



COLETÂNEA SEMESTRAL



HABEAS CORPUS

SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO

JULGAMENTOS - 01/07/2022.31/12/2022

MIN. EDSON FACHIN

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



Mais informações: csl-edu.com.br

MIN.
EDSON
FACHIN

S
T
F

JULHO

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA



HABEAS CORPUS 217.318 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : FLAVIO BARROSO RIBEIRO JUNIOR
IMPTE.(S) : MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão:

Trata-se de habeas corpus em que se busca a revogação da prisão preventiva por excesso de prazo na formação da culpa, pois o paciente está preso preventivamente desde 24.02.2021, por suposta prática do crime 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal e no artigo 345, “caput” c.c. o artigo 29, “caput”, na forma do artigo 69, “caput”, todos do Código Penal, e até o momento, sequer foi realizada a audiência de instrução e julgamento.

É o relatório.

Cumprе assinalar, por relevante, que o deferimento da medida liminar, resultante do concreto exercício do poder geral de cautela outorgado aos juízes e tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos seus específicos pressupostos: a existência de plausibilidade jurídica (*fumus boni juris*), de um lado; e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), de outro. Sem que concorram esses dois requisitos, essenciais e cumulativos, não se legitima a concessão da medida liminar.

Num juízo de cognição sumária, próprio desta fase processual, não depreendo ilegalidade flagrante na decisão atacada a justificar a concessão da liminar. Efetivamente, como bem consignou o STJ,

Outrossim, o deferimento de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional por sua própria natureza, que somente se justifica quando a situação demonstrada nos autos representar manifesto constrangimento ilegal, o que, nesta sede de cognição, não se confirmou.

Sendo assim, *prima facie*, não verifico ilegalidade evidente, razão pela qual, sem prejuízo de ulterior reapreciação da matéria no julgamento

HC 217318 / SP

final do presente *habeas corpus* , **indefiro** a liminar.

Solicitem-se informações ao Juiz singular, especialmente acerca: (i) situação prisional do paciente FLAVIO BARROSO RIBEIRO JUNIOR esclarecendo se encontra-se custodiado ou em liberdade, e se eventual prisão é cautelar ou decorre de execução penal; (ii) do histórico do andamento processual, inclusive com indicação de elementos que evidenciem eventual complexidade da causa; (iii) de eventual contribuição da defesa para o alongar da marcha processual; (iv) se há alguma previsão mínima de conclusão do processamento ou julgamento; (v) ultimação de eventuais providências para imprimir celeridade ao feito e (vi) em se tratando de processo em segredo de justiça ou com restrição de acesso, a senha para consulta ao andamento processual no sítio eletrônico do TJSP.

Após, voltem-me conclusos.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 4 de julho de 2022.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 217.311 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : JOSÉ CARLOS MARTINS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S) : LEANDRO LOURENCO DE CAMARGO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.978.262/SP, assim ementado (eDOC 4, p. 5-7):

RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONTRARIEDADE A PRECEITO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. DESCABIMENTO. VIA RECURSAL INADEQUADA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LOCAL ABERTO AO PÚBLICO. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. LICITUDE DAS PROVAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DO STJ. MINORANTE. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. ARTS. 33, 59 E 68, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA N.º 284 DO STF. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE O DIREITO AO SILÊNCIO EXERCIDO PELO RÉU FOI FUNDAMENTO ESSENCIAL PARA A CONDENAÇÃO. INSUBSISTENTE. ÉDITO CONDENATÓRIO FUNDAMENTADO NAS PROVAS AMEALHADAS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. DETRAÇÃO PENAL. RECURSOS ESPECIAIS DE

HC 217311 MC / SP

HILTON FERREIRA DOS SANTOS, DIEGO FELIPE DE PAULA E JEAN MARCEL SILVESTRE DE SOUZA PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDOS. RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ CARLOS MARTINS DE OLIVEIRA NÃO CONHECIDO.

1. A via especial não se presta à análise da alegação de ofensa à dispositivo da Constituição da República.

2. O simples fato de o tráfico de drogas configurar crime permanente não autoriza o ingresso em domicílio sem o necessário mandado judicial.

