ANO 20 - Nº 237 - AGOSTO/2012 - ISSN 1676 - 3661

Jurisprudência

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM 20 anos

DIREITO PROCESSUAL PENAL. REGIME DITATORIAL. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO. CRIME PERMANENTE. CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS. ANISTIA (CRIMES POLÍTICOS). CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. DENÚNCIA INEPTA. FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. FALTA DE JUSTA CAUSA.

10.ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP
Processo nº 0004204-32.2012.403.6181
j. 22.05.2012

"Decido.

As questões trazidas pelo Ministério Público Federal já foram objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da (...) ADPF - nº 153/DF.

(...)

Por todo o exposto, pode-se asseverar que os crimes praticados durante o período do regime militar foram anistiados.

(...)

O Ministério Público Federal busca com esta denúncia reabrir a questão, dando aos fatos nova qualificação jurídica. E o faz supostamente apoiado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manifestada nos processos de Extradição nºs 974 e 1150. Conquanto o crime de homicídio não possa mais ser punido, quer por estar prescrito quer por estar abrangido pela Lei de Anistia, o mesmo não ocorre em relação ao delito de seqüestro, sustenta o Parquet. Este delito tem natureza permanente e, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Aduz que há prova material apenas no que se refere ao delito de seqüestro, não havendo certeza quando à morte da vítima. (...) Desta forma, como não é possível afirmar-se que a vítima esteja morta, conclui-se que está viva e mantida ilegalmente privada de sua liberdade sob o poder e responsabilidade dos dois denunciados. (...) entendo que o pedido do Parquet não encontra amparo na realidade fática.

A vítima foi levada às dependências do DOI-CODI no dia 6 de maio do ano de 1971. Conforme relato de testemunhas, no dia 13 de maio do mesmo ano foi transferida para uma residência em Petrópolis, permanecendo no local até o dia 15 do mesmo mês. Em seguida, retornou para o DOI-CODI. São do mês de maio de 1971, portanto, as últimas notícias que temos dela.

A.P.P.F. nasceu em 5 de setembro de 1922. Portanto, teria hoje cerca de noventa anos. A tese ministerial já mereceria descrédito apenas considerando-se a suposta idade atual da vítima em um país cuja expectativa de vida, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, é de aproximadamente setenta e três anos - idade que, com certeza, não atingiria caso ainda estivesse em cativeiro.

(...)

Na hipótese dos autos, são decorridos mais de quarenta anos sem notícias da vítima. Há mais de trinta o país vive período de estabilidade institucional. E mais, há relato nos autos de que A.P.P.F. teria sido morto sob tortura. Sob tais circunstâncias, é improvável que ainda esteja vivo e mantido privado de sua liberdade pelos denunciados.

O Ministério Público Federal argumenta que o Ministro Cezar Peluso teria afirmado, no mesmo julgamento, que, em caso de desaparecimento de pessoas seqüestradas por agentes estatais, somente uma sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito seria apta a fazer cessar a permanência do crime de seqüestro, pois sem ela o homicídio não passaria de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional:

(...)

Impende ressaltar que a hipótese que estava em apreciação quando do julgamento da Extradição nº 974 era diferente da que ora se apresenta, envolvendo sequestro de menores. Ademais, o voto do Ministro Cezar Peluso deve ser interpretado dentro de um contexto de razoabilidade e tendo em vista o caso concreto. No caso em apreço, teríamos que aceitar estar a vítima em cárcere há mais de quarenta anos e ainda viva, mesmo aos noventa anos de idade!

Esta discussão, todavia, é irrelevante, pois, não obstante não haja notícia de declaração judicial de morte presumida, há lei com tal teor. Com efeito, foi promulgada a Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

(...)

Assim, de duas situações, uma terá ocorrido. Ou a vítima faleceu em 1971, situação mais provável, vez que dela não se teve mais notícias após esta data, hipótese que estaria albergada pela Lei de Anistia; ou, utilizando-se a tese ministerial, teria permanecido em cárcere até 4 de dezembro de 1995, data que foi sancionada a Lei nº 9.140, não se podendo falar na continuidade do delito a partir de então, em razão de ter sido reconhecida a sua morte.

Seja qual for o termo inicial considerado, o delito já está prescrito. Considerando-se o pior dos cenários, ou seja, ter perdurado o sequestro até o mês de dezembro de 1995, ainda assim teria ocorrido a prescrição, uma vez que a pena máxima do sequestro é de oito anos com lapso prescricional, em abstrato, de doze anos (CP, art. 148, 2º e 109, III).

O Parquet afirma que a Lei nº 9.140/1995 foi editada com o simples objetivo de favorecer os familiares dos desaparecidos políticos e que seria impensável que o Estado pudesse decretar a morte de uma pessoa por intermédio de uma lei. Continua asseverando que nem mesmo para fins civis há uma presunção absoluta de óbito, tanto que seu art. 3º, parágrafo único, determina a justificação judicial em caso de dúvida.

Afirme-se, inicialmente, que, ao contrário do alegado pelo Ministério Público Federal, a Lei reconheceu a morte da vítima para todos os efeitos legais (...). Desta feita, evidentemente, a Lei nº 9.140 pode ser utilizada para reconhecer a morte da vítima, mesmo porque, do contrário, o delito poderia tornar-se imprescritível, haja vista a possibilidade de não se obter a sentença declaratória de ausência após a edição da citada lei.

A par de todos os argumentos já expostos, não se deve olvidar que o Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 41, que *'a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas'.* Cabe, assim, ao Ministério Público Federal demonstrar na peça inaugural a presença dos elementos essenciais para o recebimento da denúncia. (...).

A afirmação é totalmente dissociada da

O DIREITO POR QUEM O FAZ

realidade. A prevalecer o argumento do Ministério Público Federal, se tal declaração judicial de morte presumida não for obtida nos próximos cinquenta anos, por exemplo, deveremos concluir que a vítima terá permanecido viva e em cárcere durante todo o período, ou seja, que estaria viva e privada de sua liberdade aos cento e quarenta anos de idade.

Algumas considerações são necessárias acerca da declaração de ausência. A existência da pessoa natural termina com a morte, que pode ser real ou presumida. A declaração judicial de morte presumida pode ocorrer com ou sem a declaração de ausência. Admite-se tal declaração sem decretação de ausência nos casos definidos no art. 7º do Código Civil:

(...)

Quando não estiverem presentes as hipóteses do referido artigo, o caminho a ser seguido consta dos art. 22 e seguintes do Código Civil e requer a declaração de ausência.

