera importação e/ou a simples posse da semente de *cannabis sativa L.* não se qualificam como fatores revestidos de tipicidade penal, essencialmente porque, não contendo as sementes o princípio ativo do tetrahydrocannabinol (THC), não se revelam aptas a produzir dependência física e/ou psíquica, o que as torna inócuas, não constituindo, por isso mesmo, elementos caracterizadores de matéria-prima para a produção de drogas.

Idêntica conclusão foi adotada nos autos do *HC n. 163.730/SP* (DJe 26/10/2018), de relatoria da Ministra *Cármen Lúcia*, em que se manteve a rejeição da denúncia, na qual se narrou a apreensão de 11 sementes de maconha, em encomenda remetida da Holanda com destino ao Brasil. Na ocasião, fez-se menção exatamente aos referidos *HCs n. 144.161/SP e 142.987/SP*.

Desta Corte Superior de Justiça, faço menção ao *REsp n. 1.838.937/SP*: em julgamento realizado em 12/11/2019, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal e, por conseguinte, manteve o acórdão que absolveu o réu com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. O caso dizia respeito à importação, por meio de remessa postal, de 31 sementes de maconha (DJe 20/11/2019, Rel. Ministro *Rogério Schietti*).

Diante de tais considerações, firme na importância de se *observarem os precedentes* e de se adotar *interpretação uniforme* das leis – até para garantir uma ordem jurídica mais coerente, mais estável e com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário –, *curvo-me* ao posicionamento firmado por esta colenda Sexta Turma, nos termos do voto proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura (*AgRg no REsp n. 1.658.928/SP*), bem

como pelo Supremo Tribunal Federal, para manter o acórdão que absolveu o recorrido, nos autos do processo em que se lhe imputou a conduta de manter em depósito e de guardar, no interior de sua residência, *112 sementes de maconha*.

Por fim, apenas ressalto que, embora adira a essa jurisprudência, pelos motivos declinados anteriormente, *não excludo a possibilidade de, eventualmente, passar a adotar entendimento diverso em relação a essa matéria*, sobretudo nos casos em que houver apreensão de maior quantidade de sementes de maconha, a afastar a solução ora dada.

III. Dispositivo

À vista do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.871.697-MA (2020/0095646-5)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Railton Costa Sena

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Maranhão

Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão

EMENTA

Recurso especial. Homicídios doloso e culposo. Perdão judicial. Art. 121, § 5º, do Código Penal. Vínculo afetivo entre réu e vítima. Ocorrência. Extinção de punibilidade. Recurso especial provido.

1. O texto do § 5º do art. 121 do Código Penal não definiu o caráter das consequências, mas não deixa dúvidas quanto à forma grave com que essas devem atingir o agente, ao ponto de tornar desnecessária a sanção penal.

2. Não há empecilho a que se aplique o perdão judicial nos casos em que o agente do homicídio culposo - mais especificamente nas hipóteses de crime de trânsito - sofra sequelas físicas gravíssimas e permanentes, como, por exemplo, ficar tetraplégico, em estado vegetativo, ou incapacitado para o trabalho.

3. A análise do grave sofrimento, apto a ensejar, também, a inutilidade da função retributiva da pena, deve ser aferido de acordo com o estado emocional de que é acometido o sujeito ativo do crime, em decorrência da sua ação culposa.

4. A melhor doutrina, quando a avaliação está voltada para o sofrimento psicológico do agente, enxerga no § 5º a exigência de um vínculo, de um laço prévio de conhecimento entre os envolvidos, para que seja “tão grave” a consequência do crime ao agente. A interpretação dada, na maior parte das vezes, é no sentido de que só sofre intensamente o réu que, de forma culposa, matou alguém conhecido e com quem mantinha laços afetivos.

5. O que se pretende é conferir à lei interpretação mais razoável e humana, sem jamais perder de vista o desgaste emocional (talvez perene) que sofrerá o acusado dessa espécie de delito, uma vez que era irmão da vítima.

6. Recurso especial a que se dá provimento, para declarar extinta a punibilidade do réu pelo homicídio culposo do irmão, em decorrência da concessão de perdão judicial, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2020 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 4.9.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Railton Costa Sena* interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra

acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão* na Apelação n. 0041509-69.2011.8.10.0001.

Depreende-se dos autos que *o réu foi condenado*, em primeira instância, a 9 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, no regime fechado, e 1 ano de detenção, pelos delitos previstos nos art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, e art. 121, § 3º, na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 381-386).

O Tribunal estadual *deu provimento ao recurso defensivo e, de ofício, afastou a aplicação do concurso material diante da diversidade das penas* (fls. 467-475).