3. *In casu*, os policiais abordaram os Recorrentes e os Corrêus, em volta de uma mesa pesando e embalando as drogas, bem como apreenderam eppendorfs e saquinhos para confecção das porções, um caderno de anotações da contabilidade dessa atividade e o valor de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais), em um imóvel que se tratava de estabelecimento comercial aberto ao público e parcialmente em construção.

4. Como se trata de estabelecimento comercial aberto ao público e parcialmente em construção (padaria), não se enquadra no conceito de domicílio, ainda que por extensão.

5. O Tribunal de origem concluiu que, na espécie, foram apresentadas provas hábeis a ratificar a sentença condenatória dos Recorrentes, quanto ao delito de tráfico de drogas, colhidas tanto na fase investigativa como em Juízo. Rever esse entendimento implicaria o reexame do acervo fático-probatório, providência inviável em recurso especial, nos termos do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

6. A Corte Estadual, para manter o não reconhecimento do tráfico privilegiado, amparou-se na conclusão de que os Recorrentes agiram de forma organizada e, apesar de o fato de as drogas apreendidas serem bastante nocivas não justificar, por si só, a conclusão pela dedicação às atividades criminosas, foram utilizados outros elementos concretos para demonstrar a atuação dos Recorrentes em atividades criminosas, tais como: a

HC 217311 MC / SP

quantidade de droga apreendida, a apreensão de balanças de precisão, as grandes quantidades de *eppendorfs* e saquinhos para confecção das porções, o valor de R\$ 1900,00 e o caderno de anotações da contabilidade dessa atividade. Portanto, é idônea a fundamentação utilizada para negar a minorante.

7. Constatada, pelas instâncias ordinárias, a dedicação dos Recorrentes às atividades criminosas, a modificação desse entendimento, com o objetivo de fazer incidir a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, exigiria aprofundado reexame probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n. 7/STJ.

8. A falta de demonstração da ofensa aos dispositivos apontados como violados evidencia a ausência de delimitação da controvérsia e atrai a incidência da Súmula n.º 284 do Supremo Tribunal Federal.

9. A fixação da pena-base em 1 (um) ano acima do mínimo legal se deu em razão da razoável quantidade de entorpecente apreendida e da natureza da droga, circunstâncias aptas a indicar maior desvalor da conduta, na forma do art. 42 da Lei de Drogas. Assim, não se verifica ilegalidade e desproporcionalidade na majoração da pena-base.

10. Não obstante o montante final da sanção estabelecido em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, verifica-se a existência de circunstância judicial negativa, a qual justifica a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena e impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

11. A despeito de o silêncio de um dos Recorrentes, em sede policial, ter sido mencionado no acórdão recorrido, a condenação não o utilizou como fundamento.

12. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato poderá ser declarado nulo caso não demonstrado, tal como ocorre na hipótese dos autos, efetivo prejuízo para a

HC 217311 MC / SP

Defesa.

13. *"Nos termos do art. 619, do Código de Processo Penal, os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado, não se prestando para manifestar mero inconformismo da parte sucumbente com a decisão embargada, nem para viabilizar a análise de inovações argumentativas realizadas tardiamente"* (EDcl no AgRg no REsp 1.854.892/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022).

14. Cabe ao Magistrado, no momento da prolação da sentença condenatória, verificar a possibilidade de se fixar regime inicial mais brando em razão da aplicação da detração, considerando, evidentemente, as peculiaridades do caso em análise.

15. Considerando a circunstância judicial negativa do Recorrente, eventual desconto do tempo de prisão cautelar não teria o condão de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, sendo cabível a aplicação do regime prisional mais gravoso, à luz do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

16. Recursos especiais de Hilton Ferreira dos Santos, Diego Felipe de Paula e Jean Marcel Silvestre de Souza parcialmente conhecidos e, nessa extensão, desprovidos. Recurso especial de José Carlos Martins de Oliveira não conhecido.