Verificado o desaparecimento de uma pessoa do seu domicílio, o juiz declarará a sua ausência e nomear-lhe-á curador. (...) Dez anos após passar em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória poderão os interessados requerer a sucessão definitiva. Assim, presume-se a morte do ausente após dez anos do trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória, conforme disposto no art. 6º do Código Civil: (...).

Maria Helena Diniz observa que a curadoria é dos bens do ausente e não da pessoa do ausente. Deste modo, não havendo bens, não subsistiria interesse na abertura do processo. Não é possível concluir-se daí, entretanto, que o ausente permanece vivo, a despeito de todas as evidências demonstrarem que ele está morto, apenas porque não houve interessado na abertura do processo cível. (...).

Em adição ao quanto já exposto, ressalte-se que o art. 335 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, reza que *'o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial'*. No presente caso, a vítima está desaparecida há mais de quarenta anos. Mesmo após o término do regime de exceção não reapareceu. Aplicando-se as regras de experiência e de bom senso, há apenas uma conclusão possível: a vítima está morta. Caberia ao Ministério Público Federal o ônus de provar que, contrariando todas as expectativas lógicas, A.P.P.F., aos noventa anos, estaria vivo e mantido privado de sua liberdade pelos denunciados. Tal certeza – morte da vítima – seria possível, acredito, independentemente da existência de declaração judicial, dada a realidade subjacente. Todavia, para espancar de vez quaisquer dúvidas, foi ainda reafirmada pela edição da Lei nº 9.140/95: '*São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias*'.

A inversão do ônus da prova foi expressamente reconhecida pela referida Lei no parágrafo único do art. 3º, que, conquanto tenha reconhecido a morte dos indivíduos discriminados em seu anexo, abriu a possibilidade de comprovação em contrário. E esta era a missão do Ministério Público Federal, provar que a vítima está viva, apesar de todas as provas dizerem o contrário.

Muito embora o pano de fundo desta denúncia tenha sido o sequestro, é nítida a intenção do Ministério Público Federal em reabrir a discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia. Tal objetivo encontra-se estampado a fls. 639: '*ainda que se entenda, por qualquer motivo, que o fato imputado aos denunciados já se encontre exaurido, sustenta o Ministério Público Federal que a pretensão punitiva estatal não está extinta. Não se pode ignorar o efeito vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (...)'* no caso G. L. (Guerrilha do A.) vs Brasil, proferida em 24 de novembro de 2010. (...) o tribunal em questão declarou, com efeitos *erga omnes*, que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana (...).

(...)

Ora, não é possível acolher o pedido sem desconsiderar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 153, decisão esta, impende ressaltar, que tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O Ministério Público Federal demonstra preocupação com as sanções a que estará sujeito o Brasil caso a denúncia não seja recebida, uma vez que ela tem, entre as suas finalidades, *'prevenir futura nova condenação do Estado brasileiro pela omissão no cumprimento das obrigações voluntariamente assumidas junto ao sistema regional, notadamente no que se refere ao cumprimento das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos'* (fls. 648).

Ocorre que o recebimento ou não da inicial é irrelevante para tal prevenção, pois, independentemente do resultado deste processo, o Brasil continuará a desrespeitar o julgado da Corte Interamericana, pois ainda restarão sem punição os casos de homicídio, tortura, etc. Com efeito, a decisão da referida Corte dispõe, expressamente, que a anistia brasileira não pode impedir a punição dos responsáveis por delitos contra os direitos humanos, ao passo que o teor do julgamento da ADPF nº 153 impede tal efeito.

Constata-se, destarte, a total incompatibilidade entre o decidido pelo Supremo Tribunal Federal e o decidido pela Corte Interamericana e, seja qual for o caminho escolhido, haverá o desrespeito ao julgado de uma delas. Entendo, assim, que somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para rever a sua decisão, devendo a questão ser novamente submetida à sua apreciação. Enquanto isto não ocorrer, não há como negar aplicação ao julgado de nossa Corte Constitucional.

Não vislumbro, por fim, qualquer intenção do Estado brasileiro na punição dos crimes cometidos no período de exceção. Isto foi afirmado pela Lei de Anistia e pela Emenda Constitucional nº 26/95, decidido pelo Supremo Tribunal Federal e reafirmado pela recente edição da Lei nº 12.528, de 18.11.2011. Esta Lei (...), criou no âmbito da Casa Civil da Presidência, a Comissão Nacional da Verdade. Conforme se verifica da leitura de seu texto, não tem o novo dispositivo o intuito de punir os autores dos delitos, mas apenas a finalidade de '*examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8 º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional'* (art. 1º). Os objetivos da Comissão estão discriminados em seu art. 3º, não havendo, reforce-se, nenhuma menção à punição dos envolvidos.

(...)

Corroborando este entendimento, a presidente Dilma Rousseff, em recente entrevista, afirmou que '*a comissão não abriga ressentimento, ódio nem perdão. Ela só é o contrário do esquecimento*'. Disse ainda que '*não revogará a Lei da Anistia, que perdoou crimes cometidos por agentes do Estado no período'.*

(...)

Sucede que nem este juízo, tampouco a Comissão da Verdade têm legitimidade para as mudanças propostas. De fato, outra interpretação da Lei de Anistia só poderá ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que revogação da lei é de responsabilidade do Congresso Nacional. Mesmo nesta hipótese, nos termos do julgamento da ADPF nº 153, ainda haveria a discussão acerca das implicações desta possível revogação, uma vez que a referida lei teria a natureza de uma lei-medida dotada de efeitos concretos já exauridos.

O recebimento da denúncia implicaria, pois, por um lado, na desconsideração, por via oblíqua, de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em processo concentrado de controle de constitucionalidade e, por outro, na aceitação de tese ministerial comprovadamente dissociada da realidade.

Posto isso, rejeito a denúncia oferecida em desfavor de C.A.B.U. e D.G. quanto ao crime previsto no art. 148, 2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 395, II e III, do Código de Processo Penal.

(...)

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se."

Márcio Rached Millani
Juiz Federal Substituto.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PORTE DE DROGAS / ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. INFRAÇÃO COMETIDA NAS DEPENDÊNCIAS OU IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA.

Juizado Especial Criminal de Mirandópolis/SP
Processo 356.01.2012.003125-1
j.16.05.2012

"Vistos.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o réu F.C.T., dando-o como incurso no art. 28, 'caput', da Lei 11.343/06, por portar droga para consumo próprio, no interior de estabelecimento penal.