Nas razões do recurso especial, a defesa apontou *negativa de vigência aos arts. 121, § 5º, segunda parte, e 157, §§ 2º, I e II, e 3º, segunda parte, ambos do Código Penal* (fls. 482-489).

Sustentou que *é direito subjetivo do acusado a obtenção do perdão judicial pelo delito de homicídio culposo praticado contra seu irmão*.

Alegou que *“as consequências do fato atingiram o agente de forma gravíssima pois causou a morte de seu irmão, um dos entes queridos mais próximos, gerando um prejuízo irreparável para toda a família, além do sentimento de culpa que o acompanhará pelo resto de sua vida, o que torna desnecessária a sanção penal”* (fl. 487, grifei).

Requeru o provimento do recurso, *para que fosse reconhecido o perdão judicial e declarada a extinção da punibilidade*.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 497-503) e admitido o recurso (fls. 505-506), o Ministério Público Federal opinou pelo seu *provimento* (fls. 409-413).

VOTO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz (Relator): De início, constato a tempestividade do recurso especial e o preenchimento dos demais requisitos constitucionais, legais e regimentais para seu processamento, pois houve prequestionamento do tema objeto da impugnação, esgotaram-se os recursos ordinários e expuseram-se os dispositivos de lei presumidamente contrariados, além dos fatos e do direito, de modo a permitir o exame da aventada questão jurídica controversa.

I. Perdão judicial

O paciente foi condenado pela prática de tentativa de homicídio qualificado e de homicídio culposo.

A denúncia assim descreveu a conduta delitiva (fl. 5, grifei):

[...]

No dia 04 de setembro de 2010, a vítima *Emanuel Fonseca Soares*, se encontrava em sua residência, localizada na Rua Campo Limpo, n. 20, Vila Natal-Coroadinho, nesta cidade, quando foi surpreendido pelos irmãos **Ramilton Costa Sena e Railton Costa Sena** e mais um parente deles. Que sem motivo aparente **Ramilton**, vulgo "Miltão", o agrediu na mão esquerda com um facão, e que ao ser atingido tentou fechar a porta, mas "Miltão" e **Railton** invadiram sua casa, quando então Emanuel e Miltão travaram luta corporal.

No momento em que Emanuel e Miltão lutavam, **Railton** começou a proferir disparos contra aquele, errando o alvo, vindo a atingir seu irmão Miltão, que veio a falecer em 16 de setembro de 2010, em decorrência dos tiros que recebeu.

Ocorre que, no desenrolar dos fatos, o denunciado ainda desferiu um tiro em Emanuel, na região do abdome, resultando as lesões descritas no Exame de Corpo de Delito de fls. 44/45, que resultaram em perigo de vida e nas sucessivas cirurgias a que se submeteu.

Consta do Inquérito Policial, que o motivo que fomentou o referido delito, decorreu do fato dos irmãos Ramilton e Railton suspeitarem que a vítima escondia um indivíduo de vulgo "Sorriso", que há meses teria sido o autor do homicídio em Ronilson Costa Serra, irmão daqueles.

O Tribunal estadual, ao refutar a aplicação do perdão judicial, decidiu (fls. 473-474, destaquei):

[...]

Pois bem. *Conforme dito, o réu foi condenado na pena mínima de 01 (um) ano de detenção quanto ao crime de homicídio culposo, praticado contra seu próprio irmão, a vítima Ramilton Costa Sena.*

O perdão judicial que se busca para referida penalidade, além de ser um instituto que se dirige apenas às infrações penais previamente determinadas pela lei, cuida-se de uma das causas de extinção da punibilidade e, no caso de homicídio culposo, encontra-se previsto no § 5º, do art. 121, do Código Penal, nos seguintes termos: "(...) § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

No caso dos autos, como bem apontado pela representante da Procuradoria Geral de Justiça, não restou demonstrado a intensidade do sofrimento do réu, por ter cometido homicídio culposo contra seu próprio irmão, não sendo suficiente para concessão de tal benesse somente a afirmação de que ele sofreu psicologicamente com os fatos.

Em sendo assim, diante da inexistência de provas idôneas a demonstrar o abalo psicológico, a intensidade do seu sofrimento que a configurar sanção maior à pena imposta a ele na sentença penal condenatória, não há como conceder o benefício do perdão judicial, vez que apenas a demonstração de parentesco, aliada à alegação de sofrimento, restrito ao seu interrogatório, não são suficientes para concessão desse benefício.

A matéria tratada nos autos, conquanto inicialmente possa, de forma equivocada, requerer imersão sobre o acervo fático-probatório carreado aos autos, cinge-se, na verdade, em averiguar a *possibilidade de concessão do perdão judicial a autor de crime de homicídio culposo*, que, mediante uma ação imprudente, leva seu irmão a óbito.

