

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 129.936 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. DIAS TOFFOLI</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: ANDERSON GUSTAVO BARROS</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR</b>

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Penal. Crime militar. Evasão de preso mediante violência (art. 180, *caput*, CPM). Pretendida não recepção desse dispositivo pela Constituição Federal. Descabimento. Inexistência de incompatibilidade com o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Relatividade do direito à liberdade. Dever do preso de se submeter às consequências jurídicas do crime. Inexistência de direito à fuga. Ato ilícito. Fato que constitui falta grave (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84). Sujeição do preso a penas disciplinares, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53, 118, I, e 127I, ambos da Lei nº 7.210/84). Ordem denegada.

1. O art. 180, *caput*, do Código Penal Militar, tipifica como crime “evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou internado, usando de violência contra pessoa”, ao qual se comina pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, além da correspondente à violência.

2. Não existe incompatibilidade material entre o dispositivo penal em questão e o princípio da ampla defesa.

3. A Constituição Federal assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

4. A ampla defesa compreende a defesa técnica e a autodefesa, que se compõe do direito de audiência e do direito de presença.

5. Como se observa, o art. 180, *caput*, do Código Penal Militar em nada colide com essa garantia constitucional, a ser exercida no processo.

6. Nem se alegue que haveria um suposto direito constitucional à

**HC 129936 / SP**

fuga, decorrente do direito à liberdade.

7. O princípio constitucionalmente assegurado da liberdade (art. 5º, **caput**, CF) não outorga ao paciente o direito de se evadir mediante violência, diante do interesse público na manutenção de sua prisão, legalmente ordenada, e na preservação da integridade física e psíquica dos responsáveis por sua custódia.

8. O fato de a fuga constituir um impulso natural não a erige em um direito de quem já se encontre sob custódia, diante de seu dever de se submeter às consequências jurídicas do crime.

9. Embora a fuga sem violência não constitua crime por parte do preso, constitui, tanto quanto a fuga com violência contra a pessoa, falta grave (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84), que o sujeita, além das penas disciplinares, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53; 118, I, e 127, I, todos da Lei nº 7.210/84).

10. Nesse diapasão, a fuga do preso definitivo ou provisório (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84), com ou sem violência contra a pessoa, constitui ato ilícito, com reflexos sancionatórios nos direitos do preso e na própria execução da pena.

11. Ordem denegada.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de maio de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Relator

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 129.936 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. DIAS TOFFOLI</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: ANDERSON GUSTAVO BARROS</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR</b>

### **RELATÓRIO**

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

**Habeas corpus**, sem pedido de liminar, impetrado em favor de Anderson Gustavo Barros, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que rejeitou os Embargos de Declaração nº 1-06.2012.7.02.0102/SP.

Sustenta a impetrante que o art. 180 do Código Penal Militar, que criminaliza a “evasão de preso”, não foi recepcionado pela Constituição Federal,

“(…) uma vez que a fuga é direito da pessoa humana, sendo corolário do próprio direito constitucional de ampla defesa. A pessoa defende-se como pode, inclusive, fugindo.

Esta Suprema Corte já se manifestou no sentido da fuga ser ‘direito natural dos que se sentem, por isso ou por aquilo, alvo de um ato discrepante da ordem jurídica, pouco importando a improcedência dessa visão.’ (HC 84.851/BA, Min. Marco Aurélio).

O mesmo Ministro Marco Aurélio Mello declarou: “É direito natural do homem fugir de um ato que entenda ilegal. Qualquer um de nós entenderia dessa forma. É algo natural, inato ao homem.

(…)

Frise-se que no Código Penal Comum não há a tipificação da conduta ‘fuga’. E o correspondente artigo no Código Penal Militar, à toda evidência está em desacordo com a Carta Magna

**HC 129936 / SP**

de 1988.

Não se trata de defender o direito de fugir e sim o de manter-se em liberdade, o que está de acordo com o princípio da ampla defesa insculpido no art. 5º LV da CF/88.

Importante ressaltar, que apesar do direito natural de fuga, a ordem jurídica objetiva proteger as pessoas que possam ser lesionadas pelo fugitivo, e neste sentido a parte final do art. 180 do CPM é clara ao preservar a sanção correspondente à violência ou a destruição ou arrobamento da prisão militar (art. 180, §1º do CPM).

E registre-se aqui que no caso concreto o recorrente foi apenado também pela lesão corporal infringida ao colega de farda”.