Busca-se, em suma, a absolvição do paciente, por ausência de provas. Alternativamente, pugna-se pela aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, com a fixação de regime prisional menos gravoso.

É o relatório. **Decido.**

Cumpra assinalar, por relevante, que o deferimento da medida liminar, resultante do concreto exercício do poder geral de cautela

HC 217311 MC / SP

outorgado aos juízes e tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos seus específicos pressupostos: a existência de plausibilidade jurídica (*fumus boni juris*), de um lado; e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), de outro. Sem que concorram esses dois requisitos, essenciais e cumulativos, não se legitima a concessão da medida liminar.

Num juízo de cognição sumária, próprio desta fase processual, não depreendo ilegalidade flagrante na decisão atacada a justificar a concessão da liminar.

Outrossim, o deferimento de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional por sua própria natureza, que somente se justifica quando a situação demonstrada nos autos representar manifesto constrangimento ilegal, o que, nesta sede de cognição, não se confirmou.

Sendo assim, *prima facie*, não verifico ilegalidade evidente, razão pela qual **indefiro a liminar**. Abra-se vista à PGR.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 5 de julho de 2022.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

HABEAS CORPUS 216.674 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : EDER MATHEUS DE PAULA
IMPTE.(S) : VINICIUS RODRIGUES ALVES
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* interposto em face do acórdão do STJ, assim ementado (eDOC.29):

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTELIONATO. PEDIDO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRETENSÃO RECHAÇADA. DOSIMETRIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. MODUS OPERANDI EMPREGADO. MECÂNICA DELITIVA A EXIGIR RESPOSTA PENAL MAIS SEVERA. MODO INICIAL MAIS GRAVOSO MANTIDO. ALEGAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO DESPROVIDO. I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II – Pedido de aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal. Condição de procedibilidade. Pretensão rechaçada. Com efeito, “a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 610.201/SP, ocorrido em 24/3/2021, superou a divergência existente entre as Turmas e consolidou o entendimento de que a norma que instituiu a condição de procedibilidade, no delito previsto no art. 171 do Código Penal, não retroage para atingir os casos em que já existe o oferecimento da denúncia (HC 610201/SP, TERCEIRA SEÇÃO, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 8/4/2021)” (AgRg no HC n. 734.145/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 06/05/2022). III - Pleito de fixação de regime inicial aberto. Reclamo impróspero. A jurisprudência desta Corte Superior se firmou

HC 216674 / SP

no sentido de que, havendo fundamentação concreta, e diante das circunstâncias do caso, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena. Na presente hipótese, o regime mais gravoso está justificado em circunstâncias do caso concreto, ou seja, no modus operandi empregado pelo paciente: delito perpetrado por meio de pessoa jurídica constituída com o desiderato de praticar fraudes, valendo-se de pessoa natural – a qual não tinha ciência dos fatos – como titular da pessoa jurídica –; fraude praticada por meio da rede mundial de computadores – internet. Assim, a fixação do regime mais gravoso não se deu com base na gravidade abstrata do delito; mas, respaldado na mecânica delitiva do caso concreto, elemento a reclamar resposta penal mais severa. IV – Alegação de a extinção da punibilidade, tendo em vista o ressarcimento da vítima, não foi suscitada por ocasião da impetração do habeas corpus. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do writ. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. “

Alega-se, em síntese, que “imperiosa se faz a concessão da ordem determinando para tenha a extensão decisória em favor do ora PACIENTE, para que ocorra a retroatividade do art. 171, § 5º, do Código Penal, inserido no ordenamento jurídico pela Lei n. 13.964/2019.”