Em relação à aplicação do perdão judicial, cumpre observar que, *quando a avaliação está voltada para o sofrimento psicológico do autor do crime*, a melhor doutrina enxerga no § 5º do art. 121 do CP a exigência de um vínculo, de um laço prévio de conhecimento entre os envolvidos, para que seja “tão grave” a consequência ao agente a ponto de ser despicienda e até exacerbada outra pena, além da própria dor causada, intimamente, pelo dano provocado ao outro. *A interpretação dada, na maior parte das vezes, é a de que só sofre intensamente o réu que, de forma culposa, matou alguém conhecido e com quem mantinha laços afetivos*. O exemplo mais comumente lançado é o caso de um pai que mata culposamente o filho.

O preciso escólio de Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de Direito Penal - Parte Especial 2, dos Crimes Contra a Pessoa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112), à guisa de exemplo, diz que “a gravidade das consequências deve ser aferida em função da pessoa do agente, não se cogitando aqui de critérios objetivos. As consequências de que se cogita não se limitam aos danos morais, podendo constituir-se de danos materiais. *Quando as consequências atingem o agente, via indireta, exige-se entre este e a vítima vínculo afetivo de importância significativa*” (destaquei).

Não diferente é o ensinamento de Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal Brasileiro - V. 2 - Parte Especial - Arts. 121 a 249*. 10. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 98), segundo o qual “é indispensável que do delito resultem consequências efetivamente graves, apuradas em relação à pessoa do agente. Tais desdobramentos gravosos devem estar direta e imediatamente vinculados à conduta do autor do homicídio culposo. Nesse sentido, por exemplo, *a morte de pessoas estreitamente ligadas ao agente (por vínculo de parentesco ou amizade) e a incapacidade do agente para o trabalho*” (grifei).

Por fim, Rogerio Greco (*Curso de Direito Penal - Parte Especial*, V. 2, 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 172), discorre sobre o tema (destaquei):

[...]

Entendemos, *permissa venia*, que o perdão judicial **pode ser entendido sob dois aspectos, ou seja, como um direito subjetivo do acusado ou como uma faculdade do julgador. Isso dependerá da hipótese e das pessoas envolvidas.** Assim, sendo o caso de crime cometido por *ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão*, o perdão judicial deverá ser encarado como um *direito subjetivo do agente, pois, nesses casos, presume-se* que a infração penal atinge o agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária.

Por outro lado, há situações em que o julgador deverá, caso a caso, verificar a viabilidade ou não da aplicação do perdão judicial. Imagine-se a hipótese daquele que, querendo mostrar sua arma ao seu melhor amigo, acidentalmente, faz com que ela dispare, causando-lhe a morte. Seria aplicável, aqui, o perdão judicial, uma vez que *o agente que causou a morte de seu melhor amigo ficou tremendamente abalado psicologicamente, pensando, inclusive, em dar cabo da própria vida, em razão da sua imprudência? A resposta virá, como dissemos, no caso concreto, não se podendo generalizar, como nas hipóteses em que houver uma relação de parentesco próximo entre o agente e a vítima, conforme destacamos anteriormente.*

Noto, nos dois exemplos ilustrados pelo autor, a exigência da presença de prévio vínculo entre as partes – vítima e algoz –, bem como certo grau de afeto entre os envolvidos; *não se cogita a concessão do perdão fora dessas hipóteses.* A discussão, no máximo, atinge a obrigatoriedade ou não de ser a vítima familiar do autor do crime, concluindo-se pela liberdade de convencimento do julgador em cada caso concreto.

Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Comentado*, 4. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 417) até propõe hipótese em que na vítima resulte apenas lesão corporal leve, mas, dado o *vínculo com o autor*, aceita o perdão. Diz ele que:

[...]

Via de regra, a lesão corporal leve em parente do autor do fato não chega a ser suficiente para a aplicação do perdão, por não configurar situação de nítida gravidade. Mas, o caso concreto pode desmentir a teoria. *Imagine-se a esposa de um indivíduo que conduz uma lancha com imprudência, provocando um acidente. Embora a moça sofra apenas lesões leves no rosto, é ela atriz ou modelo, e tal situação lhe retira a oportunidade de permanecer na carreira, ainda que temporariamente, mas o suficiente para interromper a sua escalada.* O sofrimento do autor pode ser imenso, diante do desgaste que sua relação pode sofrer e da gravidade que a situação concreta causou (destaquei).