Ante o exposto, requer a impetrante a concessão da ordem para que seja “absolvido o ora Paciente, uma vez que não é antijurídica a conduta a ele imputada de evasão de preso, declarando-se por fim a não recepção do art. 180 do CPM pela Constituição Federal de 1988”.

Por não haver pedido de liminar a ser apreciado e estando a impetração devidamente instruída, dispensei o pedido de informações.

O Ministério Público Federal, pelo parecer da Subprocuradora-geral da República **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.936 SÃO PAULO

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Como exposto, trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Anderson Gustavo Barros, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que rejeitou os Embargos de Declaração nº 1-06.2012.7.02.0102/SP.

O paciente foi condenado pela 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, por infração aos arts. 180, **caput** e 209, **caput**, ambos do Código Penal Militar.

Inconformado, o paciente interpôs apelação, à qual o Superior Tribunal Militar negou provimento. Transcrevo a ementa desse julgado:

"APELAÇÃO. EVASÃO DE PRESO. LESÃO CORPORAL LEVE. COMPROVADAS AUTORIA E MATERIALIDADE. APELO DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. UNANIMIDADE. O apelante, ao evadir-se do local onde estava detido, desferiu socos e joelhadas contra o ofendido, ocasionando-lhe lesões. As agressões praticadas pelo soldado em fuga foram relatadas pelas testemunhas, confirmando que, para transpor os limites do quartel, o desertor agrediu fisicamente a sentinela.

Proteção simultânea de duas objetividades jurídicas independentes: a autoridade e a disciplina militar, de um lado, a integridade física, de outro.

Apelo desprovido. Decisão por unanimidade de votos."

Contra essa acórdão, foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados **in verbis**:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEFESA. DIREITO DE

**HC 129936 / SP**

FUGA DO PRESO COMO CAUSA DE ATIPICIDADE. ARTIGO 180 DO CPM. REJEIÇÃO DOS EFEITOS INFRINGENTES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES NOS DEMAIS ITENS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO INDEFERIMENTO DO SURSIS. INEXISTÊNCIA.

1. O direito natural de liberdade ou de fuga não afasta a ilicitude do crime de evasão de preso, especialmente considerando a elementar da violência contra a pessoa. A tese de incompatibilidade do dispositivo que prevê o crime (artigo 180 do CPM), com a Constituição Federal, em razão de suposta violação do princípio da ampla defesa, não encontra guarida no ordenamento jurídico.

2. Inexiste omissão do acórdão quando enfrenta a matéria por via dos argumentos expendidos na Sentença.

3. Não se constata ofensa constitucional em face do indeferimento da concessão do benefício da Suspensão Condicional da Pena - SURSIS, com fundamento no artigo 84, II, do Código Penal Militar."

**Essa é a razão por que se insurge a impetrante.**

O paciente, que se encontrava foragido por haver cometido o crime de deserção, foi capturado pela Polícia Militar e conduzido ao 28º Batalhão de Infantaria Leve, onde, em procedimento padrão para ser recolhido ao cárcere, foi submetido a exame de corpo de delito.

No momento em que seria conduzido à cela, empurrou um dos soldados que o escoltava e correu, vindo, na sequência, a agredir com joelhadas e um soco no rosto outro soldado que tentou impedir sua fuga, provocando-lhe lesões corporais de natureza leve.

O art. 180, **caput**, do Código Penal Militar, tipifica como crime "evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou internado, usando de violência contra pessoa", ao qual se comina pena de detenção de 1 (um) a 2(dois) anos, **além da correspondente à violência**.

Outrossim, o art. 209, **caput**, do Código Penal Militar, tipifica como crime "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem".

**HC 129936 / SP**

Fora de dúvida, portanto, que a conduta do paciente se subsume nos dispositivos penais em questão, de modo que sua condenação se mostrou correta.

**Por sua vez, frágil a tese de não recepção do crime de evasão de preso mediante violência.**

Como destacado pelo Ministro **Celso de Mello**, no voto condutor do julgado proferido na ADI nº 74/RN-MC, Pleno, DJ de 25/9/92,

“[o] fenômeno da recepção assegura a preservação do ordenamento jurídico infraconstitucional existente anteriormente à vigência do novo texto fundamental, desde que com este não mantenha conflito antinômico e com ele. guarde relação de fidelidade estrita no plano material.

Essa ordem normativa - anterior e inferior ao estatuto fundamental -, uma vez recebida pela nova Constituição, desde que ausente qualquer conflito de natureza material, passa a ter, nela, o seu novo fundamento de validade e de eficácia.