Pugna-se, alfim, “a concessão da ordem e deferimento de sua extensão para determinar que o Juízo de origem intime os ofendidos para que, no prazo de trinta dias, se manifeste acerca do interesse em representar contra o acusado (ora paciente), sob pena de decadência nos atos de instrução das Ações Penais ns. I - 0038097-26.2017.8.26.0050, II - 0091278-73.2016.8.26.0050, III - 0089849-71.2016.8.26.0050, IV - 0027213-35.2017.8.26.0050, V - 0090651-69.2016.8.26.0050, VI - 0090654-24.2016.8.26.0050, VII - 0002966-87.2017.8.26.0050, VIII 0008096-58.2017.8.26.0050, IX - 0014822-32.2016.8.26.0196, X 1501729 70.2019.8.26.0050, XI - 0008098-28.2017.8.26.0050, XII - 0112167-14.2017.8.26.0050, e, por conseguinte, a supervenientes sentenças prolatadas em seu desfavor, para que sejam renovados,

HC 216674 / SP

em estrita observância ao direito de ampla defesa e contraditório, com a aplicação da retroatividade em benefício do réu.”

A PGR, em parecer, opinou pela denegação em parecer assim ementado:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. LEI N. 13.964/09. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 171, § 5º, DO CP. MANIFESTEÇÃO DE VONTADE. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO APLICAÇÃO. TRANSCURSO DE TEMPO SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS ENTRE UM CRIME E OUTRO. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NESSE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.” (eDOC.37)

É o relatório. Decido.

A irresignação merece prosperar.

Esta Segunda Turma, quando do julgamento do HC 180.421-AgR, por mim relatado, DJe 6.12.2021, concluiu pela aplicação retroativa, até o trânsito em julgado, do disposto no art. 171, § 5º, do CP, com a alteração introduzida pela Lei n. 13.964/2019.

Naquela oportunidade, assentou-se que a Lei n. 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação, como regra, é norma de conteúdo processual-penal, porque, ao mesmo tempo em que cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP).

HC 216674 / SP

Entendeu-se, ainda, que essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado.

Ademais, a Turma reafirmou entendimento no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, é necessária a intimação da pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal.

Confira-se, por oportuno, a síntese do referido HC 180.421-AgR:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTIÇA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADAS. FATOS E PROVAS. LEI 13.964/2019. ART. 171, § 5º, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. RENÚNCIA TÁCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A rejeição da denúncia é providência excepcional, viável somente quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa para ação penal, aspectos não compreendidos no caso sob análise. Precedentes.

2. A expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da

HC 216674 / SP

Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo.

3. O § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP).

4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF.

5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário.

6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal.

7. No caso concreto, o paciente e a vítima celebraram termo de quitação no qual consta que o ofendido “dá ampla, geral e irrestrita quitação” ao paciente e que aquele obriga-se a

HC 216674 / SP

aditar a ocorrência policial para informar esse fato à autoridade policial. Essa circunstância traduz renúncia tácita ao direito de representação por se tratar de ato incompatível com a vontade de exercê-lo.

8. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal por falta de condição de procedibilidade.” (HC 180.421-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.12.2021)

Atento às balizas do decidido no HC 180.421-AgR, de minha Relatoria, e, conforme pontuado por mim na sessão do dia 9/11/2021, no julgamento do RHC 203.558-Agr, rel. Min. Ricardo Lewandowski, no caso concreto, não verifico a existência de inequívoca manifestação da vítima no sentido de representar criminalmente contra o acusado.

Ainda que, como aduziu a PGR, “pontuou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que haveria nos autos manifestação de vontade inequívoca da vítima perante a Autoridade Policial (fl. 488)” - eDOC.37, cumpre esclarecer que o ato de comparecimento em Delegacia ou em Juízo ostenta significado plurívoco. Para tanto, basta memorar, por exemplo, que vítimas e testemunhas são intimadas a comparecer na fase inquisitorial ou processual sob pena de sofrer sanções processuais (arts. 201, § 1º e 224, do CPP). Assim, desses atos processuais, isoladamente, não se pode extrair de maneira inequívoca o interesse da vítima em ver o acusado processado criminalmente.

Nesse sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA, NAS RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DE DEMONSTRAÇÃO FUNDAMENTADA DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA EM DEBATE. PEDIDO INCIDENTAL. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO. ESTELIONATO.