Uma vez mais, observo *que preponderante e indiscutível é a existência de vínculo afetivo entre autor e vítima.*

A partir dessas premissas, *julgo haver sido negada a vigência do § 5º do art. 121 do Código Penal*, porquanto, diante de toda a digressão feita, *não se pode medir o sofrimento de alguém que, culposamente, mata um ente querido.*

Pela leitura do acórdão impugnado, observo que Corte de origem *negou a aplicação do perdão judicial* ao paciente em relação ao homicídio culposo praticado contra seu irmão Ramilton Costa Sena, *porque não ficou demonstrado nos autos, de forma inconteste, o intenso sofrimento psíquico* ocasionado pelo próprio resultado de sua conduta imprudente.

Assim como a maior parte da doutrina, *interpreto o dispositivo do art. 121, § 5º, do CP de forma a, ao menos, exigir que haja esse liame subjetivo entre condutor e vítima fatal, para, a partir daí, conceder ou não o perdão.*

A fim de concluir esse pensamento, bastante pertinente o esclarecimento de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques (O perdão judicial em lesão corporal e homicídio culposos. *In: Boletim do IBCCRIM*, n. 169, dezembro/2006, p. 9):

[...] Por seu caráter retributivo, a pena consubstanciava-se em instrumento de expiação do crime (*punitur quia pccatum est*), como exigência de justiça.⁽⁴⁾ Diante da interpretação do perdão judicial, tal como previsto no § 5º do artigo 121 do Código Penal, em consonância com a finalidade retributiva da pena, nos termos do artigo 42, da antiga Parte Geral do Código Penal, para a concessão do benefício, o fato culposo deveria causar um dano moral, um mal no agente, tornando desnecessária a finalidade retributiva da pena.

Agora, com a Nova Parte Geral do Código, introduzida pela reforma de 1984, o artigo 59, do Código vigente, alterou a finalidade da pena, passando a determinar que o juiz, atendendo às chamadas circunstâncias judiciais, estabeleça, considerando a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, a pena e sua quantidade, dentre os limites previstos, o regime inicial de seu cumprimento, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de sanção, quando cabível. Foram então estabelecidas, dessa forma, as finalidades de reprovação e de prevenção do crime, animadas no princípio da necessidade, conforme referido. Além disso, tais finalidades devem estar conjugadas à realidade constitucional de 1988, alicerçada na dignidade da pessoa humana. Dessa ótica, a reprovação – que não se confunde com a retribuição – deve ser entendida em consonância com a moderna concepção de culpabilidade, ou seja, como medida da pena. *A prevenção, por sua vez, em sua perspectiva geral, voltada para a coletividade, tem como função primordial reforçar a confiança na*

vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, com limites nos direitos fundamentais do indivíduo.

Diante do exposto, impõe-se uma releitura da desnecessidade da pena pelo perdão judicial, nas hipóteses dos referidos crimes culposos, que não pode mais ser interpretada a partir da finalidade retributiva da pena, mas sim da reprovação e da função preventivo-geral positiva, alinhada aos princípios e fundamentos constitucionais. Tal pensamento, em relação à finalidade preventiva da sanção, encontra amparo no magistério de Santiago Mir Puig, para quem um Estado não-teocrático ou não-metafísico “no puede hacer uso de la pena e privar com ella de uno de sus derechos a alguien si no lo exige el bien de la colectividad”.

A desnecessidade da pena que esteia o perdão judicial, no novo modelo, não pode mais estar vinculada ao sofrimento do infrator, completando a equação “mal do crime para a comunidade = mal do crime para o infrator, que substitui a pena”. Tal desnecessidade deve, a partir da nova ótica penal e constitucional, referir-se à comunicação para a comunidade de que o mal gerado para o infrator não justifica o reforço de vigência da norma por meio da sanção penal. A imposição da pena, nesse caso, não seria apta a cumprir sua função preventiva, por ferir o sentimento de humanidade inserido na consciência coletiva. Por esse motivo, a antiga equação, de cunho exclusivamente retributivo, deve ser substituída pela seguinte: “consequências do crime para o infrator = desnecessidade da pena enquanto prevenção geral positiva”. (grifei)

Dessarte, tratando-se de hipótese de homicídio culposo praticado contra ente familiar, *comprovado o vínculo sanguíneo entre o réu e a vítima (irmãos), e demonstrada a conduta imprudente, tais elementos são suficientes para a incidência, ao caso, da norma do art. 121, § 5º, do Código Penal.*

II. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, “c”, parte final, do RISTJ, *dou provimento ao recurso especial para, com fundamento nos arts. 107, IX, e 121, § 5º, ambos do Código Penal, declarar extinta a punibilidade do paciente em relação ao homicídio culposo praticado contra a vítima Ramilton Costa Sena, mantidos os demais termos da condenação na origem.*

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de primeiro grau.