A recepção garante a prevalência do princípio da continuidade do direito, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, ‘a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores (...), desde que não conflitantes com o texto constitucional...’ (v. RTJ, vol. 71/209-293).

Foi igualmente este Tribunal, aplicando o princípio da recepção, nos moldes concebidos pela doutrina, que proclamou permanecer válida e eficaz a lei ordinária anterior à Constituição, ‘desde que não contrastante com os seus princípios e normas, ou com o seu espírito’ (v. RTJ, vol. 77/657-659).

Registra-se, nesse mesmo sentido, pronunciamento da doutrina a respeito do tema:

‘... Na verdade, o que ocorre, sempre, é que, salvo incompatibilidade entre a legislação ordinária anterior e as normas da nova Constituição, se considera que essas normas ordinárias anteriores persistem válidas e eficazes (...). Mas, se havendo texto expresso, como era o caso da

**HC 129936 / SP**

Carta de 1937, plenamente está justificada a permanência da legislação anterior, essa permanência também é aceita no silêncio da Constituição nova (...). Ocorre, portanto, segundo Kelsen, uma recepção do direito anterior, não incompatível com a nova Constituição. A legislação anterior permanece em vigor, mas com - um novo fundamento, que é a nova Constituição' (V. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, 'Direito Constitucional Comparado I - O Poder Constituinte', p. 116/118, itens 77 e 79, 1974, Bushatsky – Edusp)".

Diversamente do que sustenta a impetrante, não se divisa nenhuma incompatibilidade material entre o art. 180, **caput**, do Código Penal Militar e o princípio da ampla defesa.

A Constituição Federal assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

Como aduzem **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes**,

"defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório" (**As nulidades do processo penal**. 9ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 85).

A ampla defesa compreende a defesa técnica – *indisponível*, enquanto *condição da paridade de armas* - e a autodefesa, que se compõe do direito de audiência e do direito de presença:

"[o] primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o

**HC 129936 / SP**

*interrogatório*. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *op. cit.*, pp. 87-88).

Ora, o art. 180, **caput**, do Código Penal Militar em nada colide com essa garantia constitucional, a ser exercida no processo.

Nem se alegue que haveria um suposto direito constitucional à fuga, decorrente do direito de liberdade.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, **caput**, a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ocorre que, como registra **Rodrigo Capez**,

“[a] *inviolabilidade* não implica a existência de direitos absolutos, pois toda norma de direito fundamental com estrutura de princípio é restringível.

Para Gustavo Zagrebelsky, a coexistência de valores e princípios, em que necessariamente se baseia a Constituição, exige que cada um deles tenha caráter não absoluto, compatível com os demais com que deve conviver, o que conduz à imagem da ‘ductibilidade’ do direito.

Diante da tendencial inconciliabilidade de princípios, prossegue Zagrebelsky, a impedir que, num eventual conflito, se atribua a vitória a todos, o imperativo da não-contradição impõe a realização, positivamente, de sua concordância prática, que se traduz não pela ‘simples amputação de potencialidades constitucionais, senão, principalmente, [por] prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto, e não a um declínio conjunto’.

(...)

A declaração de inviolabilidade expressa, em verdade, a pressuposição constitucional de uma carga argumentativa a

**HC 129936 / SP**

favor desses direitos. Significa o estabelecimento de uma preferência *prima facie* a seu favor.

Dada a estrutura de princípio do direito à liberdade, não se outorga permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer. Garante-se, isto sim, um grau máximo de liberdade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, vale dizer, desde que não haja razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição à liberdade geral de ação” (**A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo).

Logo, o princípio constitucionalmente assegurado da liberdade não outorga ao paciente o direito de se evadir mediante violência, diante do interesse público na manutenção de sua prisão, legalmente ordenada, e na preservação da integridade física e psíquica dos responsáveis por sua custódia.

O fato de a fuga constituir um impulso natural não a erige em um direito de quem já se encontre sob custódia.

Como já tive a oportunidade assentar no voto condutor do HC nº 122.694/SP, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 18/2/15:

“Como anota **Aníbal Bruno**, a finalidade do Direito Penal é

‘(...) a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a paz pública etc.

(...)

O que se manifesta no exercício da Justiça Penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de

**HC 129936 / SP**

existência e continuidade da organização social’.