HC 216674 / SP

LEI 13.964/2019. ART. 171, § 5º, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal. 2. A expressão lei penal contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. 3. O § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP). 4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF. 5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal. 7. **O comparecimento da vítima em Delegacia ou em Juízo para prestar declarações não traduz, necessariamente,**

HC 216674 / SP

manifestação de vontade inequívoca dessa de representar criminalmente contra o acusado. Nesse sentido, cumpre memorar que vítimas, assim como testemunhas, são intimadas a comparecer na fase inquisitorial ou processual sob pena de sofrer sanções processuais (arts. 201, § 1º e 224, do CPP). 8. Embargos de declaração acolhidos para suprir a omissão apontada e determinar ao Juízo de origem a intimação da pessoa ofendida para manifestar se tem interesse em representar criminalmente contra o acusado no prazo de 30 dias, sob pena de decadência, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei 9.099/95 c/c o art. 3º do Código de Processo Penal.” (ARE 1249156 AgR-ED, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 14/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 11-03-2022 PUBLIC 14-03-2022)

2. Ante o exposto, **concedo a ordem**, nos termos do art. 21, § 2º, RISTF, para **determinar ao Juízo de origem a intimação da(s) vítima(s) para manifestar eventual interesse em representar contra os acusados no prazo de 30 dias**, sob pena de decadência, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei 9.099/95 c/c o art. 3º do Código de Processo Penal.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Oficie-se, ainda, ao TJSP e ao STJ, para dar-lhes ciência desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 6 de julho de 2022.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

HABEAS CORPUS 196.031 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : THARCILO SERGIO KIRCHNER CORREA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA (CANIVETE). NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE PELA CORTE DE ORIGEM. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. USO DA ARMA BRANCA AGREGOU DESVALOR À CONDUTA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CONFIGURAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. 2. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL CONTRA A SENTENÇA CONDENATÓRIA. RESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS BRANDO. 3. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Na espécie, o delito foi praticado com o emprego de arma branca (canivete), situação não mais abrangida como majorante do crime de roubo, uma vez que a Lei n. 13.654/2018 revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do CP. Nesse contexto, tendo em vista a abolitio criminis promovida pela referida lei, e em observância ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a Corte local aplicou a novatio legis in mellius, excluindo a causa de aumento do art. 157, § 2º, inciso I, do CP do cálculo dosimétrico. 2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que “o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem” (HC 436.314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER,

HC 196031 / PR

Quinta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 21/8/2018). 3. In casu, conforme ponderado na decisão agravada, a utilização da arma branca aumentou a reprovabilidade da conduta, uma vez que, conforme asseverado pela Corte de origem, a vítima foi interpelada pelo acusado que, além de mostrar-lhe uma arma branca (faca ou canivete), ameaçou-a dizendo que a "furaria", exigindo a entrega dos objetos pessoais e uma carteira com documentos (e-STJ fls. 385 e 387), o que justifica a exasperação da pena-base. 4. Ademais, não há se falar em reformatio in pejus, uma vez que "o efeito devolutivo da apelação é total ou parcial quanto à extensão e sempre integral quanto à profundidade. O Tribunal poderá analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados em primeiro grau, desde que respeitada a extensão objetiva do recurso" (HC 311.439/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/2/2016). Assim, é "permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da reformatio in pejus, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu" (HC 462.160/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe 13/11/2018). 5. Por outro lado, no que concerne ao regime prisional imposto para o início do cumprimento da reprimenda, não obstante a existência de circunstância judicial negativa (emprego de arma branca) constitua fundamentação idônea para a fixação de regime mais gravoso que o previsto para o quantum de pena aplicada, na forma do art. 33, § 3º, do CP, é certo que, na hipótese dos autos, o Juízo sentenciante fixou o regime inicial semiaberto, o qual, à míngua de recurso ministerial, deve ser restabelecido, a fim de não incorrer em reformatio in pejus. 6. Agravo regimental parcialmente provido para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da reprimenda." (eDOC.05, p. 87)

Busca-se, em suma, a reforma na dosimetria da pena operada pelo STJ, pois, embora tenha reconhecido a impossibilidade de o uso de arma branca justificar a agravante prevista no art. 157, §2º, I, do CP, em razão

HC 196031 / PR

da *abolitio criminis* operada pela Lei 13.654/2018, admitiu que sua valoração na pena base, entendimento que viola o princípio da *non reformatio in pejus* e também é ilegal, pois ausente fundamentação idônea para o incremento realizado.