O artigo 395, II e III, do CPP, aplicável a todos os procedimentos, na forma do art. 394, § 4º, do CPP, com as redações modificadas pela Lei 11.719/08, autoriza a rejeição da denúncia quando faltar condição para o exercício da ação ou justa causa.

A respeito do interesse de agir, uma das condições do processo, prelecionam Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra:

'Tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada' (Teoria Geral do Processo, 10ª Ed., Malheiros, 1994, p. 256).

Destarte, para se afirmar a presença do interesse processual mister se faz que o provimento jurisdicional almejado seja útil.

Nesse sentido:

O interesse de agir deve ser enfatizado no campo penal, visto ser o processo criminal uma coação somente admitida quando seu resultado se mostrar útil, já que, do contrário, somente estaria caracterizando-o como meio de aflição, constrangimento e gerador de estigmatizações. Desse modo, pode-se concluir que a existência do processo está condicionada à determinação do delito e à imposição da pena correspondente. Seria ilógico pensar o processo com o objetivo de fixar uma pena que será atacada pela prescrição retroativa, que declarará extinta a punibilidade. Ou seja, é um processo inútil e ineficaz (Lopes, Aury, Introdução Crítica ao Processo Penal, editora Lumen Juris, Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 6).

No caso em apreço, o acolhimento da pretensão punitiva estatal afigura-se totalmente inútil, senão vejamos:

De início, aponta-se a ausência de credibilidade de uma confissão do réu, quando ausentes outros elementos de convicção, porquanto é fato comum detentos assumirem condutas de outros presos, obrigados por estes sob graves ameaças.

Não obstante, a Lei 11.343/06 trouxe medidas despenalizadoras ao delito previsto no art. 28 da citada lei, de sorte que a pena final a ser aplicada ao denunciado, em caso de condenação, seria uma daquelas previstas no art. 28, incisos I, II e III da mencionada lei.

Tendo-se em conta as finalidades da pena, tem-se que aquelas medidas são totalmente inócuas no caso vertente.

A sanção de advertência quanto aos malefícios do uso de drogas, para presos condenados definitivamente em regime fechado ou semi-aberto, seria estéril, já que totalmente esclarecidos quanto aos prejuízos o uso de substância estupefaciente.

Ademais, a Lei de Execução Penal estipula ser falta grave a prática de crime doloso no interior de estabelecimento penal, sendo que tal punição administrativa independe da criminal. A previsão das sanções da Lei 11.343/06, em termos práticos, é muito mais branda que as consequências administrativas da prática de falta grave, sendo totalmente desnecessária a intervenção do Direito Penal nesse caso.

A cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e irreversíveis – por sua nocividade intrínseca – só pode ser prescrita in extremis, isto é, quando não se dispõe de outras possíveis técnicas de intervenção ou estas resultam ineficazes: como ultima ratio (FRANCO, Alberto Silva e outros, Código Penal e sua Interpretação, 8ª edição, RT, São Paulo, 2007, p. 49)

Assim, qualquer finalidade buscada com a sanção de advertência também já seria atingida com a punição administrativa.

Nessa mesma esteira, a pena de prestação de serviços à comunidade não surtiria efeitos para condenados em regime fechado ou semi-aberto, ante a impossibilidade de cumprimento de tais reprimendas.

A conversão em penas pecuniárias implicaria, quando cumpridas, em violação ao princípio da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CF/88), porquanto acabaria sendo os familiares do preso ou pessoas próximas a ele que arcariam com tais sanções.

Em caso de descumprimento das penas previstas no art. 28 da Lei 11.343/06, o legislador previu a aplicação de admoestação verbal e multa (art. 28, §6º, da Lei 11.343/06), que também não surtiriam qualquer efeito prático no caso em exame, pelos motivos já expostos.

Não há a possibilidade de se converter aquelas penas em privativas de liberdade, à míngua de previsão legal nesse sentido.

Em tese, a única reprimenda adequada poderia ser a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III, da citada Lei), contudo, em caso de recusa no seu cumprimento a sua efetividade restaria aniquilada. Outrossim, estando o denunciado em estabelecimento penal, tais medidas já poderiam ser fornecidas pelo próprio Estado, sendo desnecessária a aplicação de sanção criminal neste sentido. Pois, é dever do Estado assegurar a higidez mental e física dos presos, uma vez que tais direitos não lhe foram retirados na sentença penal condenatória (art. 3º e 14º, da Lei 7.210/84).

(...)

Destarte, mesmo com uma sentença penal condenatória, nenhuma das finalidades buscadas com a sanção penal seria atingida.

Nem se diga que estaria o Poder Judiciário se abstendo da sua função de sancionar o delito, pois, mesmo existindo a infração penal, pode o magistrado deixar de aplicar a pena ao fundamento da irrelevância penal do fato ou propriamente da desnecessidade de pena, nos termos do art. 59 do CP, já que a pena deve ser necessária e suficiente à repreensão do crime.

'Infração bagatelar imprópria: é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se veria que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato' *(GOMES, Luiz Flávio e Antonio García-Pablos de Molina, Direito Penal, vol.2, Parte Geral, RT, 1ª ed, São Paulo, p.305).*

(...)

Não se trata de admitir a legalização do uso de drogas no interior de estabelecimento penal, porquanto existindo previsão de tal conduta como crime, há sanção administrativa por prática de falta grave, que independe de decisão criminal. Aliás, sanção administrativa com consequências mais graves que a própria reprimenda criminal.

(...)

O único efeito útil que se poderia buscar com a condenação do denunciado nas sanções do art. 28 da Lei 11.343/06, seria, em tese, o reconhecimento de uma condenação para efeitos de reincidência. Todavia, cuidando-se de denunciado que já estava cumprindo pena em regime fechado ou semi-aberto, inexora-

velmente já é reincidente.

De outro lado, a onerosidade representada pela deflagração e transcurso de um processo desse jaez é desproporcional a utilidade do processo. Isso porque se movimenta toda uma máquina judiciária, com materiais e servidores – bem como escoltas para conduzir os presos às audiências (não raro, presos de alta periculosidade, pois estão em regime fechado ou semi-aberto, exigindo maior número de escoltas) e requisição dos agentes penitenciários como testemunhas, que estão em dias de folga ou a trabalho – para ao final aplicar-se uma sanção que nem de perto atingirá as finalidades de uma sanção penal.

Destarte, é nítida a inutilidade de um processo-crime nessas circunstâncias, que de mais a mais apenas servirá para estigmatizar o réu, sendo imperiosa a sua extinção liminarmente.

'Em pesados gravames importa o processo penal, e isso não só ao *status libertatis,* como ao *status dignitatis* do acusado. Assim, seu aforamento sem a evidenciação de um mínimo de justa causa caracteriza ultraje a direito individual, cuja salvaguarda de modo algum pode ser subtraída à imediata apreciação do Judiciário' (TACRIM-SP – *HC* – Rel. Azevedo Fransceschini – JUTACRIM-SP 22/170)

O transcurso de um processo sem utilidade jurídica representa ato contrário ao ordenamento jurídico, razão pela qual não há, também, justa causa para a continuidade da persecução criminal.

'Se o processo não for útil ao Estado, sua existência é jurídica e socialmente inútil. O interesse de agir é categoria básica para a noção de 'justa causa' no processo penal, e exige da ação penal um resultado útil. Sem aplicação possível de sanção. Inexiste justa causa para a ação penal' (TJRS – 8ª Câm. Crim. – Rec. 700008660530 – Rel. Tupinambá Pinto Azevedo – j. 10.5.2000 – RJTJTGS 203/128).

(...)

Diante do exposto, com fundamento no art. 395, incisos II e III do CPP, rejeito a denúncia oferecida contra F.C.T. que imputava ao réu o crime previsto no art. 28 'caput', da Lei 11.343/06.

P.R.I.

Tiago Henriques Papaterra Limongi
Juiz de Direito.

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Direito Processual Penal. Crimes ambientais. Impedimento ou dificultação da regeneração natural de florestas ou de outras formas de vegetação. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Falta de provas. Denúncia inepta. Denegação da ordem.

"1. É firme a jurisprudência consagrada por esta Corte no sentido de que a concessão de *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, o que não se vislumbra neste *writ*. Precedentes. 2. A denúncia, embora não expondo data precisa em que se teria consumado a infração ambiental, que é de cunho permanente, foi capaz de situá-la em período certo e determinado, com a possibilidade de estabelecer-se, para fins de aferição de alegada causa extintiva da punibilidade do agente, como último marco consumativo, data em que pericialmente atestada a permanência da infração. Prescrição não verificada. 3. Preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a análise das demais questões postas na impetração, para seu correto equacionamento, demanda regular dilação probatória, escapando, portanto, da possibilidade de análise mais aprofundada dos fatos, máxime quando se considera o viés estreito do *writ* constitucional. Constrangimento ilegal inexistente. 4. Ordem denegada." (STF – 1.ª T. – *HC* 107.412 – rel. **Dias Toffoli** – j. 08.05.2012 – public. 23.05.2012 – Cadastro **IBCCRIM 2803**).

Pesquisadora: Thaísa Bernhardt Ribeiro

Anotação: Trata-se de *habeas corpus* impetrado perante o STF contra decisão proferida pela 5.ª Turma do STJ, que rejeitou os embargos de declaração opostos em *habeas corpus* denegado por aquela Corte Superior. A impetração perante o STF teve por objeto o trancamento de ação penal em que se apura crime de impedir ou dificultar a regeneração de vegetação natural em área de preservação permanente (art. 48 da Lei 9.605/1998), na qual o paciente foi apontado como coproprietário da área em que se consumou a infração. A impetração pretendeu o trancamento da ação penal sob a alegação de que (i) a denúncia não expôs de maneira precisa a data de consumação da infração ambiental, sendo que já teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, como ainda, que (ii) o paciente teria demonstrado por documento juntado aos autos que não detinha a posse da propriedade onde verificado o suposto crime ambiental, bem como que não se trataria de área de preservação permanente. Questiona-se ainda na impetração o recebimento da denúncia, sob a alegação de que "*ofendeu direito do impetrante ao devido processo legal*", uma vez que teria ocorrido sem *"qualquer elemento de sustentação probatória*".

O art. 41 do CPP preceitua que: *"A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".* A doutrina e a jurisprudência são pacíficas na determinação de que a denúncia deva ser descritiva e narrativa. Ao longo do século XX, firmou-se o entendimento de que a descrição e narração implicam a especificação de indagações constantes do brocardo latino: *"Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?"*. Conforme estampado em *habeas corpus* de relatoria do Min. Gilmar Mendes, do STF, "(...) a fórmula ideal para uma persecução penal adequada e legítima encontrou sua pedagógica sistematização em texto clássico de João Mendes de Almeida Júnior. Diz João Mendes que a denúncia: 'É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com tôdas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxilius), o malefício que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira porque a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando). (...) Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes." (Almeida Júnior, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro.* Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1959. vol. 2, p. 183)." (STF, HC 85.327-7, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 25.08.2006)

No caso em apreço, o STF entendeu que a denúncia, embora não expondo a data precisa em que se teria consumado a infração ambiental, situou-a em período certo e determinado, pois indicou data em que pericialmente atestada a permanência da infração de impedir o nascimento de nova vegetação.

Trata-se no caso de crime permanente, que se caracteriza pela situação de manutenção da lesividade ao longo do tempo. Nas

palavras de Miguel Reale Júnior: *"Nos crimes permanentes, por meio do comportamento humano omissivo, a situação lesiva inicial perdura no tempo, 'protraindo-se a situação antijurídica' com o aumento do prejuízo originado pelo fato. O que perdura no tempo é o comportamento, mantendo viva a situação lesiva, pela omissão da ação que a faça cessar"* (Reale Júnior, Miguel. *Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 270.).

Dessa forma, não teria restado configurada a prescrição do delito, uma vez que o *dies a quo* do prazo prescricional demonstrou-se nas datas das perícias ambientais, que atestaram a permanência da situação fática. Isto é: *"[o] crime permanente tem seu momento consumativo no instante em que cessa a compressão do bem jurídico (...) constitui o* dies a quo *do prazo prescricional que começa a correr (...), na hipótese de crime permanente, do dia em que cessa a permanência (art. 111, III, do Código Penal)"* (Reale Júnior, Miguel. *Instituições de direito penal* cit., p. 272).

Ainda no tocante ao atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP, quanto ao debate da situação jurídica do paciente, a fundamentação adotada pelo STF vai no sentido do reiterado entendimento da impossibilidade de trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* se não evidenciada de forma inequívoca a falta de justa causa.

Não obstante o entendimento supra seja por vezes utilizado de forma indevida pelos Tribunais, para se furtarem ao exame objetivo do suporte probatório que sustente a acusação – exame este que é permitido e cabível em sede de *habeas corpus* –, no caso em análise, verifica-se que tanto a decisão guerreada como o acórdão da Suprema Corte ratificam o recebimento da denúncia com base em elementos indiciários que lastreariam a acusação em tela: a participação do paciente teria sido indicada em depoimentos colhidos nos autos, sendo ele o responsável pela contratação de caseiro e tendo determinado a realização de diversas intervenções em área de preservação permanente. Da mesma forma, a área de preservação permanente teria restado caracterizada por laudos periciais oficialmente produzidos nos autos.

Nesse sentido, as instâncias de admissibilidade da denúncia e de sentença de mérito não se confundem e exigem do Magistrado densidades cognitivas distintas. Conforme aponta **Daniel Gerber** *"(...) a prova de um fato, no que tange ao juízo de admissibilidade de uma acusação, não é a mesma prova a que se refere o juízo condenatório. Pelo contrário, poder-se-ia trabalhar, aqui, com dois distintos e complementares conceitos, quais sejam o de probabilidade e certeza. (...) somente poderá se erguer um processo-crime em desfavor de um cidadão – impondo-lhe, pois, a 'pena processual necessária' – se a acusação, quando do oferecimento de sua exordial, 'ancorar sua pretensão sobre uma probabilidade positiva', passo este que, na prática, se traduz na existência de um 'mínimo lastro probatório a ancorar prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos' – ou, dito em bom português, um mínimo conteúdo probante que permita identificar a narrativa do Ministério Público como provável"* ("Habeas corpus" e a justa causa para a ação penal: sobre a vinculação entre a denúncia e os elementos objetivos de convicção do Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 178, p.13-14, set. 2007).

Portanto, verifica-se na decisão ora analisada uma correta avaliação pelo STF sobre o mínimo conteúdo probante discutido na impetração, entendendo-se que a denegação da ordem foi devidamente motivada e com amparo em uma análise dos elementos constantes dos autos de origem e objetivamente indicados na decisão.

Caroline Braun
Mestranda em Processo Penal pela USP.
Advogada.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execução Penal. Destruição de patrimônio da humanidade. Falta disciplinar grave. Perda dos dias remidos. Princípio da responsabilidade pessoal. Ausência de prova da autoria. Nulidade dos atos decisórios.

"1. É ilegal a aplicação de sanção de caráter coletivo, no âmbito da execução penal, diante de depredação de bem público quando, havendo vários detentos num ambiente, não for possível precisar de quem seria a responsabilidade pelo ilícito. O princípio da culpabilidade irradia-se pela execução penal, quando do reconhecimento da prática de falta grave, que, à evidência, culmina por impactar o status libertatis do condenado. 2. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para anular o reconhecimento de falta grave, que teria sido perpetrada em 15 de abril de 2008, e seus consectários legais." (STJ – 6.ª T. – *HC* 177.293 – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 24.04.2012 – public. 07.05.2012 – Cadastro **IBCCRIM 2800**).

Pesquisador: Matheus Silveira Pupo

Anotação: Eis aqui um bom exemplo de que uma efetiva *"jurisdição de liberdades ou garantias"*, muito apropriada ao ensejo do *remédio heroico*, não pode compactuar com soluções fáceis, alcançadas ao arrepio dos mais comezinhos princípios inerentes ao universo penal, ferindo, em última instância, o *justo processo*, enquanto instrumento inexorável para a realização e prevalência da justiça.

A questão servida ao debate, objetivamente, cinge-se à *convalidação* das chamadas *sanções coletivas*, assim definidas enquanto tais como as respostas cominadas a um conjunto delimitado de pessoas, pelo simples fato de estarem em um mesmo lugar, em determinado momento e diante de iguais circunstâncias, abdicando-se da apuração do comportamento individual de cada uma.

Aqui, enfim, louve-se a postura do acórdão cotejado, peremptoriamente desprezando o que se tem como uma autêntica saída de conveniência: *"na falta de condições para apurar adequadamente um fato relevante, punam-se a todos pela omissão de evitar o episódio ou denunciar"*.

Prestigiou-se, enfim, a legalidade estrita, em seu sentido mais intrínseco. Deixou-se de lado, por outra banda, a consideração de que a execução da pena é uma mera *relação especial de poder* entre a administração penitenciária e o preso, ignorando, inclusive, que há patrimônio jurídico a ser respeitado em favor daqueles submetidos ao sistema prisional.

Evidentemente que o aresto tem outras virtudes, sobressaindo-se por categorizar a importância da *jurisdicionalização* do processo de execução, na medida em que afirma ser o princípio da *culpabilidade* ainda caro e estar presente em qualquer procedimento contemplado, para dele repercutir efeitos que levem à imposição de alguma censura e justifique a restrição de direitos.

Pois o "âmbito disciplinar" em meio ao universo penitenciário, senão como uma importante ferramenta de controle de homens e mentes, ainda continua a ser a forma por meio da qual se dissemina uma das maneiras mais eficientes para impor a *autoridade* administrativa a qualquer custo. Isto é, "a ameaça de sanções disciplinares no ambiente carcerário", normalmente, é o *instrumento de contenção* mais perverso e sorrateiro contra aqueles que estão submetidos ao já opressor

e degradante meio prisional.

O acórdão, com absoluto rigor técnico, prima pelo reconhecimento de que aqueles que se encontram privados de sua liberdade e sob a custódia do Estado, nem por isso estão desprovidos do reconhecimento de direitos. Indo mais além: consigna-se, inclusive, que os agentes estatais não têm, por essa mera condição de funcionários públicos, alforria para se esquivarem do estrito cumprimento da lei.

Em outras palavras, deu-se vazão à *"demanda por efetividade da ordem constitucional e proteção concreta aos direitos fundamentais, que devem ser mais que ornamentos de uma ordem apenas formalmente democrática para adquirir a dimensão promocional, própria do direito moderno, numa relação dialética com os fatos sociais"* (Cintra Jr., Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal – O contraditório e a ampla defesa. *RBCCrim*, n. 9, 1995, p. 115-132).

A *jurisdicionalização* da execução penal, nesse particular, ganha contornos e importância, notadamente repercutindo o papel do Poder Judiciário nesse contexto.

Por meio dela, a *necessária* revisão de atos administrativos não pode significar uma análise asséptica de procedimentos e rotinas carcerárias, dispondo-se a convalidar séria e incontornável prática de ilegalidade, como se a atividade judicial ao longo da execução penal fosse meramente episódica e não permanente. A chancela, no mais das vezes, a procedimentos administrativos viciados, seja quanto à forma, seja quanto ao conteúdo, repercute muito gravemente sobre a individualidade de cada sentenciado, pondo por terra todos os escopos e finalidades perseguidas pela execução penal.

Decididamente, não há como se defender de imputações genéricas.

Acusações vazias de conteúdo, sem a individualização da conduta, atentam contra o primado da responsabilidade pessoal e subjetiva, enquanto própria também dos procedimentos disciplinares, pois enseja o absurdo de se admitir que uma censura ou uma punição estejam dissociadas de um comportamento voluntário.

No caso analisado, detentos que estavam sendo transportados foram acusados de danificarem uma viatura do Estado. Mais especificamente, *"tela de proteção de uma das lâmpadas do corredor direito da viatura oficial foi danificada"*. E da inocorrência de quem *haja assumido*, individualmente, a prática, todos foram levados a suportá-la e admiti-la, em absoluto descompasso com a realidade.

O entendimento consagrado no acórdão, felizmente, tem a virtude de por cobro à lida de presunções, num contexto que não pode tolerar conjecturas, senão prova consistente de autoria. Porém, mais agudamente, até certo ponto alimenta uma prática cruel, tão comum ao claustro, de que *"os mais fracos devem se responsabilizar por toda e qualquer ruptura da normalidade intra muros"*. Não havendo "culpados", forjados ou não, "todos devem pagar".

Sim, efetivamente sabe-se que em meio prisional, subjugados pela força ou pelo próprio ambiente, há aqueles que sucumbem à evidente exploração do homem pelo homem. Mas nem por isso há como se prestigiar confissões, reconhecendo faltas disciplinares, cuja consistência probatória é quase nenhuma.

Assegurar direitos a quem privado de sua liberdade, não se trata de uma concessão, um privilégio ou mesmo uma regalia. Tratá-lo como se menos direitos tivesse ou, mesmo os tendo, aquilatá-los como os provendo de uma qualidade inferior, é tão ou mais grave que negar-lhes prerrogativas não afetadas, diretamente, pelo comprometimento do *status libertatis*.

Por fim, louve-se no acórdão, inclusive, a superação do vetusto adágio de que um *habeas corpus* não se presta à análise probatória. Ledo engano! Quando essa prova já vem preconstituída e está consolidada, afigura-se absolutamente válida a discussão dos efeitos inerentes a uma ponderação distorcida de todo um acervo não mais sujeito a modificações, algo que não só repõe a legalidade ao seu grau de importância, como ainda o próprio instrumento à condição de autêntico limitador de abusos contra a liberdade individual.

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Mestre em Processo Penal pela USP.
Doutorando em Direito Penal e Ciências Políticas pela Universidade de Barcelona.
Juiz de Direito em São Paulo.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Direito Penal. Descaminho. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo. Denegação de apelação.

"1. É entendimento jurisprudencial que a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/1995 não se aplica ao crime de descaminho, tendo em vista a manifesta incompatibilidade entre a natureza deste e dos delitos tidos como fiscais. O bem jurídico tutelado no crime de descaminho, além de abranger o interesse da Fazenda Pública em ver o tributo recolhido, protege também a Administração Pública no que diz respeito à incolumidade do regime de importação e exportação que integra o sistema de desenvolvimento econômico do País. 2. A Lei 9.249/1995 é taxativa ao estabelecer no *caput* do art. 34 a extinção da punibilidade do agente que promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, apenas em relação aos crimes definidos na Lei 8.137/1990 e na Lei 4.729/1965, não podendo, por isso mesmo, ser aplicado ao delito de descaminho previsto no art. 334 do Código Penal. E, ainda que se pudesse efetivar esta analogia *in bonam partem*, como quer a ora apelante, depende ela que tenha sido efetuado o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, o que, efetivamente, não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Na espécie, o conjunto fático-probatório evidencia a perpetração do delito previsto no art. 334, *caput*, do Código Penal, com a finalidade de aproveitamento econômico das mercadorias, posto que a ré revenderia as mercadorias com ela apreendidas, não prosperando a alegada atipicidade da conduta por ela perpetrada, e restando inquestionáveis a presença dos elementos subjetivos e objetivos do tipo penal em análise. 4. Não se mostra cabível a aplicação do princípio da insignificância na hipótese dos autos, por isso que, sendo as mercadorias pertencentes à recorrente à época dos fatos avaliadas em R$ 22.650,00 (vinte dois mil, seiscentos e cinqüenta reais), segundo o Laudo de Exame Merceológico, os tributos incidentes sobre esse valor não são inferiores a R$ 10.000,00 (dez mil reais), portanto, considerados significantes, conforme dispõe o art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004. 5. '(...) A primariedade e os bons antecedentes não vinculam o magistrado a fixar a pena-base no mínimo legal, se outras circunstâncias do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu (...)'." (TRF 1.ª R. – 4.ª T. – AP 0001862-08.2005.4.01.3802 – rel. **Márcio César Ribeiro** – j. 15.05.2012 – public. 28.05.2012 – Cadastro **IBCCRIM 2802**)

Pesquisador: Renato Silvestre Marinho

Anotação: Cuida-se de recurso de apelação criminal interposto no TRF 1.ª Reg., contra sentença da Justiça Federal de Minas Gerais que condenou a ré à pena de um ano e quatro meses de reclusão, em regime aberto, substituída por penas restritivas de direito, pela prática de crime de descaminho, previsto no art. 334 do CP. De acordo com o relato constante do acórdão, a ré teria sido surpreendida com posse

de mercadorias estrangeiras sem nota fiscal, em ônibus proveniente de Cuidad del Este, Paraguai, tendo confirmado, em depoimentos, que as mercadorias seriam revendidas em feira de importados em Brasília/DF.

Na apelação, entre outros pedidos, os advogados da ré requereram, preliminarmente, a decretação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, mediante interpretação extensiva da regra do art. 34 da Lei 9.249/1995.

A 4.ª Turma do TRF 1.ª Reg., por votação unânime, negou provimento ao recurso, sustentando, em relação ao pedido acima, a inaplicabilidade do art. 34 da Lei 9.249/1995 ao delito de descaminho, seja porque o mencionado dispositivo aludiria apenas às Leis 8.137/1990 e 4.729/1965, sem fazer menção a qualquer dispositivo do Código Penal, seja porque o delito de descaminho não teria natureza exclusivamente tributária, na medida em que também tutelaria o bem jurídico Administração Pública.

A nosso entender, o Tribunal pecou ao não reconhecer que, a despeito da ausência de menção expressa ao art. 334 do CP na previsão do art. 34 da Lei 9.249/1996, o pagamento do tributo até o recebimento da denúncia conduz à extinção da punibilidade também do delito de descaminho.

Dois são os motivos que nos conduzem a tal entendimento: de um lado, a consideração do bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho; de outro, a análise do próprio art. 34 da Lei 9.249/1996, que remete à Lei 4.729/1965, a qual, em seu art. 5.º, confere nova redação aos delitos de descaminho por equiparação.

Em relação ao bem jurídico tutelado pelo descaminho, com visto, o Tribunal sustentou não se esgotar na arrecadação fiscal, como ocorreria nos crimes tributários, mas abranger a própria Administração Pública, na medida em que o regime de importação e exportação integraria o sistema de desenvolvimento econômico do país.

A tentativa de se forjar um bem jurídico mais amplo para o delito de descaminho, que vá além da tutela do Erário, tende a ser motivada por dois fatores: (i) a topografia do art. 334, sob o título XI "Dos crimes contra a Administração Pública"; e (ii) a má-técnica legislativa, responsável pela reunião de duas figuras distintas em um mesmo dispositivo: o contrabando e o descaminho.

Tais fatos, no entanto, não alteram a natureza tributária do descaminho, que nada mais é que a sonegação de tributos devidos em razão das atividades de importação e exportação.

Assim, necessário reconhecer que *"o elenco dos crimes contra a ordem tributária não se esgota no rol da Lei 8.137/1990, sendo possível encontrar alguns tipos penais tributários também no Código Penal"* (Barros, Adriana Pazini de. Natureza tributária do crime de descaminho. *Boletim IBCCRIM*, n. 187, jun. 2008, p. 8).

Até pouco, nossos tribunais superiores vinham se manifestando no mesmo sentido da decisão ora criticada, negando a possibilidade de aplicação da regra do art. 34 da Lei 9.249/1995 ao descaminho, a exemplo dos acórdãos proferidos no *HC* 43.591/SP e no *HC* 46.643/PR, da 5.ª e da 6.ª Turmas do STJ, respectivamente.

Essa postura foi rompida no julgamento do *HC* 48.805/SP, de relatoria da Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Em seu voto vencedor, a ministra sustentou que a não aplicação do art. 34 da Lei 9.249/1995 ao delito de descaminho representaria *"uma quebra lógica do sistema, haja vista que a opção político-criminal da eximente é-lhe plenamente aplicável"*.

Demonstrando que os delitos fiscais não são apenas aqueles previstos na Lei 8.137/1990, a Ministra recorreu à disciplina da Lei 10.684/2003 que, em seu art. 9.º, § 2.º, estendeu o benefício da extinção da punibilidade pelo pagamento aos crimes previdenciários, previstos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal (Silva, Robson Antonio Galvão da. Extinção da punibilidade pelo pagamento de tributo no crime de descaminho e o julgamento do *HC* n. 48.805. *Boletim IBCCRIM*, n. 180, nov. 2007).

A ausência de expressa menção ao art. 334 do CP pelo art. 34 da Lei 9.249/1995 tampouco justifica o entendimento manifestado no acórdão em análise. É que o mencionado dispositivo alude à Lei 8.137/1990 e também à Lei 4.729/1965, que introduziu em nosso sistema penal os chamados *crimes de sonegação fiscal*.

Embora a mencionada Lei tenha sido derrogada por diplomas posteriores, segue em vigor seu art. 5.º, responsável pela atual redação do § 1.º do art. 334, em cujas alíneas *c* e *d* se preveem figuras equiparadas ao descaminho.

Com efeito, esses delitos previstos no § 1.º do art. 334 do CP estão expressamente abrangidos pelo instituto do art. 34 da Lei 9.249/1995, consoante já teve a oportunidade de afirmar o próprio STF, no julgamento do *HC* 85.942/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux.

Se é assim, não restam dúvidas de que haveria *quebra lógica do sistema* ao se admitir a extinção da punibilidade apenas em relação a algumas das modalidades de descaminho previstas no art. 334 do CP, uma vez que a Lei 4.729/1965 não alterou a disciplina do *caput* do mesmo dispositivo.

Sem nenhuma objeção ao recurso à *analogia in bonam partem*, parece-nos que a razão estava com os apelantes ao pleitearem a necessidade de *interpretação extensiva* do mencionado art. 34 da Lei 9.249/1995 em favor da ré. Afinal, havendo expressa previsão de aplicação da eximente às figuras equiparadas ao descaminho, não cabe entendimento diverso para o *caput* do art. 334 do CP.

Por fim, com relação ao momento do pagamento do tributo, considerando que os fatos se deram em 07.08.2003, na vigência, portanto, da Lei 10.684, de 30.05.2003, a qual possibilitou o pagamento a qualquer tempo como forma de extinção da punibilidade, também se equivocou o acórdão ao afirmar que, fosse permitido o pagamento – e é –, deveria ter se dado até o recebimento da denúncia.

Mariana Tranchesi Ortiz
Mestre em Direito Penal pela USP.
Doutoranda em Direito Penal pela USP.
Advogada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Direito Processual Penal. Cerceamento de defesa. Constrangimento ilegal. Defesa em causa própria. Lesão a direito líquido e certo.

"O paciente, que é advogado, tem direito líquido e certo de, no âmbito da ação penal que lhe é movida, constituir outro; nem pode o MM. Juiz nomear, de ofício, advogado dativo. Se o advogado constituído não apresentava, embora intimado, as alegações finais, insistindo no requerimento de diligências, bastante que, somente para oferecer as alegações, fosse nomeado um causídico. Entretanto, o MM. Juiz, de ofício, desconstituiu o mandato, ou seja, rescindiu o contrato firmado entre o paciente e seus Advogados (...). É nítida a violação do direito líquido e certo do paciente, que resultou em cerceamento de defesa. (...)" (Ementa não oficial) (TJSP – 3.ª Câm. Crim. – *HC* 0301128-02.2011.8.26.0000 – rel. **Fernando Simão** – j.08.05.2012 – public. 14.05.2012 – Cadastro **IBCCRIM 2801**)

Pesquisador: Thales Cavalcanti Coelho

Anotação: Trata-se de acórdão da c. 3ª Câmara de Direito Criminal do e. Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Desembargador Fernando Simão, decorrente do Habeas Corpus nº 0301128-02.2011.8.26.0000, da Comarca de Taquaritinga, por sua 1ª Vara Judicial, sendo paciente G. G. A. e impetrantes C. A. M. e T. C. C..

Os advogados impetraram *HC* alegando constrangimento ilegal *"em razão de indeferimento de substituição de testemunha de defesa e nova oitiva da corre; declará-lo indefeso, com a intimação para constituição de defensor e indeferimento para atuação em causa própria, e por fim foi proferida a sentença sem a juntada dos memoriais da defesa"*.

A c. 3ª Câmara de Direito Criminal do TJ/SP conheceu da impetração e afastou a alegação de nulidade referente à substituição de testemunha sob o fundamento de que é matéria para ser analisada no âmbito do apelo. No entanto, quanto à matéria relativa à nulidade da r. sentença proferida sem alegações finais, entendeu-se que deveria ser apreciada porque *"o paciente está sofrendo constrangimento ilegal evidente"*.

Em suma, entendeu o órgão julgador que o paciente, por ser advogado, tem direito líquido e certo de apresentar sua defesa ou constituir outro defensor se aquele contratado não apresenta as alegações finais embora intimado para tanto. A autoridade coatora, porém, *"de ofício, desconstituiu o mandato, ou seja, rescindiu o contrato firmado entre o paciente e seus Advogados (fls. 74)"*.

Nomeados defensores dativos em substituição, esses se recusaram, com razão, a apresentar as alegações finais, motivo pelo qual, sem elas, a sentença foi lançada e o réu condenado, encontrando-se em prisão domiciliar. Daí a decisão unânime para anular o processo desde *"a decisão que nomeou Advogado dativo para substituir o constituído, oficiando-se, com urgência, à douta Defensoria Pública do Estado de São Paulo para indicação de Defensor exclusivamente para o oferecimento das alegações finais de mérito, com eventual preliminar relativa ao indeferimento dos requerimentos de diligências"*.

A decisão é correta e invoca algumas questões relevantes.

A primeira delas diz com a posição do Ministério Público, no sentido do não conhecimento da impetração. Ora, tal matéria invoca um problema seriíssimo referente ao lugar que ocupa o *HC*, hoje, no sistema processual de regência, ou seja, aquele inquisitório. Como sabem todos, a falência do sistema recursal no processo penal levou à substituição dos recursos pelo *HC*, com todos os riscos daí decorrentes. Foi necessário, porém, porque se não pode, dentre outras coisas, mas, principalmente, esperar os trâmites dos recursos se o princípio da presunção de inocência não é tomado na sua devida extensão constitucional e, assim, corre-se o sério risco de se ter uma nulidade escancarada – como no caso em comento – e o réu preso em face do processo nulo. Portanto, a via escolhida pelo e. STJ – e a partir dele outros tribunais do país – de redução do objeto do *HC*, parece inconstitucional e injusta porque faz recair nos ombros dos réus/pacientes o desatino provocado pela incompatibilidade dos sistemas do CPP com a CR. Os tribunais não julgam porque negam a jurisdição; e os réus sofrem porque, noutro lado, não se respeita a extensão da presunção de inocência. A solução, no caso, é a mudança do sistema, mas ela só poderá ser levada a sério se as premissas do PLS 156/09 forem adotadas.

A segunda questão diz com o lugar do devido processo legal e da ampla defesa – em especial da defesa técnica – em um processo penal que respeite a CR. As regras do art. 5º, LIV e LV são autoaplicáveis e do conhecimento de todos, logo, não há como se invocar o CPP contra elas sem o cometimento de uma notável heresia jurídica. O problema, porém, é histórico.

Com mais de quinhentos anos de inquisição é sintomático que a cultura inquisitorial cobre um preço absurdo, mormente quando em jogo estão questões de poder. O nascimento do sistema inquisitorial que temos – nascido como puro no seio da Igreja Católica, como se sabe – fez desaparecer aquilo que Bulgaro havia chamado de *actus trium personarum*. E não foi pela superação do juiz; muito menos do réu que, ali, tornou-se objeto de averiguação. O que se cortou – para retornar tão só bem mais tarde e sem encobrir aquele ocupado pelo juiz – foi o órgão de acusação. Suas funções já não eram necessárias dentro do contexto, mormente porque os juízes poderiam cumprir perfeitamente o papel. E assim se fez.

Doutra parte, ao réu – mantido no sistema como pecador – não se poderia negar a defesa técnica, nem que fosse só para justificar o sistema, mesmo porque a participação dela se dava em um espaço totalmente desprestigiado, ou seja, quando a decisão, em geral, já estava tomada. À defesa técnica, por isso, foi-se construindo uma cultura de que funcionava – e funciona – como um empecilho. Está-se, como se percebe, diante de uma distância imensa daquilo que prescreve a CR, mormente no ponto em que se adotou a doutrina de uma decisão que se vai forjando a partir do contraditório.

Ora, fazer viva a CR é imprescindível se se quer um processo penal democrático, com as consequências que daí decorrem, dentre elas a de que se não tem outra via processual possível que não aquela nela descrita e, portanto, que a defesa é injunção legal e imprescindível na construção de decisões adequadas. Tudo, portanto, que negue a via constitucional cria um vício ao ato processual, ao qual se deve cominar a nulidade devida, ou seja, aquela absoluta.

Eis por que, hoje, não se admite sequer para uma discussão coerente a possibilidade de se pensar serem as alegações finais "úteis, mas não necessárias", como sugeria a doutrina brasileira, inclusive categorizada. Eram, por certo, outros tempos. Assim, a mudança de posição dos tribunais – exigindo a apresentação de alegações finais consistentes – não foi por acaso. Deve-se, porém, criar uma cultura em tal direção, ou seja, de que ela está dentro de um movimento de constitucionalização do processo penal, algo salutar para a democracia do país. Afinal, as regras de processo penal não são boas nem más, no sentido de proteger interesses. São regras do jogo. O resto fica por conta dos aplicadores que – eles sim – podem ser democratas ou justiceiros, tudo fazendo certo que estes não chegam onde prometem e, por certo, empeçam a realização da Constituição.

Eis, então, por que a decisão da c. 3ª Câmara de Direito Criminal do TJ/SP andou bem ao anular o processo em análise. Por evidente, se os advogados constituídos não apresentam as alegações finais conforme determinado em face do rito, faz-se imprescindível tomar a atitude correta para que o réu indique outro patrono que o faça ou, se tiver condições postulatórias, que o faça só. Depois, a Defensoria Pública pode ser a solução. Não se pode conceber, porém, a sentença, sem que elas tenham vindo aos autos para iluminá-la. Sendo a ampla defesa pressuposto do processo, até o CPP ofereceria solução técnica para a falta dela, ou seja, a sentença não teria como expressar o relatório e, assim, faltar-lhe-ia requisito essencial.

O vital, porém, é se cumprir as regras, começando por aquelas constitucionais. Sem isso nunca se terá uma cultura democrática no processo penal.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Doutor pela *Università Degli Studi di Roma*.
Professor Titular de Direito Processual Penal, na UFPR.
Advogado.