Para **Santiago Mir Puig**, o Direito Penal, entendido como o conjunto de normas que associam ao delito - como pressuposto - penas ou medidas de segurança - como consequência jurídica -, é um dos instrumentos de controle social mais importantes da sociedade, tendente a evitar determinados comportamentos que se reputam indesejáveis, mediante a ameaça de imposição de distintas sanções. ‘Pode-se discutir qual ou quais são as funções que se atribuem à pena – retribuição, prevenção – mas é inegável que se trata de um mal que se associa ao cometimento de um delito, seja porque se crê que, com tal mal, se faz justiça, seja porque, com sua ameaça, pretende-se dissuadir a prática de delitos’.

Como lembra **Jeschek**, a missão do Direito Penal é proteger a convivência humana em sociedade. Como ordem de paz e de proteção das relações sociais humanas, tem importância fundamental, uma vez que visa assegurar a inquebrantabilidade da ordem jurídica por meio da coação estatal, exercendo uma função repressiva e uma função preventiva. Assim, ‘toda pena deve contribuir para fortalecer novamente no condenado o respeito pelo Direito e a fazer com que regresse, por si mesmo e por seu próprio convencimento, ao caminho da ordem’.

Por sua vez, a política criminal se ocupa de como configurar o Direito Penal da forma mais eficaz possível para que possa cumprir sua tarefa de proteção da sociedade, respeitando-se os princípios da culpabilidade, do Estado de Direito e da humanidade das penas. Nesse sentido, aduz **Santiago Mir Puig** que a efetiva execução da pena, além do caráter retributivo, de prevenção especial e de ressocialização atinente ao condenado, não deixa de exercer relevante função de prevenção geral, não apenas do ponto de vista da pura **intimidação negativa** (isto é, inibidora da tendência a delinquir), como também pela **afirmação positiva** do Direito Penal, que se manifesta: i) pela função informativa do que está

**HC 129936 / SP**

proibido fazer; **ii)** pelo reforço, no seio social, da confiança no sistema de justiça criminal e na capacidade de a ordem jurídica se impor; e **iii)** pelo fortalecimento, na maioria dos cidadãos, de uma atitude de respeito pelo Direito.

Segundo **Jeschek**,

**‘Pena é a compensação a uma violação do Direito cominada penalmente mediante a imposição de um mal proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade que expressa a reprovação pública do fato e consegue, deste modo, a afirmação do Direito’.**

O ilustre penalista alemão afirma que a justificação da pena reside na necessidade de se manter a ordem jurídica, condição fundamental para a convivência humana em sociedade:

**‘O Poder do Estado se aniquilaria por si mesmo, se não tivesse força suficiente para impedir que as infrações jurídicas intoleráveis se afirmassem abertamente. Sem a pena o Ordenamento Jurídico deixaria de ser uma ordem coativa e quedaria rebaixado ao nível de uma simples recomendação não vinculante. A pena, como expressão da coação jurídica, forma parte de toda comunidade baseada em normas jurídicas (justificação jurídicopolítica da pena). A pena é ademais necessária para satisfazer a sede de justiça da comunidade. Uma convivência humana pacífica seria impossível se o Estado se limitasse simplesmente a defender-se dos delitos cuja comissão fosse iminente e pretendesse que tanto da vítima como da generalidade, que aceitassem o delito cometido e vivessem com o delinquente como se nada houvesse se passado. As consequências dessa atitude levariam a que cada um tomasse a justiça pelas próprias mãos e o regresso à pena privada (justificação psicosociológica da pena)’.**

**HC 129936 / SP**

(...)

O acusado não deixa de ser tratado como pessoa humana pelo simples fato de se conferir maior efetividade à sanção penal, mesmo porque, afirmada sua responsabilidade criminal, há o ‘dever de submeter-se às consequências jurídicas do crime’.”

Nesse diapasão, se existe para o preso o dever de se submeter às consequências jurídicas do crime, não há como se lhe reconhecer o direito à fuga.

Tanto isso é verdade que, embora a fuga sem violência não constitua **crime** por parte do preso, constitui ela **falta grave** (art. 50, III, da Lei nº 7.210/84), que o sujeita, além das penas disciplinares de advertência, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento e inclusão no regime disciplinar diferenciado, à regressão de regime e à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido (arts. 53; 118, I, e 127, I, todos da Lei nº 7.210/84).

Nesse diapasão, ainda que desprovida de violência contra a pessoa, a fuga do preso definitivo ou provisório – *que também se sujeita à Lei de Execução Penal, por força de seu art. 2º, parágrafo único* - constitui **ato ilícito**, com reflexos sancionatórios nos direitos do preso e na própria execução da pena.

Com essas considerações, **denego a ordem**.

É como voto.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 129.936**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

PACTE.(S) : ANDERSON GUSTAVO BARROS

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 31.5.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira  
Secretária