O pedido liminar restou indeferido em decisão monocrática exarada em 03.02.2021 (eDOC.09).

A PGR, em parecer, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**

1. Cabimento do *habeas corpus*:

A Corte compreende que, ordinariamente, o *habeas corpus* não se presta a rescindir provimento condenatório acobertado pelo manto da coisa julgada, daí a impossibilidade de figurar como sucedâneo de revisão criminal. Acerca do tema:

“O Supremo Tribunal Federal não admite a utilização do *habeas corpus* em substituição à ação de revisão criminal.” (HC 128693 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, *grifei*)

“O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.” (HC 123430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, *grifei*)

“(…) *habeas corpus* não pode ser utilizado, em regra, como sucedâneo de revisão criminal, a menos que haja manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior.” (HC 86367, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, *grifei*)

No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do

HC 196031 / PR

Supremo Tribunal Federal, **o habeas corpus não merece conhecimento**, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal.

2. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a concessão da ordem de ofício configura providência a ser tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações, **o que, no caso concreto, não se verifica.**

Primeiramente observo que a suposta afronta ao princípio da *non reformatio in pejus* foi afastado de forma fundamentada pelo STJ nos seguintes termos:

“Ademais, não há se falar em reformatio in pejus, uma vez que “o efeito devolutivo da apelação é total ou parcial quanto à extensão e sempre integral quanto à profundidade. O Tribunal poderá analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados em primeiro grau, desde que respeitada a extensão objetiva do recurso” (HC 311.439/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/2/2016).

Salienta-se que é “permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da reformatio in pejus, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu” (HC 462.160/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe 13/11/2018).

Nessa linha, as seguintes decisões monocráticas: AREsp 1.772.817/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 22/11/2018; AREsp 1.392.292/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 16/11/2018.

HC 196031 / PR

Outrossim, no que concerne ao momento em que o Ministério Público manifestou sua insurgência quanto a não utilização do emprego de arma branca para afastar a pena-base do seu mínimo legal, conforme mencionado anteriormente, a Corte a quo, no julgamento do apelo defensivo, de ofício, decotou a majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, ante a superveniência da Lei n. 13.654/2018 (e-STJ fls. 382/392).

Assim, o momento processual oportuno para que o Parquet suscitasse a aplicação do emprego de arma de fogo na primeira etapa da dosimetria foi, de fato, observado, com a oposição de embargos de declaração (e-STJ fls. 407/414), na medida em que o interesse recursal surgiu somente com a reforma da sentença pelo Tribunal a quo."

Tal entendimento se conforma a jurisprudência desta Suprema Corte, consoante infere-se de precedentes análogos ao caso concreto, e portanto não há ilegalidade a ser reparada nesse tocante.

Por fim, tampouco verifico ausência de fundamentação idônea para o aumento da pena base, pois diversamente do que aduz impetrante o incremento concretamente justificado pelo STJ, nos seguintes termos:

"Na espécie, consta do acórdão recorrido que a vítima Vanessa Cristina Carvalho foi interpelada pelo acusado que, mostrando-lhe uma arma branca (faca ou canivete) e dizendo que a "furaria", exigiu a entrega dos objetos pessoais e uma carteira com documentos, bens avaliados em R\$ 50,00 (cinquenta reais), além da quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais), dinheiro que não foi recuperado (e-STJ fls. 385 e 387). Demonstrada, portanto, a maior reprovabilidade da conduta do acusado, justificando a exasperação da pena-base em decorrência do emprego de arma branca."

Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, não é o caso de concessão da ordem de ofício.

HC 196031 / PR

3. Diante do exposto, com fulcro no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao *habeas corpus*.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 6 de julho de 2022.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente