

ISSN 1808-3161

21

Revista do Ministério Público de Alagoas

Janeiro / junho 2009



21

Revista do Ministério Público de Alagoas
Coleção
Direitos & Deveres

Revista do Ministério Público de Alagoas

CONSELHO EDITORIAL

SÉRGIO ROCHA CAVALCANTI JUCÁ

Procurador de Justiça / Diretor da ESMP/AL

STELA VALÉRIA SOARES DE FARIAS CAVALCANTI

Promotora de Justiça / Secretária Executiva da ESMP/AL

CLÁUDIO JOSÉ BRANDÃO SÁ

Promotor de Justiça / Secretário de Planejamento da ESMP/AL

EDUARDO TAVARES MENDES

Procurador-Geral de Justiça

EDUARDO BARROS MALHEIROS

Procurador-Geral de Justiça Substituto

FRANCISCO JOSÉ SARMENTO DE AZEVEDO

Corregedor-Geral do Ministério Público

ANTIÓGENES MARQUES DE LIRA

Corregedor-Geral Substituto

LUIZ DE ALBUQUERQUE MEDEIROS FILHO

Diretor do 1º Centro de Apoio Operacional

GERALDO MAGELA BARBOSA PIRAUÁ

Diretor do 2º Centro de Apoio Operacional

Capa: João Luiz Maia

Fotos: Assessoria de Comunicação do Ministério Público de Alagoas

Projeto Editorial: Antonio Carlos Marques da Silva

Catalogado na fonte – Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central – Divisão de Tratamento Técnico

Revista do Ministério Público/Alagoas/ Ministério Público de
Alagoas, Universidade Federal de Alagoas. Centro de
Ciências Jurídicas - CJUR.- N. (JAN./JUN. 2009) -.-
Maceió : MPEAL : UFAL/CJUR
1999-
n.

Semestral

1. Direito - Periódico. 2. Legislação - Periódico

ISSN 1808-3161

CDU: 34(051)

Colégio de Procuradores de Justiça

Eduardo Tavares Mendes
Antônio Arecippo de Barros Teixeira Neto
Fábio Rocha Cabral de Vasconcellos
Eduardo Barros Malheiros
Luciano Chagas da Silva
Luiz Barbosa Carnaúba
Francisco José Sarmiento de Azevedo
Geraldo Magela Barbosa Pirauá
Sérgio Rocha Cavalcanti Jucá
Walber José Valente de Lima
Lean Antônio Ferreira de Araújo
Antiógenes Marques de Lira
Dilmar Lopes Camerino
Dennis Lima Calheiros
Vicente Félix Correia
Artran de Pereira Monte
José Artur Melo

Conselho Superior do Ministério Público

Eduardo Tavares Mendes
Francisco José Sarmiento de Azevedo
Lean Antônio Ferreira de Araújo
Luciano Chagas da Silva
Geraldo Magela Barbosa Pirauá
Antiógenes Marques de Lira
Vicente Félix Correia



Sumário

Apresentação	9
PARTE I Homenagem ao Dr. Carlos Alberto Torres	13
PERFIL DO HOMENAGEADO	15
Artigo CONSIDERAÇÕES SOBRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA Carlos Alberto Torres	17
Peças processuais	27
EMBARGOS INFRINGENTES – ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DE DENÚNCIA	29
HABEAS CORPUS – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO	34
APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ESTELIONATO	37
CORREIÇÃO PARCIAL – TRIBUNAL DO JÚRI DA CAPITAL	39
AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA EXERCIDA PELO ESTADO DE ALAGOAS ATRAVÉS DE SUA PROCURADORIA GERAL	43
APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA	46
APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TORTURA	50
APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DE PIAÇABUÇU	54
HABEAS CORPUS PREVENTIVO – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA	57
HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE – FATO NÃO ABRANGIDO PELA LEI Nº 6.368/76	60
HABEAS CORPUS – EXCESSO DE PRAZO NÃO JUSTIFICADO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA	63
HABEAS CORPUS – CRIMES DE ESBULHO, DANO QUALIFICADO ENTRE OUTROS PRATICADOS POR INTEGRANTES DO MST	66
PARTE II DOCTRINA	69
A PRATICIDADE, CELERIDADE, EFICIÊNCIA E ECONOMIA DO PROCESSO PENAL, VIS A VIS A AUDIÊNCIA TELEPRESENCIAL DO PRESO	
Cintia Calumby da Silva Coutinho	71
DO DIREITO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR PARES HOMOAFETIVOS	
Danielli Gomes Lamenha e Silva	83
PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL: SUA IMPOSSIBILIDADE DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	
Fábio Rocha Carnáuba	115

À SOMBRA DO CRIME AMBIENTAL: UM PERFIL JURÍDICO-SOCIOLOGICO DOS ILÍCITOS AMBIENTAIS NO BRASIL	123
Juliana de Oliveira Jota Dantas	
CRIME DE ESTUPRO E A VÍTIMA: A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NA APLICAÇÃO DA PENA	135
Lívy Ramos Sales Mendes de Barros	
Alline Pedra Jorge-Birol	
A ATRIBUIÇÃO DE NOMES DE "PESSOAS VIVAS" A LOGRADOUROS E OBRAS PÚBLICAS	157
Marcus Rômulo Maia de Mello	
JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DA COMARCA DE MACEIÓ	177
Silvana de Almeida Abreu	
Karina Barbosa Franco	
PARTE III PRÁTICA FORENSE	213
AÇÃO PROTETIVA EM CASO DE ANENCEFALIA	215
Alexandra Beurlen	
AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS	222
Denise Guimarães de Oliveira	
NOTIFICAÇÃO RECOMENDATÓRIA n.º 001/2009	232
Flávio Gomes da Costa Neto	
Karla Padilha Rebelo Marques	
RELATÓRIO E VOTO NO PROCESSO DE PROMOÇÃO POR MERECIMENTO – CSMP/AL	234
Antiógenes Marques de Lira	
ANEXO: VOTO – DECISÃO INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO DO CONSELHO NACIONAL DO MP	240
Paulo Freitas Barata	
AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INTERDIÇÃO DE DELEGACIAS – PCEAP	252
Flávio Gomes da Costa Neto	
Jamil Gonçalves Barbosa	
Karla Padilha Rebelo Marques	
VOTO DIVERGENTE – PELA HOMOLOGAÇÃO DE ARQUIVAMENTO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	273
Vicente Félix Correia	

APRESENTAÇÃO

Honra-me representar o Ministério Público de Alagoas, essa Instituição democrática que já se firmou como defensora incansável da sociedade, lutando diuturnamente pela manutenção da ordem jurídica, pela garantia dos direitos fundamentais e pela probidade administrativa.

Imbuído deste sentimento de júbilo e na esperança de contribuir para a formação profissional de ávidos leitores, apresento-lhes mais este exemplar da Revista do Ministério Público de Alagoas, periódico que se consolidou ao longo do tempo como veículo de divulgação da produção científica da nossa Instituição e dos profissionais das mais variadas áreas do direito.

Esta publicação vem a lume como resultado do esforço coletivo da equipe de redação, coordenada pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP/AL), à frente da qual labora a inteligência privilegiada do procurador de Justiça Sérgio Jucá. A sinergia de vontades dos membros da equipe transforma todo desafio em manancial de oportunidades que fazem o empreendimento crescer e avançar em busca de novos desafios e de outras conquistas.

O melhor sistema para superar dificuldades de gestão consiste no trabalho em grupo, realizado com base no respeito e na confiança recíproca entre todos que dividem tarefas comuns. Faço desse sistema uma filosofia de vida e uma teoria da administração pública, porque sempre colhi excelentes resultados no compartilhamento de idéias e de decisões de interesse pessoal ou institucional. Formada a equipe, imbuídos todos os seus integrantes dos mesmos ideais de construção e progresso, nada mais poderá deter a marcha do tempo, que se abrirá para a colheita dos frutos do trabalho.

Tudo depende, evidentemente, de coordenação e projeto consistente de médio e longo prazos. O nosso Ministério Público está se preparando para ingressar na era do planejamento estratégico, uma exigência da administração contemporânea. Afirmar em outra oportunidade que o presente e o futuro tendem a ser cada vez mais diferentes no mundo globalizado, de modo que as instituições vão se modificando rapidamente, franqueando-se a novas possibilidades e impondo aos administradores a abertura de horizontes nunca antes imaginados. Não podemos ser surpreendidos — volto a dizer — pela dinâmica dos tempos cibernéticos, porque a postura de alheamento submete as organizações à perda de oportunidades e, mais adiante, à obsolescência.

Desejamos ver nossa Revista imersa na dimensão desses novos tempos.

A edição anterior compilou todos os números já editados, brindando a comunidade jurídica alagoana com uma Edição Especial, com a finalidade de demonstrar a evolução do pensamento jurídico desta Instituição ao longo de mais de dez anos de publicação. Neste nº 21, a Revista inova mais uma vez, prestando justa homenagem ao Dr. Carlos Alberto Torres, procurador de Justiça recentemente aposentado, que se dedicou ao estudo do Direito Penal e prestou os melhores serviços ao Ministério Público, contribuindo para o engrandecimento do *Parquet* e para a promoção da paz social.

A primeira parte da Revista reservou-se ao homenageado. Nela consta uma pequena parcela do seu brilhante trabalho, demonstrando notável saber e grande experiência profissional, conquistados em mais de 30 anos de produção intelectual, anexando pareceres ofertados em casos rumorosos nos quais atuou de forma firme, equilibrada e justa.

Na segunda parte encontrar-se-ão artigos e peças processuais encaminhados pelos colaboradores deste número: procuradores e promotores de Justiça, servidores, estagiários do

Ministério Público de Alagoas e advogados, selecionados de forma criteriosa pelos membros do Conselho Editorial e Diretores da ESMP/AL.

Espero que todos os trabalhos que fazem parte desta Edição Especial nº 21, em homenagem ao Dr. Carlos Alberto Torres, possam contribuir para a pesquisa de estudantes de Direito, profissionais e demais interessados nas letras jurídicas.

Boa leitura!

EDUARDO TAVARES MENDES

Procurador-Geral de Justiça de Alagoas



PARTE I

**HOMENAGEM AO
Dr. CARLOS ALBERTO TORRES**



PERFIL DO HOMENAGEADO

Carlos Alberto Torres é um notável Procurador de Justiça, ora aposentado e competente professor de Direito Penal. A vida. Aguabranquense nascido em 29 de agosto de 1937, descende de linhagem pobre, sendo bisneto de Joaquim Antônio de Siqueira Torres, o Barão de Água Branca. Submeteu-se aos estudos iniciais em sua terra natal, vindo para Maceió em 1950 onde prestou exame de admissão no antigo Colégio Diocesano, onde ficou internado por dois anos. Posteriormente, foi residir na cidade de Rio Largo, onde terminou o curso ginásial estudando no Ginásio Municipal Judith Paiva, após o que iniciou o curso científico no Colégio Guido de Fontgaland, em Maceió, não chegando a concluir tal curso pois, com a morte do pai, teve que logo trabalhar, retornando a Água Branca em 1960. Iniciou a sua vida laboral no início do ano de 1956, trabalhando algum tempo na firma comercial Guedes de Paiva & Cia Ltda, de onde logo saiu para trabalhar na firma americana Haney and William Driling Co., contratada pela PETROBRAS para perfuração de poços de petróleo, participando da perfuração do primeiro poço de Alagoas que produziu o mineral, localizado no Tabuleiro dos Martins, em Maceió. Em 1958, foi contratado pela PETROBRAS, sendo enviado para Salvador a fim de fazer o Curso de Especialista em Perfuração de Poços de Petróleo, juntamente com muitos outros colegas de vários estados, formando-se em segundo lugar no curso, passando então a ser Sondador Auxiliar, entretanto, por insatisfação com as condições de trabalho deixou a empresa retornando à sua cidade natal. Ali casou-se com sua atual esposa Maria de Sá Torres, Professora Estadual, sua conterrânea, isto em 1962, surgindo da união cinco filhos. Em 1966, após diversos cursos de treinamento para o ensino de matemática, prestou Exame de Suficiência na Faculdade de Filosofia da Universidade Federal de Alagoas, obtendo registro de professor desta matéria no MEC, ensinando por 12 anos no Ginásio e depois no Colégio Normal Barão de Água Branca, além de trabalhar na Prefeitura Municipal, de onde foi escriturário e Secretário Geral. Em 1962, submeteu-se a concurso público pelo DASP para o cargo de Agente de Estatística do IBGE, sendo aprovado em 9º lugar, entretanto, sobreveio a Revolução de 1964, sendo suspensas todas as nomeações para o serviço público, só sendo nomeado em julho de 1966, ficando no IBGE por 16 anos. Em 1972, foi

transferido de sua cidade natal para Delmiro Gouveia e depois em Atalaia. Nesta Cidade, fez o Curso de Técnico de Contabilidade e, em 1975, provavelmente inspirado na carreira de seu avô, Miguel Arcanjo de Siqueira Torres, que foi o primeiro Juiz de Direito da Comarca de Água Branca, bem como de seus primos, eméritos Procuradores de Justiça José Enaldo Torres Baltar e Hélio Luna Torres, prestou vestibular para a Faculdade de Direito do CESMAC, sendo aprovado em primeiro lugar, recebendo o grau de bacharel cinco anos depois. No exercício imediato, foi aprovado, como sétimo colocado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça, sendo nomeado Promotor de Justiça Substituto em 30 de junho de 1982 e, como tal, atuou nas promotorias de Paulo Jacinto, Capela, Atalaia e Viçosa, titularizando-se na Promotoria de Justiça de Mata Grande, em 09 de abril de 1983, um mês depois foi voluntariamente removido para a Promotoria de Colônia Leopoldina. Dois anos após foi promovido por merecimento para a Promotoria de Justiça de Porto Calvo de 2ª entrância. Em 26 de maio de 1988, novamente avançou na carreira, alcançando em virtude de seus méritos a 12ª Promotoria de Justiça da Capital, de 3ª entrância. Nesta comarca de Maceió, esteve em ação durante sete anos, atuando junto ao único Tribunal do Juri da época, participando de aproximadamente duzentos julgamentos, atuando ainda, cumulativamente, como Promotor das Execuções Penais da Capital. Em outubro do mesmo ano, foi designado Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, onde permaneceu por algum tempo. Já em 02 de agosto de 1994, passou a integrar a Assessoria Técnica do Procurador-Geral. Depois, em 30 de março de 1995, foi promovido, por merecimento, para o cargo de Procurador de Justiça, passando a atuar, por delegação, nos processos de competência do pleno do Tribunal de Justiça. Uma vez integrado à cúpula do *Parquet*, em dezembro de 1996 galgou o honroso cargo de Procurador-Geral de Justiça Substituto, onde permaneceu por mais de oito anos, cumulando com a Procuradoria de Justiça Criminal, quando, em agosto de 2007, prestes a completar 70 anos, aposentou-se, mesmo assim, continua prestando serviços ao Ministério Público como Assessor Técnico de Procurador. Ativo, simples e capaz, exerce ainda o magistério superior, sendo professor de Direito Penal da Faculdade de Direito do CESMAC, desde janeiro de 1990, e por vezes, tem exposto suas idéias e conhecimento através da publicação de artigos e pareceres no jornal e revista Ministério Público e no periódico *Custos Legis* da Ampal – Associação do Ministério Público de Alagoas.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA¹

Carlos Alberto Torres

Promotor de Justiça

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As fases da individualização. 3. A cominação da pena. 4. A aplicação da pena. 5. A execução da pena.

1. Introdução

Um dos assuntos que sempre me preocupou diz respeito à aplicação da pena e sua individualização, como imperativo (art. 5º, XLVI, C.F.). Hoje, por força de minha atuação profissional como órgão do MP das Execuções Penais da Capital, onde tenho oportunidade de analisar inúmeras sentenças penais condenatórias oriundas das mais diversas comarcas do Estado, é que notei como o tema, pela sua complexidade e subjetivismo, se constitui em verdadeiro problema, nem sempre solucionado a contento pelos nossos julgadores, principalmente levando-se em consideração que o ato final de irrogação da pena, por atingir principalmente um dos maiores bens juridicamente tutelados que é a liberdade, exige grande reflexão, técnica e senso de justiça.

2. As fases da individualização

Inicia-se o processo de individualização da pena através da sua cominação, onde o legislador determina a sanção em proporção à ofensa ao bem jurídico tutelado, dentro de uma escala de valores atribuída a cada bem, segundo a sua importância dentro do contexto social, passando para o segundo momento que é o da aplicação, onde atua o Judiciário, para se chegar ao momento final, o da execução, onde atuam em conjunto o Poder Executivo e o Poder Judiciário, momento este previsto no art. 5º da Lei de Execução Penal, onde se diz que “os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. Infelizmente, esta determinação legal não vem sendo cumprida na

¹ Artigo publicado no periódico **Justiça em Ação do Ministério Público do Estado de Alagoas** em janeiro de 1992, ano I, n.º I.

prática e o que vemos são os condenados, primários ou reincidentes, apenados com reclusão ou detenção, cumprindo pena no mesmo local, em celas coletivas abarrotadas, vivendo em condições sub-humanas, não se chegando a “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, conforme previsto no art. 1º da citada Lei de Execução, como finalidade da mesma.

3. A cominação da pena

Com relação ainda ao primeiro momento, o da cominação, teceremos algumas considerações de natureza histórica, importantes para se chegar ao entendimento do processo hodierno.

No direito penal antigo, a cominação da pena era totalmente indeterminada, tendo o juiz total arbítrio na sua aplicação. Eram elas aplicadas para cada crime segundo os caprichos dos vetustos e sanguinários juizes da época, atingindo principalmente os desprotegidos da sorte e os inimigos do rei. Como diz o mestre HUNGRIA, em seus comentários ao art. 1º do Código Penal, “na Idade Média permitiu-se o **“plenum arbitrium”** dos juizes. Foi a idade de ouro das penas arbitrárias. Ao juiz só era vedado, quando muito, excogitar uma espécie nova de pena. E ao lado do arbítrio do juiz ainda havia o arbítrio do rei...”

Com o advento das idéias libertárias da Revolução Francesa e o conseqüente aparecimento do movimento jurídico-filosófico denominado de ILUMINISMO, onde despontaram grandes vultos do Direito Penal, na esteira do pensamento liberal de MONTESQUIEU e RUSSEAU, tais como BECCARIA e o grande CARRARA, dando origem à famosa ESCOLA CLÁSSICA, houve grande reação contrária às penas arbitrárias da época, surgindo, a partir daí, o sistema de cominação totalmente determinado. As penas eram estabelecidas pelo legislador em graus mínimo, sub-mínimo, sub-médio, médio, sub-máximo e máximo, bem como as circunstâncias influenciadoras do quantum da pena, vinham estabelecidas na lei em quantidades fixas, não deixando praticamente ao juiz nenhum arbítrio quando da sua aplicação, reduzindo-o a mero calculista de penas. Este, o sistema adotado por nós no Código Penal de 1890 com a eclosão da República, vigorando até o advento do atual Código em 1940.

Foi este sistema de cominação também combatido pelos integrantes da ESCOLA POSITIVA, em que o CRIME deixou de ser a

figura principal do Direito Penal, o famoso Ente Jurídico da Escola Clássica e o HOMEM surgiu como elemento preponderante da relação jurídico-penal. Não poderia mais o crime, à luz do positivismo, ser tratado apenas como mero fenômeno jurídico e sim como fenômeno jurídico, social, cultural e biológico. Em consequência, a cominação não mais devia ser totalmente determinada, pois em cada crime existem fatores endôgenos e exôgenos que devem ser analisados pessoalmente pelo juiz no momento da aplicação da resposta penal ao delinquente. Assim, deste estado de coisas vigorantes num passado próximo é que surgiu o sistema de cominação relativamente determinado, conciliando o pensamento das duas grandes Escolas Penais, a Clássica e a Positiva, desembocando no nosso atual Código Penal, recentemente reformado, porém com o mesmo sistema de cominação. Os crimes são apenados segundo a ofensa ao bem jurídico tutelado, numa escala de valores atribuída para cada bem jurídico, determinando o legislador o **quantum** da sanção cabível ao crime, dentro de uma faixa variável entre um valor mínimo e máximo de pena aplicável. Daí porque a Parte especial do Código Penal começa com o crime que ofende o maior bem juridicamente tutelado, que é a vida humana, estabelecendo o legislador, para o tipo simples de HOMICÍDIO, a pena variável entre seis e vinte anos de reclusão, dando ao julgador uma larga margem de opções na escolha da pena aplicável ao caso concreto, não significando isto que a pena escolhida seja mero arbítrio do juiz, porém discricionariedade responsável e justificada, segundo os parâmetros e critérios em lei estabelecidos.

4. A aplicação da pena

Este assunto, isto é, o da aplicação da pena ao caso concreto, é o que passarei agora a abordar. É o momento do Judiciário, o mais importante para nós do MP que somos os agentes do Poder Público legalmente interessados em concretizar o JUS PUNIENDI estatal.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, que mudou toda a sistemática da aplicação da pena, deixava o juiz de ser aquele mero calculista acima referido, surgindo, à falta de explicitação legal, duas correntes metodológicas que debatiam o tema, defendidas pelos grandes juristas Nelson Hungria e Roberto Lira. O primeiro defendia a aplicação da pena em três fases, isto é, devia o juiz inicialmente encontrar uma pena-base, trabalhando com as denominadas circunstâncias judiciais, aquelas do art. 42 do CP, atual art. 59, para em

seguida fazer incidir sobre a pena encontrada as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e, finalmente, aplicar sobre o valor encontrado na segunda fase, as causas de aumento ou diminuição em quantidades fixas previstas tanto na parte geral como na parte especial, tais como a redução pela tentativa, pela semi-imputabilidade, pela participação de menor importância, pelo homicídio privilegiado, ou aos aumentos previstos para a participação em crime mais grave que o pretendido quando houver previsibilidade, homicídio culposo por inobservância de regra técnica de profissão etc.

Já Roberto Lira defendia a aplicação da pena em somente duas fases, quais sejam: Na primeira fase, o juiz, trabalhando com as circunstâncias judiciais e com as circunstâncias legais, em conjunto, aplicaria a pena-base para, em seguida, fazer incidir as causas de aumento ou diminuição previstas tanto na parte geral como na parte especial do Código, já acima descritas. Caso não houvessem estas causas não seria necessária a pena-base e a pena encontrada na primeira operação seria a definitiva. Criticava-se este método porque, segundo os estudiosos, não permitia ele, na maioria das vezes, conhecer como o juiz tinha chegado àquela pena, ficando o processo de individualização sepultado na sua mente. Já o método de Nelson Hungria, atendia ao princípio constitucional da individualização da pena, tornando explícito para o condenado como e porque tinha ele recebido aquela resposta penal, permitindo-se o exercício da plenitude da defesa e satisfazendo a regra também constitucional de que as decisões da justiça devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Este preceito vem agora claramente prescrito no art. 93, inciso IX, da atual Constituição Federal, onde se determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e FUNDAMENTADAS AS DECISÕES, SOB PENA DE NULIDADE...” (grifei). Lamentável, entretanto, é ver que alguns juízes, quando aplicam a pena, limitam-se a trazer fórmulas estereotipadas, tais como “atendendo às circunstâncias do art. 59 do Código Penal” ou outras desse tipo, esquecendo-se justamente do imperativo constitucional acima apontado.

Voltando porém ao método de Nelson Hungria, é de se comentar que antes da reforma penal de 1984, já o Supremo Tribunal Federal se inclinava pelo mesmo. Com a reforma, eis que o legislador consagrou o referido método, adotando-o no art. 68 da Nova Parte Geral do Código Penal, onde se prescreve:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuadas e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Faremos agora uma abordagem prática da aplicação da pena segundo a metodologia adotada pelo atual Código Penal.

Para facilidade de raciocínio, deve o juiz inicialmente encontrar o ponto médio entre o máximo e o mínimo. Tomemos como exemplo o homicídio simples cuja pena varia de 6 a 20 anos de reclusão, cujo ponto médio é 13, resultante da soma do máximo com o mínimo, dividido por dois. Após este cálculo auxiliar, surgirão duas faixas, uma entre 6 e 13 e outra entre 13 e 20. A partir daí, deverá o juiz fazer uma análise das circunstâncias do art. 59, levando em conta as finalidades da pena, a retribuição, e a prevenção, fazendo um juízo sobre o passado, no sentido de reprovar o crime e para o futuro, no sentido de preveni-lo, através da ressocialização do criminoso. Assim, verificando e analisando as circunstâncias judiciais, se forem elas favoráveis ao delinqüente, isto é, é primário, bons antecedentes, o motivo não foi dos mais reprováveis à consciência social, as conseqüências dos crimes foram de menor importância, a vítima de algum modo contribuiu para o evento e etc., o juiz escolherá a pena-base na primeira faixa, entre seis e treze, podendo, no caso de serem totalmente favoráveis as circunstâncias do art. 59, aplicar desde já a pena-base no mínimo legal e, a medida que observa o juiz que há circunstâncias desfavoráveis ao agente, gradativamente deve a pena ir sendo elevada até o limite da primeira faixa, isto é 13 anos, neste caso, haveria um equilíbrio entre as circunstâncias favoráveis e as desfavoráveis e o juiz aplicaria a pena-base como sendo a pena média. Por outro lado, se as circunstâncias desfavoráveis ao réu suplantarem as favoráveis, a pena-base será aplicada na segunda faixa, entre 13 e 20, podendo chegar até a coincidir com a pena máxima, caso as circunstâncias judiciais do art. 59, lhe forem totalmente desfavoráveis.

Este processo, entretanto, não poderá ficar sepultado na mente do juiz, tendo ele obrigação constitucional de fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade.

Após esta primeira fase, caso existam agravantes ou atenuantes legais deverá o juiz aumentar ou reduzir a pena-base, desde que esta não tenha sido aplicada no máximo ou no mínimo, não podendo nesta fase

serem ultrapassados os limites previstos na lei, mesmo existindo atenuantes ou agravantes. Exemplificando: vamos supor que num caso de homicídio, o juiz analisando as circunstâncias judiciais do art. 59, decida desde logo aplicar a pena-base no mínimo legal, isto é, 6 anos de reclusão, verificando posteriormente que existe uma atenuante obrigatória, qual seja a menoridade (art. 65, I, CP). Mesmo assim, como a lei não determina o **quantum** da redução, não poderá o juiz estabelecer a pena abaixo do mínimo, só podendo aplicar a redução se a pena-base houver sido estabelecida acima do mínimo legal. O mesmo se diz com relação às agravantes. É de se registrar que alguns juristas, em especial o Dr. James Tubenchlak, juiz no Estado do Rio de Janeiro, defende a aplicação abaixo do mínimo nesta fase, com o que não concordo, pois não é dado ao juiz descumprir o disposto na lei. A acatar este entendimento, não necessitaria o legislador cominar a pena para cada crime, deixando tudo ao critério do julgador. Seria o retorno ao Direito Penal arbitrário da Idade Média. Reconheço, entretanto, que em alguns casos concretos a aplicação da pena, dentre as quantidades cominadas, leva a injustiça, admitindo-se, excepcionalmente, esta prática, logicamente com a devida fiscalização e anuência do M.P. (vide Súmula 231, STJ).

Faço esta ressalva porque é sabido que o legislador não pode prever todas as situações fáticas e circunstâncias que envolvem uma ação delituosa, cabendo ao juiz humanizar o Direito e mais, buscar o seu ideal que é a consecução da JUSTIÇA, não se desprezando o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde se determina que “na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Voltando à segunda fase da aplicação da pena, é de chamar a atenção ao disposto no “caput” do art. 61 do Código Penal, uma vez que a circunstância agravante que qualificar o crime ou constituir elemento do tipo penal, não poderá ser novamente utilizada, pois caracterizaria o denominado “bis in idem”. Exemplificando: Suponhamos que foi cometido homicídio qualificado pelo motivo fútil ou torpe. Neste caso, nesta segunda fase não poderão estas circunstâncias serem novamente utilizadas para agravar a pena. Da mesma maneira, no caso do infanticídio, a circunstância de ter sido o crime praticado contra descendente (art. 61, II “e”) não poderá ser utilizada para agravar a pena, pois constitui elemento do tipo. Deve-se entretanto chamar a

atenção para o fato de que entende a doutrina que havendo duas circunstâncias qualificadoras, por exemplo: matar de emboscada por motivo torpe, uma delas serve como qualificadora e a outra serve como agravante.

Outro fato que deve ser chamado atenção é o de que, dentre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, também constam os motivos do crime. Pergunta-se poderia o juiz considerar qualquer motivo na análise das circunstâncias judiciais? Evidentemente que não, somente serão considerados os motivos que não forem agravantes legais ou qualificadoras. Por exemplo: matar por ciúme, por "amor", por vingança, nos casos em que a vingança não for considerada motivo torpe, pois é de se lembrar que a vingança nem sempre poderá ser assim considerada, muitas vezes, dependendo do caso concreto, poderia até ser uma atenuante e até uma dirimente de culpabilidade para a consciência social. Qual o júri que condenaria o pai que, por vingança, matasse a estuprador de sua filhinha de apenas 7 anos ou 8 aos de idade? Acredito que aqui no Nordeste, nenhum.

Finalmente, quando da aplicação das agravantes ou atenuantes, pode ocorrer que haja concurso dessas circunstâncias, resolvendo o Código, neste caso, com a preponderância das circunstâncias de natureza subjetiva ou pessoal sobre as circunstâncias de natureza objetiva, conforme disposto no art. 67 do Código Penal.

É bom lembrar que no rol das circunstâncias elencadas neste artigo como preponderantes não consta a da menoridade, entretanto, esta circunstância é daquelas que integram a personalidade do agente, sendo considerada a de maior peso, preponderando inclusive sobre a reincidência, pois se trata de circunstância pessoal, de natureza biológica. O agente nesta faixa etária encontra-se ainda no período de formação de sua personalidade, acabando de sair da inimputabilidade onde era inatingível pela Lei Penal, justificando-se assim o tratamento penal mais benigno.

Uma outra questão a ser analisada, no tocante ao uso das agravantes e atenuantes, diz respeito ao **quantum** da redução atribuída a cada uma destas circunstâncias. A lei é omissa, devendo o juiz agir com prudência, prevalecendo o bom senso e também o fato de que não poderão ser ultrapassados os limites legais, bem como não deverá o aumento ou a diminuição ser superior ao número encontrado como pena

base, pois a circunstância agravante ou atenuante é secundária. Assim, ainda no caso de homicídio simples, com pena variável de 6 a 20 anos, caso o juiz aplique a pena-base de 8 anos de reclusão, constatando uma agravante, por exemplo a reincidência, não poderia ele agravar a pena em 10 anos tornando-a definitiva em 18 anos de reclusão. Embora a pena estivesse dentro dos limites legais, seria um absurdo lógico que o secundário tivesse mais valor que o principal.

Assim, por uma questão de isonomia, poderá o juiz adotar como quantidade a ser aumentada ou diminuída, uma fração variável entre $1/6$ a $1/3$ da pena-base, desde que estes valores não ultrapassem os limites das penas cominadas. Uma boa técnica seria a de que a agravante ou atenuante não poderia ultrapassar os limites das faixas onde se encontra a pena-base, a não ser que a pena-base coincida com a pena média. Exemplificando: A pena base no caso de homicídio simples foi calculada em 10 anos, isto é, na faixa, entre 6 e 13 anos. Assim, se houvesse agravantes, a pena ficaria no máximo em 13 anos, nesta segunda fase e, no caso de atenuante, o limite seria o mínimo, isto é 6 anos. O mesmo ocorreria se a pena-base estivesse na segunda faixa, entre 13 e 20 anos. Se houvesse agravante poderia a pena ir ao máximo e se ao contrário houvesse atenuante, o mínimo ficaria em 13 anos.

Concluída a segunda fase de aplicação da pena, deve o juiz passar para a terceira fase, caso existam causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Geral ou na Parte Especial. Estes aumentos ou reduções estão previstos em quantidades fixas e são de aplicação obrigatória, mesmo que a pena encontrada na primeira ou na segunda fase já esteja dentro dos limites estabelecidos na lei podendo, neste caso, ser definitivamente aplicada abaixo do mínimo legal ou acima do máximo. Para esclarecimento, daremos alguns exemplos:

Vamos supor que num concurso de agentes, em homicídios simples, quando da aplicação da pena do partícipe (aquele que não praticou diretamente o fato típico), o juiz atendendo às circunstâncias judiciais e legais aplicou a pena de 7 anos de reclusão, havendo o júri reconhecido que a participação foi de menor importância, na forma prevista no art. 29, § 1º do Código Penal, onde a pena poderá ser diminuída de um sexto a um terço, resolvendo o juiz reduzir o máximo, isto é, um terço. Assim, a pena definitiva será de 4 anos e 8 meses de reclusão, sendo abatido 2 anos e 4 meses, correspondente a um terço, ficando a pena definitiva abaixo do mínimo legal.

Interessante trazer aqui um exemplo de Nelson Hungria, qual seja, a pena mínima que pode ser aplicada no caso de tentativa privilegiada de homicídio, isto é, art. 121 § 1º, c/c, o art. 14, II, parágrafo único do Código Penal, neste caso, se o juiz aplicar a pena mínima de 6 anos para o homicídio consumado que é de 6 anos, deverá em seguida aplicar a redução do § 1º do art. 121, ficando a pena reduzida de um terço, portanto, 4 anos, em seguida aplicará a redução máxima de dois terços correspondente à tentativa, que corresponde a 2 anos e 8 meses, ficando a pena definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão, inclusive com direito a sursis.

Nos casos em que houver causas de aumento de pena, o procedimento será o mesmo, apenas com uma ressalva, existindo concurso de causas de aumento ou diminuição na Parte Especial, o juiz só poderá aplicar uma delas, isto é, a que mais aumente ou diminua, “ex vi” do art. 68, Parágrafo Único do Código Penal, regra esta que não deve ser obedecida quando estas causas estiverem em concurso na Parte Geral, onde são de aplicação obrigatória. Finalmente, é de se chamar a atenção que na existência de mais de uma causa de redução, a segunda redução deve ser em cima da pena que restou e não ambas em cima da pena base ou da pena encontrada na segunda fase, conforme exemplo acima dado, pois, se assim não fossem, haveria a possibilidade de se encontrar uma pena zero, o que é impossível. Para esclarecer, no exemplo dado por Nelson Hungria, se fossem somadas as duas reduções e abatidas da pena inicialmente encontrada, teríamos um terço da 1ª redução, mais dois terços da segunda redução, totalmente 3 terços, o que corresponde a um inteiro, ficando a pena zero.

5. A execução da pena

Este é o momento final da individualidade da pena. E o momento de concretização do **Jus Puniendi** Estatal. Não basta que o juiz imponha a pena ao infrator da lei penal, necessário se faz cumprir o que foi determinado na sentença penal condenatória, senão veria inócua a sua aplicação, como vimos aqui recentemente em nosso Estado, onde uma alta autoridade foi condenada por homicídio a 6 anos de reclusão, porém continua exercendo suas altas funções como se nada houvesse acontecido, sendo inclusive premiada com a Presidência do Órgão a que pertence. Fato desta natureza só é concebível num País como o nosso,

onde as leis são feitas para serem descumpridas e onde só o desprotegido da sorte sofre os rigores da lei.

Aqui tantas leis são elaboradas indiscriminadamente, distantes de nossa realidade socioeconômico-cultural, importadas de outras sociedades alienígenas, que se tornam inexecutíveis na prática. Existe em nosso país uma verdadeira inflação de leis e, tal como moeda, se desvalorizam a cada dia, uma vez que são descumpridas constantemente.

É o caso da nossa Lei de Execução Penal. Infelizmente, após 7 anos de sua vigência, a mesma não saiu do papel, sendo constantemente descumprida pelo próprio Estado que a elaborou.

Assim, porque na prática não vem sendo cumprida a individualização da Execução, pelo menos nesta unidade da Federação é que me abstenho de comentar o inexistente, encerrando aqui este modesto trabalho sobre a pena e sua individualização.

PEÇAS PROCESSUAIS
Dr. CARLOS ALBERTO TORRES

PARECER EM EMBARGOS INFRINGENTES

Nº DO PROCESSO: 98.000333-4

DA COMARCA DE: DA CAPITAL

EMBARGANTES: MANOEL FRANCISCO CAVALCANTE E OUTROS

EMBARGADO: PROMOTOR DE JUSTIÇA

P A R E C E R

Tratam os autos de Embargos Infringentes interposto tempestivamente pelos réus MANOEL FRANCISCO CAVALCANTE, JOSÉ LUIZ DA SILVA FILHO, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, CÍCERO FELIZARDO DOS SANTOS, EVERALDO PEREIRA DOS ANTONS, EDGAR ROMERO DE MORAIS BARRROS E VALDOMIRO DOS SANTOS BARROS, inconformados com a decisão constante do v. Acórdão n. 3.03/98, que manteve a **pronúncia** em relação a alguns e pronunciou outros que haviam sido impronunciados na primeira instância, pela morte do Delegado Ricardo Lessa, isto por ter havido voto divergente quando da decisão prolatada pela Eg. Câmara Criminal, conforme admite o art. 609, P. Único do CPP.

Como fundamento para os **embargos**, alegam os embargantes, em preliminar, a inépcia da **denúncia** pois a mesma não individualiza a conduta de cada acusado, exigência obrigatória quando se trata de concurso de pessoas, conforme é assente na doutrina e na jurisprudência. Enquanto que, no mérito, alegam que não existem provas, mesmo indiciárias, que levem à conclusão de que os pronunciados sejam realmente os autores dos crimes de homicídio praticados contra o ex-Delegado de Polícia Ricardo Lessa e do seu companheiro Antenor Carlota da Silva, fato ocorrido nesta Capital, no dia 09.10.91.

Inicialmente, com relação à alegada inépcia da denúncia, verifica-se, desde logo, a sua intempestividade, pois não foi arguida no momento oportuno, isto é, na defesa prévia ou nas alegações finais. Para aclarar, eis o que preleciona Damásio de Jesus sobre o assunto, em seu **Código de Processo Penal Anotado**, 13. ed., p. 277.

Inépcia da denúncia – oportunidade de alegação:

Na prévia, sob pena de intempestividade. Isso porque a arguição de nulidades deve ser feita na primeira oportunidade em que a parte fala no processo (TJSP, RT 534/346). O STF, contudo, considera duas oportunidades: defesa prévia e alegações finais (RT 538/464)

Realmente, segundo determina o art. 571, inc. I, tal alegação é admissível quando das alegações finais, *verbis*:

As nulidades deverão ser argüidas:

I – As da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o artigo 406.

Ora, o artigo 406 do CPP, refere-se à **Alegações Finais**, não havendo ali qualquer referência à inépcia da **denúncia**, como também não houve na **defesa prévia**, conseqüentemente ocorreu a **preclusão** relativamente a tal alegação, conforme estabelecido no 572, inc. I, do mesmo CPP.

Além do mais, como já foi observado no V. Acórdão atacado, os acusados, sem dificuldades, defenderam-se da acusação que lhes fora imputada, sendo princípio basilar a reger tal matéria, o de que, sem prejuízo, não se reconhece qualquer nulidade, princípio este insculpido nos art. 563 e 566 da Lei Adjetiva Penal.

O mesmo já dizia o mestre Francisco Campos em sua admirável Exposição de Motivos, o que não custa transcrever pela magnífica lição que traduz:

O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

Mais adiante, continua o ministro Francisco Campos:

Sempre que o juiz deparar com uma causa de nulidade, deve prover imediatamente à sua eliminação, renovando, ou retificando o ato irregular, se possível; mas, ainda que não o faça, a nulidade considerar-se sanada:

1. pelo silêncio das partes;
2. pela efetiva consecução do escopo visado pelo ato não obstante sua irregularidade;
3. **pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular** (destaquei).

Trata-se aqui, indubitavelmente, da aceitação do famoso brocardo francês: "*Pas de nullité sans grief*".

Por outro lado, nos dias de hoje, o rigorismo existente no passado de se exigir, sempre, a individualização das condutas dos co-autores, isto vem sendo abrandado pelos Tribunais com a finalidade de se evitar a impunidade, nos delitos executados em concurso de pessoas, onde se torna impossível destacar a conduta individual de cada participante, pois, muitas vezes são crimes praticados sem testemunhas e não se consegue através de outras provas definir a atuação de cada um. Em defesa deste ponto de vista, transcrevo algumas decisões de nossos Tribunais:

1. **Denúncia. Inépcia. Co-autoria.** Cerceamento de defesa não configurado. Denúncia apta, não se fazendo necessária a reclamada especificação das atividades dos co-réus, pois não sucederam, no caso, ações separadas, mas atuação uniforme dos agentes (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Galloti, DJU, 06.8.93, p. 14904).

2. Não é inepta a denúncia que, embora sintética, permite o exercício de ampla defesa. A descrição da co-autoria, sem particularizar a atuação dos acusados, é possível quando a natureza do crime e suas circunstâncias não permitem a individualização pormenorizada dos atos de cada um (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 09.5.94, p. 10885); apud **Jurisprudência Criminal do STF e do STJ**, de Alfredo de Oliveira Gracindo Filho, 3. ed., p. 5.

Ainda sobre o assunto, o mestre Damásio de Jesus, em seu **Código de Processo Penal Anotado**, 13. ed., p. 42, diz o seguinte, em consonância com o Supremo Tribunal Federal:

Se, entretanto, o inquérito policial não fornece elementos para a narração individualizada das condutas, não fica impedido o oferecimento da denúncia, segundo parte da jurisprudência (STF, RTJ 100/116 e 101/563).

Quanto à segunda alegação que diz respeito ao mérito, isto é, falta de provas para o embasamento da **pronúncia**, não é de ser a mesma acatada, pois, como é sabido e ressabido, para a prolação do **decreto de pronúncia**, não exige a lei uma certeza absoluta, bastando a **existência da prova do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor**, isto porque, tal decisão, de caráter interlocutório, não põe fim ao processo, condenando o réu, simplesmente admite a acusação,

encaminhando-o ao julgamento do seu juiz natural, o Tribunal do Júri, não sendo outro o entendimento jurisprudencial, senão vejamos:

1. O despacho de pronúncia é meramente declaratório e só diante de prova inequívoca é que o réu deve ser subtraído de seu juiz natural: o Tribunal do Júri (RT 479/364, rel. Armando Carneiro, TJPR).
2. Na pronúncia há inversão da regra procedimental **in dubio pro reo** para **in dubio pro societate**, em razão do que somente diante de prova inequívoca, é que deve o réu ser subtraído de seu juiz natural – o Júri (RT 465/539, TJPR, Rel. Lemos Filho).
3. Para a pronúncia a lei impõe a certeza do delito e a existência de indícios de que o réu concorrera para o mesmo. A lei não exige veemência de prova indiciária, **in dubio pro societate**. Somente em Plenário é que conforme os casos, vigora o **indubio pro réu**. A pronúncia não constitui um julgamento, mas um ato preventivo de preparação e segurança de ingresso na fase de julgamento final (TJSP, 2ª Câmara, Rec. 131.963, de 9.5.77, Rel. Bomfim Pontes), apud **JURI**, de Hermínio Alberto Marques Porto, 6. ed., p. 71/72.
4. Não perde, portanto, a pronúncia seu caráter de decisão de admissibilidade proferida no juízo de acusação. A sentença de pronúncia, escreve Frederico Marques, “**não é decisão de mérito e sim de caráter estritamente processual**” (A Instituição do Júri, vol. I, 229). Limita-se a declarar admissível a acusação para posterior julgamento pelo júri e daí por que, no tocante à autoria, contenta-se a lei com indícios suficientes. E sumário de culpa, preleciona João Monteiro, “**não é um processo integral ou completo de todos os elementos capazes de expurgarem a verdade de quaisquer vacilações ou incertezas, elementos que só em plenário podem reunir o máximo de intensidade material de perquirir e, portanto, critério seguro. A freqüentes naufrágios se arriscaria a Justiça, se a lei fizesse depender de convicção, quer dizer de prova plena, o ato provisório da pronúncia**” (Aplicações do Direito, p. 507) (TJSP, Rec. Crim. Rel. Des. Weiss de Andrade, RJTJSP 40/300), apud **JURI – Teoria e Prática**, de Adriano Marrey e outros, 3. ed., p. 468.

Quanto à análise dos indícios constantes destes autos, para não me tornar repetitivo e enfadonho pois já foram os mesmos exaustivamente analisados pelo Ministério Público, tanto na primeira como na segunda instância, incorporo a este parecer a Alegações Finais de fls. 1.212/1.254 e as Razões de Recurso de fls. 1.341/1.377,

da Promotoria de Justiça , ao tempo em que ratifico o parecer de fls. 1.420/1422, desta Procuradoria Geral de Justiça.

Assim, opino, finalmente, pela manutenção do V. Acórdão atacado.

Maceió, 8 de junho de 1998.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 00.001521-0

IMPETRANTE: ALZIRA MARIA PEDROSA COVCEVICH

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE JUNQUEIRO

PACIENTE: BENEDITO SILVA SANTOS

P A R E C E R Nº.....

Habeas Corpus. Réu preso. Alegação de excesso de prazo para conclusão da instrução criminal configurado, embora já se encontre o processo para alegações finais. Crime de furto de equínos. Art. 155, **caput**, do Código Penal. Pena mínima cominada de um ano já cumprida antecipadamente. Execução sem condenação é inadmissível. CF, art. 5º, LIV. Paciente acometido de doença grave. Razões humanitárias. Conhecimento e concessão da ordem.

Impetrou-se o presente *Habeas Corpus* em favor do paciente Benedito Silva Santos, o qual se encontra preso no E.P.S.L., acusado da prática de **furto de equínos**, desde o dia 12.11.99, alegando-se que tal prisão passou a se constituir em constrangimento ilegal face ao excesso de prazo para conclusão da Instrução Criminal, o qual, segundo a doutrina e a jurisprudência é de 81 dias, além de estar acometido de doença grave (tuberculose), tendo direito a responder o processo em liberdade e estar junto de seus familiares para se tratar.

Prestadas as *informações*, a autoridade apontada como coatora diz que o processo está com vistas ao promotor para as alegações finais, além do que é o paciente reincidente na prática de furto, juntando certidão onde se diz que existe outro processo, por furto, com denúncia recebida em 17.02.95, estando a ação aguardando cumprimento de pena, sem contudo explicitar qual a pena aplicada. Também não apresenta qualquer justificativa para tamanho atraso, confirmando, porém, a doença do paciente.

No caso presente, embora o entendimento jurisprudencial seja no sentido de que, estando o processo na fase de alegações finais, o excesso havido se tornou pretérito, desaparecendo o constrangimento ilegal, entendo, com a devida vênia, que o mesmo permanece, pois

estamos diante de um crime cuja pena mínima cominada é de apenas 1(um) ano (art. 155, **caput**, CP.), a qual é daquelas que poderiam, em tese, ensejar penas alternativas, suspensão condicional do processo, etc, medidas despenalizadoras, na esteira do pensamento político-penal que ensejou a edição das Leis 9.099/95 e 9.714/98.

Por outro lado, o paciente está preso há mais de 1(um) ano, já havendo cumprido a pena mínima cominada para o crime de furto simples e, mesmo que houvesse sido condenado ao dobro da pena mínima, já faria jus ao livramento condicional, pois já teria cumprido a metade de sua pena. Além do mais, está ele acometido de doença grave – **tuberculose**, admitindo a Lei de Execução Penal, em seu art. 117, II, que, em casos de doença grave, possa o condenado ser recolhido na própria residência, isto por questões humanitárias, questão esta que não foi olvidada pela Lei nº 9.714 de 25.11.98, quando estabeleceu o denominado **sursis humanitário**, alterando o § 2º, do art. 77, do Código Penal.

Antes de concluir, é bom evocar que o crime cometido pelo paciente, é daqueles que se encontra em fase de extinção, pois tanto o **ladrão de galinhas**, como o **ladrão de cavalos**, eram figuras constantes nos processos de antanho, isto é, até os meados do século XX, isto porque, o animal de montaria era o principal meio de transporte nos rincões deste imenso Brasil, enquanto que a **galinha**, pela sua relativa raridade, era prato de luxo, servido apenas nos dias de festa ou aos domingos. Com a produção em série de galináceos, popularizou-se o seu consumo, passando a ser o mais banal e econômico alimento de origem animal. Voltando aos eqüinos, no século passado, época retratada com muita insistência e propriedade pelo cinema americano, era, pelo menos no “**far west**” americano, dos crimes mais graves o furto de cavalos, muitas vezes levando ao **linchamento** do criminoso, geralmente com morte pelo enforcamento, pois naquelas plagas, o homem sem a sua montaria, na imensidão de terras semi-desertas e quase desabitadas, representava uma verdadeira calamidade pessoal. O mesmo ocorria aqui no Brasil. Velhos costumes desapareceram. Os tempos mudaram. Com a revolução industrial e o conseqüente surgimento e banalização dos veículos automotores, o alvo dos furtos e roubos passou a ser tais meios de transporte, a caminhão, o automóvel e as motocicletas. Hoje em dia, mesmo nos mais distantes municípios do Estado, como no caso, a minha terra, Água Branca, nos dias de feira,

não se vê mais qualquer matuto montado a cavalo, passando o meio de transporte a ser, primordialmente, as caminhonetes D-20, em profusão, atravancando a bela praça da matriz, seguidas dos automóveis e motos. Muitas motocicletas. Saudosos os tempos de minha infância, onde nas calçadas existiam argolões fixados com a finalidade de serem amarradas as montarias e, nos dias de feira, uma das rendas da Prefeitura era o Cercado de Animais, para onde eram todos conduzidos pelos fiscais municipais, cobrando-se uma taxa pelo “estacionamento”. Correspondiam aos atuais estacionamentos, onde pagamos para colocar em segurança nossos automóveis. Daí, porque, podemos dizer, que tanto o **ladrão de cavalos** como o **ladrão de galinhas**, são “animais” em extinção, e, deparando-me com um deles, vieram-me à mente estas reminiscências, as quais, me perdoe o ilustre relator, coloquei-as, talvez impropriamente, neste *habeas corpus*.

Por fim, concluindo e voltando ao assunto interrompido pelas digressões acima, podemos dizer que, o que aqui constatamos é execução sem condenação, o que contraria o art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Do exposto, opino pelo conhecimento e concessão da ordem.

Maceió, 17 de novembro de 2000.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador de Justiça

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 01.001623-6

Apelante: Sebastião Cristóvão Silva de Albuquerque

Apelado: Promotor de Justiça

PARECER Nº.....

Eminente Desembargador Relator

Tratam os autos de apelação criminal interposta pelo réu Sebastião Cristóvão Silva de Albuquerque, exercitada tempestivamente contra decisão que o condenou a 02 anos de reclusão pelo crime previsto no art. 171 (**Estelionato**), do Código Penal, o qual teria sido praticado quando da venda de um imóvel, sendo vítimas o Sr. Ascânio Gama Freires e sua esposa.

Alega o apelante, por seu advogado, que inexistiu o tipo penal em que foi condenado, pois o que ocorreu foi uma transação comercial, ou seja, a venda de um imóvel, onde a escritura não foi passada no prazo estipulado no contrato, isto por circunstâncias alheias à vontade do vendedor que passou por dificuldades financeiras, impedindo o cumprimento do que foi acordado, caracterizando, no máximo, ilícito civil, que teria como resultado o rompimento do contrato.

Em verdade, é de se constatar que, realmente, não restou configurado o crime de **estelionato** previsto no art. 171 do Código Penal e sim ilícito civil. Para comprovar basta fazer-se uma leitura da **denúncia** e, de logo, chega-se à conclusão que o fato ali descrito não tipifica o ilícito penal em que foi condenado o apelante. Eis o que narra a **denúncia**:

Versa a peça inquisitória acerca da prática delitiva capitulada como estelionato, onde o ora denunciado vendeu em 19 de abril de 1996, as vítimas Ascânio Gama Freires e sua esposa Argemira de Albuquerque Maranhão Freires, o imóvel residencial (apartamento) nº. 201, no Edf. Albuquerque, localizado à rua Germano Lopes, nº. 145, no bairro do Farol, n/município, e até a presente data não entregue a competente escritura (sic).

Como se pode notar, não restou configurada a tipicidade prevista no art. 171 do Código Penal, a qual exige, para sua configuração, o **dolo específico**, ou seja, **um especial fim de agir**, na linguagem legal,

“obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. A denúncia, em nenhum momento aponta tal especial fim de agir, nem qual o artifício utilizado pelo agente a fim de obter vantagem ilícita, além de não informar qual a vantagem ilícita auferida, sendo, conseqüentemente **denúncia inepta** por infringir o princípio da ampla defesa, a qual não deveria ter sido recebida, por falta de justa causa.

Por outro lado, dois Promotores que se pronunciaram posteriormente, inclusive o Dr. Maurício Pita, um dos mais brilhantes da Instituição, entendeu que não ficou configurado o crime de estelionato e sim mero ilícito civil, trazendo à colação a seguinte jurisprudência:

O fato de não honrar o contratante a obrigação assumida em compromisso de compra e venda, não configura, sequer em tese, o delito de estelionato, mas apenas ilícito civil, que dá ensejo à rescisão do contrato, com as conseqüentes perdas e danos, jamais, ao seu envolvimento em inquérito policial (TACRIM-SP-RHC – Rel. Silva Pinto – RT 612/346).

Também o Superior Tribunal de Justiça, em caso similar, assim já se pronunciou:

PROCESSUAL PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO. ILÍCITO CIVIL. PROCEDÊNCIA. Inadimplemento de negócio comercial constitui ilícito civil. Para que se configure em ilícito criminal faz-se necessária a caracterização dos elementos constitutivos do tipo penal descrito no art. 171 do código punitivo. No caso, a denúncia limita-se a descrever a impontualidade no cumprimento de um negócio comercial, sem indicar como o denunciado teria obtido para si ou para quem quer que seja vantagem ilícita, induzindo as vítimas em erro mediante algum meio fraudulento (STJ, RHC 3350/MG – 5ª Turma, Rel. Jesus de Costa Lima, DJU, 09.5.94, p. 10883), in JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO STF E DO STJ, 5. ed., p. 138, organizada por Alfredo de Oliveira Gracindo Filho.

Assim, opino pelo provimento do recurso, a fim de absolver o apelante do crime pelo qual foi injustamente condenado.

Maceió, 1º de março de 2002.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador de Justiça

PROCESSO DE: CORREIÇÃO PARCIAL

Nº NO TRIBUNAL: 01.001402-0

REQUERENTE: PROMOTOR DE JUSTIÇA

REQUERIDO: JUIZ DA 3ª VARA ESPECIAL CRIMINAL DA
CAPITAL- TRIBUNAL DO JÚRI

PARECER Nº.....

O Promotor de Justiça da 3ª Vara Especial Criminal dos Crimes Dolosos contra a Vida, inconformado com a decisão do Dr. Juiz da mesma Vara que indeferiu o requerimento de produção de prova testemunhal antecipada, previsto no art. 366 do CPP, ingressou com a presente Correição Parcial, face à ausência de recurso apropriado.

I. DA ADMISSIBILIDADE DA CORREIÇÃO PARCIAL:

Sobre o recurso utilizado, isto é, correição parcial, entendo que, no caso, não se pode conhecê-lo da mesma como Recurso em Sentido Estrito, nem pode ser tida como apelação, mesmo adotando-se o princípio da fungibilidade, pois tal decisão não é definitiva e nem tem força de definitiva, pois, em comparecendo o réu, serão ouvidas as testemunhas. Assim, em princípio, seria a decisão atacada, um despacho de mero expediente, do qual não cabe qualquer recurso, entretanto, é de se levar em consideração que a redação do art. 366 do CPP, é recente, obedecendo à Lei nº 9.271/96, portanto, muito depois de entrar em vigor o Código de Processo Penal, o qual não poderia prever tal possibilidade, isto é, a suspensão do processo pela revelia e a possibilidade de antecipação das provas consideradas urgentes, independentes daquelas previstas no art. 225.

Assim, a decisão que denega a oitiva de testemunhas, não pode ser atacada por recurso criminal pois não prevista expressamente a hipótese, nem se assemelha a qualquer das elencadas no art. 581 do CPP, não se admitindo, no caso, o elastério através de interpretação analógica, como é acatado pela jurisprudência, p. ex. , do não recebimento do aditamento da denúncia, ou da indevida suspensão do processo prevista no art. 366 do CPP, nos crimes praticados antes do advento da Lei 9.271/96, onde se deve aplicar, analogicamente, o art. 581, XVI, do CPP.

Ora, no caso em comento, não havendo recurso apropriado, nem se admitindo ampliação analógica, em princípio, inadmissível seria a Correição Parcial, pois também não está ela prevista em nosso ordenamento jurídico estadual, o que não ocorre em outros estados da federação, onde se admite tal modalidade de recurso em casos semelhantes, isto em sede regimental; entretanto, levando-se em consideração o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, bem como a norma do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (**A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito**), e o disposto no art. 3º do CPP, que admite a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, entendo cabível, no caso, o uso dessa modalidade de recurso, ou seja a **correição parcial**, uma vez que, é direito do Estado, através de seu Órgão Persecutor, o Ministério Público, pugnar pela aplicação do *jus puniendi* em juízo, cabendo-lhe o ônus da prova, conforme art. 156 do CPP, não podendo tal direito ser cerceado em detrimento da segurança e da paz social e em benefício da violência e da impunidade que, tal como praga, assola o país. No contexto é bom lembrar o que já dizia o sábio Montesquieu há duzentos anos atrás: *“Que se examine a causa de todos os relaxamentos, ver-se-á que ela vem da impunidade dos crimes”*.

Lembrar ainda que, recentemente, essa Câmara Criminal, em caso de denegação de oitiva de testemunha referida, admitiu e deu provimento a uma Correição Parcial, tendo como relator o seu ilustre Desembargador Orlando Manso.

II. DO MÉRITO:

Ora, é sabido que a prova testemunhal, colhida no Inquérito Policial e sem ter sido confirmada em juízo, não se presta, isoladamente, a embasar um édito condenatório, em virtude de não haver sido colhida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Consequentemente, considerando ser a prova testemunhal das mais relevante no Processo Penal, reconhecida desde remotas eras como **os olhos e os ouvidos da justiça** (Bentham); considerando ainda que, com o passar do tempo a mente humana tende a distorcer e modificar a realidade fática, chegando até ao total esquecimento dos detalhes importantes para a elucidação do evento, o que pode prejudicar não só a acusação como também o próprio réu e sua defesa; considerando finalmente que, em se tratando de crimes praticados na periferia das

grandes cidades, em favelas, ou onde existam trabalhadores temporários, como na época do corte de cana nas usinas de açúcar, onde há uma grande mobilidade populacional, se não forem ouvidas as testemunhas mais importantes, tal prova dificilmente será renovada em juízo, beneficiando indevidamente os infratores da lei penal, não tendo sido esta a finalidade da lei, a qual visou apenas impedir que haja a condenação sem que o réu tenha tomado conhecimento de que estava sendo processado, face ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual inclui o de **autodefesa**, traduzido pela sua presença nos atos processuais, seu interrogatório, etc.

Do acima exposto é que entendo ser urgente a oitiva de testemunhas quando da suspensão do processo pela revelia, não querendo isto dizer que todas devam ser ouvidas, devendo o Promotor apontar quais delas é mais relevante, por exemplo, a testemunha visual, a vítima, àquelas previstas no art. 225, do CPP, etc.

Relativamente à influência do decurso do tempo no depoimento de testemunhas, eis a lição de Paulo Heber de Moraes e de João Batista Lopes, no livro **DA PROVA PENAL – Teoria e Prática**, pág. 129, discorrendo sobre os fatores que influem no testemunho:

Por seu turno, o fator tempo é relevante, sabido como é que a testemunha, ao esquecer-se dos pormenores do fato, substitui-os por outros, para dar seqüência lógica à narrativa. Ou então, simplesmente, deixa de mencionar circunstâncias importantes, até mesmo por desconhecer sua relevância (v.g., se a ação do réu repeliu agressão injusta da vítima, atual ou iminente)".

Sobre o assunto assim já decidiu o STF, *verbis*:

A prova testemunhal deve ser qualificada como de caráter urgente, uma vez que o depoimento de **uma testemunha ocular**, além de sua relevância para o deslinde do caso, ocorre risco de fragilizar-se com o tempo, se transferido para data futura e incerta.(...) Sendo manifesto o interesse em colher a prova testemunhal o mais depressa possível, deve o juiz determinar sua produção antecipada logo que determinada a suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP, com redação dada pela Lei 9.271/96, até porque a demora poderá causar dano irreparável à sociedade (RT 743/632). (**destaquei**).

Também o STJ já decidiu que:

A produção antecipada de prova oral, mesmo na vigência da alteração introduzida pela Lei nº 9.271/96, é medida legalmente

facultada ao juiz, sendo inegável o seu caráter urgente, como definido no art. 92, do Código de Processo Penal (STJ – ROMS 7995/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 20.4.98, p. 108).

Quase no mesmo diapasão temos a seguinte decisão do TJSP:

Prova criminal. Testemunha. Produção antecipada. Art. 366 do Código de Processo Penal. Providência urgente. Caracterização. **Hipótese de crime doloso contra a vida.** Pedido deferido. Carta testemunhal recebida. Nos crimes dolosos contra a vida, em face da possibilidade da perda dos testemunhos, a produção antecipada de prova testemunhal, na forma do art. 366 do CPP, com a redação da Lei Federal nº 9.271, de 1996, é considerada urgente (**JTJ 194/303**). **Vide: CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO**, de Julio F. Mirabete, 7. ed., p. 800.

Já esse Tribunal de Justiça, enfrentando a questão, assim decidiu:

TJAL: Acórdão nº 3.132 :

A produção antecipada de prova é exceção, que só pode ocorrer se atendidas as exigências da lei. Pressupostos necessários à produção antecipada de prova indemonstrados. Recurso improvido, por unanimidade de votos. (destaquei).

Como se pode constatar, mesmo a decisão desse Egrégio Tribunal não foge ao entendimento por mim defendido e acatado tanto pelo STF, que considera urgente a oitiva das testemunhas visuais, nem foge daquele encampado pelo TJSP que pugna pela oitiva das testemunhas, nos crimes dolosos contra a vida, havendo receio de desaparecimento das mesmas.

Do exposto, opino pelo deferimento do pedido, em parte, isto é, para que aponte o Dr. Promotor de Justiça, qual ou quais testemunhas devem ser ouvidas, pois nem todas são imprescindíveis ao esclarecimento do fato, segundo nosso entendimento.

É o parecer, *sub censura*.

Maceió, 1º de agosto de 2002.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador de Justiça

AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA

Nº NO TRIBUNAL: 02.000710-8

QUERELANTE: ESTADO DE ALAGOAS

QUERELADA: JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

PARECER.....

1. Ação Penal Privada Subsidiária da Pública exercitada pelo Estado de Alagoas através de sua Procuradoria Geral. Inadmissibilidade. Parte ilegítima. Inteligência dos arts. 29, 31 e 38 do CPP.
2. Antecipação de tutela em ação ordinária suspensa através de decisão do Exmô. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça. Inexistência da tipicidade prevista no art. 315 do Código Penal. Arquivamento promovido pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça que deve ser mantido.
3. Queixa que não deve ser recebida.

Trata os autos de Ação Penal Privada Subsidiária da Pública promovida pelo Estado de Alagoas, através da Procuradoria Geral do Estado, contra a Dra. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, por crime previsto no art. 315 do Código Penal, isto por haver a Dra. Juíza concedido antecipação de tutela a funcionário público aposentado, com a finalidade de pagamento de proventos atrasados. Alega o querelante que a imputação de tal crime é previsão legal do art. 2º da Lei nº 5.021/66.

Esta Procuradoria Geral de Justiça já havia se pronunciado administrativamente pelo arquivamento entendendo não ter sido tipificado tal delito, pois a previsão da Lei 5.021/66, só se aplica em caso de Mandado de Segurança, enquanto que, no caso concreto, se trata de Ação Ordinária de Cobrança.

A Procuradoria Geral do Estado, alegando que a promoção de arquivamento foi intempestiva, exercitou a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.

Inicialmente, em preliminar, é de se alegar a falta de legitimidade ativa da Procuradoria Geral do Estado para ingressar com Ação Penal Privada, isto porque, só pode haver tal possibilidade e em se tratando de crime onde existe como vítima uma pessoa física, conforme se pode concluir da exegese do art. 31 do Código de Processo Penal, que assim reza:

No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Ora, o ESTADO, como ente jurídico, já tem o seu Órgão Persecutor que é o Ministério Público e seria inadmissível essa duplicidade de legitimados para a Ação Penal em se tratando do mesmo ente jurídico, além do que, em se tratando de peças informativas ou representação encaminhadas ao Procurador-Geral de Justiça, o prazo para o seu pronunciamento é de 30(trinta) dias, conforme dispõe o art. 27, parágrafo único, inc. III, da Lei Federal nº 8.625, de 12/02/93 e do art. 5º, parágrafo único, inc. III, da Lei Complementar Estadual nº 15/96, prazo este cumprido, pois foi determinado o arquivamento da representação, ou notícia crime, em 30.04.2002, enquanto que a mesma ingressou no MP no dia 27.03.2002, conforme se pode constatar às fls.20 dos autos.

Lembrar ainda que, se não houvesse o Estado de Alagoas se conformado com a determinação de arquivamento, o remédio jurídico se encontra também nas citadas leis, ou seja, art. 12, inc. XI, da Lei Federal 8.625/93 e art. 12, inc. XI, da Lei Complementar nº 15/96, que é o recurso para o Colégio de Procuradores, no prazo de 6 meses, conforme art. 8º, inc. XXII, do Regimento Interno do citado Órgão da Administração Superior do Ministério Público.

Ainda sobre a legitimidade no caso de ação penal privada subsidiária, eis o que diz o mestre Damásio de Jesus em comentário ao art. 100 § 3º do CP:

Ação penal privada subsidiária da pública(§ 3º)

Embora a ação penal continue de natureza pública, permite-se que o particular a inicie quando o titular não a propõe no prazo legal (Código Penal Anotado, pág. 306) – destaquei.

Sobre o mesmo assunto trago o escólio de José Antonio Paganella Boschi, Juiz de Alçada Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em seu livro **AÇÃO PENAL**, pág. 168, *verbis*:

Titular do direito de queixa na ação penal privada subsidiária é o ofendido ou seu representante legal (arts. 29 e 38 do CPP), e no caso de morte ou declaração judicial de ausência, por transferência, essa titularidade passa ao cônjuge, ascendente ou irmão (art. 31 do CPP). A Constituição Federal prevê a admissibilidade da ação privada nos crimes de ação pública, mas nada estabelece quanto à legitimidade. Desse modo, parece-nos que o propósito do legislador constituinte, inclusive reproduzindo os termos do art. 29 do CPP, não foi outro senão de preservar o sistema do Código, cujo art. 38 explicita quem detém a legitimidade ad causam: a vítima ou seu representante legal, e, no caso de morte, as pessoas relacionadas no art. 31.

Além do que, é relevante trazer à colação que nenhum prejuízo teve o Erário Estadual, uma vez que o remédio jurídico exercitado pelo Querelante obteve sucesso através da suspensão da Liminar concedida pelo próprio Poder Judiciário, através de seu ilustre Presidente. O que aqui se pretende é mera vindita, inadmissível de ser acatada, pois, tal sentimento, em se tratando de Direito Penal é só lembrança esmaecida, cujo eco ressoa já muito distante, perdido na escuridão dos tempos medievais.

Sobre este aspecto, o saudoso e insuperável mestre Nelson Hungria, assim também se manifestou no art. 98 do seu anteprojeto de Código Penal, sobre a supressão da Ação Penal Privada Subsidiária:

na prática, quase sempre deixa de atender ao interesse da Justiça, para somente servir a sentimento de vindita, quando não a objetivo de chantagem.

Assim, em preliminar, pelo não conhecimento da queixa por falta de legitimidade ativa do querelante, enquanto que, no mérito, pela sua não recebimento mantendo-se o arquivamento já determinado pelo Titular da Ação Penal, em virtude de ser o fato atípico.

Maceió, 12 de novembro de 2002.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador - Geral Justiça
Substituto

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003.000234-0

Apelantes: José Barbosa Nunes e Hermanes Soares Moraes Sarmento

Apelado: Ministério Público

PARECER Nº.....

Egrégia Câmara Criminal,
Eminente Desembargador Relator

Cuida-se de recurso de apelação, interposto pelos réus **José Barbosa Nunes e Hermanes Soares Moraes Sarmento**, contra decisão que os condenou, em nova sentença, a **11 e 14 anos de reclusão**, respectivamente, por **roubo qualificado e formação de quadrilha**.

Segundo consta dos autos, os apelantes tinham sido inicialmente condenados a **sete anos e dois meses de reclusão**, havendo recorrido da sentença, a qual foi anulada por essa Egrégia Câmara por reconhecer ser ela carente de fundamentação no tocante à pena aplicada, havendo o Dr. Juiz, quando da prolação da nova sentença agravado a situação anterior, aumenta-lhes a reprimenda legal, caracterizando a *reformatio in pejus* indireta, ferindo o disposto no art. 617 do CPP.

A representante do MP de primeiro grau, contra-arrazoando, opinou pela manutenção da decisão alegando que sentença anulada não produz efeitos e poderia o Juiz, em nova decisão, agravar a pena, citando decisão dessa Eg. Câmara Criminal nesse sentido.

Passo a opinar.

Com a devida vênia, ousou discordar da posição tomada pela colega Promotora respaldada em decisão dessa Eg. Câmara, pois, entendo, com apoio na jurisprudência dominante da maioria dos Tribunais do País, inclusive do próprio **Supremo Tribunal Federal** e da mais abalizada doutrina, das quais posteriormente trarei uma amostra, que não pode ser a pena agravada em nova sentença, mesmo sendo a primitiva anulada, principalmente atendendo a apelo exclusivo da defesa, exceto quando se tratar de anulação por incompetência absoluta do Juiz, o que não é o caso, ao contrário, a apelação inicial visava justamente anular a decisão por

falta de fundamentação da pena aplicada e, conseqüentemente, não poderia o Dr. Juiz, ao prolatar nova sentença, aplicar pena superior àquela anteriormente estabelecida. Considero tal procedimento injusto, ilegal, arbitrário e até mesmo inconstitucional, pois se utilizaram os apelantes do **direito à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes**(= art.5º, LV,CF) e, como conseqüência, foram prejudicados. É como se o Juiz, injuriado, dissesse aos apelantes:

Já que ousaram recorrer da sentença, agüentem as conseqüências de tão grande desrespeito e, como castigo, imponho-lhes uma maior reprimenda.

Isto é realmente inadmissível, daí, porque, nestes casos, assim já se pronunciou reiteradamente o **Supremo Tribunal Federal**, *verbis*:

1. STF: Réu condenado em sentença transitada em julgado para a acusação e que obteve a declaração de nulidade do processo através de hábeas corpus. Impossibilidade de nova sentença aplicar pena mais grave do que a fixada na sentença anulada. Incidência do princípio que proíbe a reformatio in pejus, regra integrada em nosso sistema processual. Aplicação dos arts. 3º, 617 e 626, parágrafo único, do C. P. Penal (RTJ - 74/654).
2. STF: Se a sentença condenatória é anulada em virtude de recurso do réu, a nova sentença não pode impor pena superior àquela anteriormente fixada. Precedentes (RT - 607/416).

Igual entendimento é esposado, como não poderia deixar de ser, pelo maior e mais respeitado Tribunal de Justiça do País, ou seja, o **Tribunal de Justiça de São Paulo**, bem como pelo seu **Tribunal de Alçada Criminal**:

- 1 - TJSP: Sendo a sentença anulada, de maneira alguma a nova condenação pode gerar ao réu maior gravame quando somente ele recorreu. Dessa forma a pena imposta na sentença anulada torna-se o máximo em que o réu poderá vir a ser condenado no novo julgamento (RT 609/295).
- 2 - TACRSP: Ao proferir nova sentença condenatória e determinar sanção mais elevada do que a imposta em decisão anulada, em julgamento de recurso da defesa, ofendeu-se de forma indireta o art. 617 do CPP, porque o acesso à manifestação do Tribunal decorreu de medida processual exclusiva do réu (RT 735/597), in **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANOTADO**, de Júlio F. Mirabete. 7. ed., p.1336.

Já a notável jurista Ada Pellegrini Grinover e outros, em seu conhecido livro **“RECURSOS no Processo Penal”**, 2. ed., p. 47/48, após tecer algumas considerações sobre o assunto diz o seguinte:

No entanto, atualmente o entendimento é tranqüilo na jurisprudência brasileira.

Nem sempre foi assim: os julgados mais antigos não reconheciam qualquer influência da sentença nula sobre a que viesse a ser proferida: STF, RT 179/998; RF 114/486. Mas a posição mudou a partir do Hábeas Corpus n. 48.998(RT 60/348), em que o STF entendeu, para a révisão criminal, que o art. 626, parágrafo único, CPP proíbe a agravação da pena, mesmo que a primeira sentença tenha sido anulada; e, se assim é para a révisão criminal – o que, observe-se também é discutível – o mesmo raciocínio deve aplicar-se ao art. 617, atinente à apelação. A partir dessa posição, o STF, modificando o entendimento anterior, passou a afirmar a impossibilidade de nova sentença aplicar pena mais grave do que a fixada em decisão anulada por hábeas corpus, porquanto isto levaria a uma verdadeira reformatio in pejus, vedada pelos arts. 617 e 626, parágrafo único, CPP, c/c art. 3º do mesmo código(RTJ – 74/654). O STF reiteradamente afirmou a mesma posição (RTJ 84/687, 88/1.018, 95/1.018), no que foi acompanhado pelos tribunais estaduais (RJTJESP 76/282; RT 534/375; 577/389; 605/290; 653/339; 654/386; JTACrimSP 44/193, 68/127 e 155, 70/280). Poucos são os julgados que contrariam a referida posição (RTJ 92/111, 100/297; RT 543/348, 572/359, JTACrimSP 68/127, 71/6.699).

Assim foi consolidando a posição proibindo a denominada **reformatio in pejus** indireta. Mas deve notar-se que a mesma orientação não tem sido aplicada quando se trate de anulação de sentença proferida pelo Tribunal do Júri: aqui, a jurisprudência tem entendido que a regra não pode limitar a soberania do tribunal popular que volte a julgar a causa.

Nesse sentido, STF, RHC 66.274-9, DJU 26.08.1988, p. 21.035; RT 584/446, 596/327, 631/336, 650/269. Contra: RT 630/280.

Igualmente, segundo alguns julgados, não há proibição para o agravamento quando o processo for anulado por incompetência absoluta do julgador e sobretudo nos casos de incompetência constitucional, que acarreta a inexistência jurídica da sentença, pois a decisão foi preferida por órgão desvestido do poder de julgar. RTJ 88/1.018, 100/927; RT 558/414. Certíssima essa posição, porquanto se ao juiz faltar competência constitucionalmente fixada o caso é de inexistência da relação processual e da sentença, por falta do juiz natural...

Já o Desembargador Camargo Aranha, comentando o assunto em sede de revisão criminal que também se aplica ao caso concreto, assim se pronuncia em seu livro **“DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL”**, p. 183/184:

No que diz respeito à nulidade declarada e à quantidade da pena a ser imposta na nova decisão, firmaram-se três vertentes:

a).....

b) O entendimento jurisprudencial que parece ser pacífico parte do princípio de que, anulado o processo, a pedido do revisando ou de ofício, não pode ser dada uma nova qualificação jurídico-penal que agrave a situação do réu. Servem como argumentação os arts. 617 e 626, in fine, do Código de Processo Penal que proíbem a **reformatio in pejus**.

c) Posição intermediária foi adotada pelo festejado autor João Martins de Oliveira: para ele, se a nulidade atingir tão somente a sentença, não poderá haver agravação de penas; contudo, se o processo foi anulado desde o início, com nova acusação, nada impede a imposição de uma situação mais agravadora (Da Revisão, p. 189).

Temos para nós que, anulado o processo pela revisão, que seja atingida tão só a sentença, quer o feito em maior extensão, não é possível uma situação mais gravosa ao condenado. E fazemos nossa afirmativa baseados em três fundamentos: primeiro, porque a revisão foi instituída em favor do condenado, visando beneficiá-lo e não agravar sua situação; depois, porque a proibição da **reformatio in pejus** é um dos nossos princípios processuais; em terceiro, porque proibido expressamente pelo parágrafo único do art. 616, pois se veda ao juízo revisando uma classificação ou pena mais grave é óbvio que o primeiro também deve ser estendido à instância inferior”.

Assim, que seja dado provimento aos apelos a fim de reduzir a pena aplicada ao patamar anterior, conforme acima explicitado, mantendo-se os demais termos da sentença.

Maceió, 13 de agosto de 2003.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador de Justiça

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003.000697-4
APELANTES: IVAN AUGUSTO DE LIMA E OUTROS
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

PARECER Nº

Eminente Desembargador Relator

1. Cuida-se de apelação interposta pelo réus, **JOSÉ MÁRIO FERREIRA LESSA, IVAN AUGUSTO DE LIMA, JAKSON SUICA DOS SANTOS, JARRISON DOS SANTOS ALBUQUERQUE E THEMILDO DUARTE DAS TREVAS**, insurgindo-se contra decisão que os condenou por crime de **tortura** praticada contra a vítima **JOSÉ JOAQUIM DE ARAÚJO FILHO**, cujas penas variaram entre 5 anos e 4 meses a 9 anos e 4 meses de reclusão, determinando ainda a perda do cargo pois são todos policiais civis.

2. A Dra. Promotora de Justiça, contra-arrazoando os recursos, discorda da preliminar de que houve **mutatio libelli**, entendendo que somente ocorreu **emendatio libelli**, enquanto que, no mérito, pugna pela absolvição de **Themildo Duarte, o “Peu”, Genival Barros, João B. Mendonça Júnior e de José Mario Ferreira Lessa** e pela manutenção da condenação **Ivan Augusto de Lima, Jarrison dos Santos Albuquerque e Jackson Suíça**. Relativamente à absolvição, entende a Promotora que a condenação é carente de provas e se baseia apenas na palavra da vítima, a qual estava embriagada, doente de AIDS e emocionalmente perturbada, não merecendo crédito suas acusações. Quanto à condenação dos demais, entende estarem provadas, pois a vítima já chegou na Delegacia machucada pelos policiais que a prenderam e a transportaram para a referida Delegacia.

3. Relativamente ao apelante **José Mário Ferreira Lessa**, o seu advogado alega o seguinte:

3.1 **Em preliminar**, aponta duas nulidades. A primeira de **ilegitimidade ativa do MP**, por falta de condição para o exercício da ação penal, ou seja, não houve a **representação**, já que o crime

imputado ao apelante na **denúncia** seria o de **ameaça**, que é crime de ação penal pública condicionada. A segunda, **falta de correlação entre a acusação e a condenação**, isto porque foi ele condenado por **tortura** e não por **ameaça**, como foi denunciado.

3.2. No **mérito**, pede a absolvição, pois não teria praticado o apelante qualquer crime contra a vítima, principalmente o de **tortura**, através de espancamento, o que é reconhecido pelo Promotor de Justiça em suas alegações finais.

4. Com relação aos apelantes **Ivan Augusto de Lima, Jackson Suíça dos Santos, Jarrison dos Santos Albuquerque, e Themildo Duarte das Trevas**, pedem, em **preliminar**, excetuando o último, a **nulidade da sentença** por ter ocorrido a **mutatio libelli**, ou seja, ofensa ao art. 384 do CPP, isto porque foram eles denunciados por **omissão em impedir a tortura** contra a vítima, sendo condenados pela **prática de tortura**, enquanto que, no **mérito**, alegam todos carência de provas para a condenação e pedem a absolvição, ou, em última análise, sejam as penas reduzidas ao mínimo, pois foram aplicadas muito acima, e sem fundamentação suficiente.

Passo a opinar.

1. Primeiramente, sobre a alegação do apelante **José Mário Ferreira Lessa**, que aponta ilegitimidade do MP, entendo não deva prosperar, ou seja, em se tratando do **Crime de Tortura através de grave ameaça**, previsto no art. 1º, incisos I e II, da Lei 9.455/97, a **ação penal é pública incondicionada**, independendo de representação, enquanto que, a segunda preliminar também não merece acolhida, pois não houve **mutatio libelli**, já que foi o apelante condenado nas penas do art. 1º da Lei 9.455/97, tal como foi denunciado, conforme se pode constatar do item 8 da **denúncia** c/c o item 3, da mesma, onde esta tipificado o delito como sendo o do art. 1º, II(**grave ameaça**), c/c o § 4º, da Lei 9.455, de 07.04.97.

1.1 Relativamente ao pedido de absolvição deste apelante, entendo, como entendeu a Dra. Promotora em suas contra-razões, que inexistem nos autos prova idônea a fim de condená-lo por **grave ameaça à vítima**, isto porque ninguém confirma tal ameaça, além do que, como diziam os Romanos, *“verba volante, escripta Manet”*, ou seja, as palavras voam, não deixam marcas, diferentemente das lesões provocadas na vítima as quais ficaram escritas, marcadas

indelevelmente em seu corpo e atestam a veracidade das suas acusações, conforme consta do **Lauda Pericial** anexo.

2. Relativamente aos demais apelantes, defendidos por outro advogado, ou seja, **Ivan Augusto de Lima, Jackson Suíça e Jarrison Albuquerque**, a alegação de que houve **mutatio libelli**, infringindo-se o art. 384 do CPP e, conseqüentemente, o **princípio da ampla defesa**, sendo nula a sentença, isto porque foram eles denunciados por **conduta omissiva**, prevista no art. 1º, § 2º, da citada **Lei da Tortura**, enquanto que findaram condenados **por ação**, ou seja, pela conduta ilícita prevista no art. 1º, **inc. I**, da mesma Lei, **tal alegação é procedente** conforme se pode constatar da leitura da **denúncia**, onde lá se encontra escrito o seguinte:

“6. Que dos depoimentos firmados nos autos do inquérito policial, vê-se que a vítima foi conduzida ao 1º DP pelos policiais civis da Delegacia da Criança e do Adolescente, Ivan Augusto de Lima, Jackson Suíça dos Santos e Jarrison dos Santos Albuquerque, tendo os mesmos confirmado que aquela já se encontrava bastante espancada e não tomaram as devidas providência;”. **E continua a denúncia:**

“9. Que pelo relato da vítima e pelos depoimentos colecionados no bojo dos autos do inquérito policial, os denunciados Ivan Augusto de Lima, Jackson Suíça dos Santos e Jarrison dos Santos Albuquerque, por ação omissiva não apuraram o espancamento cruel sofrido por José Joaquim de Araújo Filho, muito pelo contrário, tiveram acesso ao preso torturado e nada fizeram para cessar aquela sofrimento físico e mental, ferindo assim, o princípio primeiro da autoridade policial que deveria zelar pelos interesses sociais, apurando de forma efetiva, ameaças e lesões aos direitos do cidadão”.

“10. Que assim agindo, os denunciados acima incorreram no crime de tortura pela forma omissão intencional e de grave ameaça, maculando a instituição que servem com condutas nefastas, covardes e criminosas”.

2.1. **Ainda mais, quando a denuncia trata das imputações, diz que os denunciados Ivan, Jackson Suíça e Jarrison Albuquerque estão incurso nas penas do art. 1º, §§ 2º e 4º, I, da Lei 9.455/97, ou seja, condutas omissivas, tal como narrado anteriormente, não havendo emendatio e sim mutatio libelli, tendo sido realmente infringido o princípio da correlação entre a imputação e a condenação, devendo,**

neste ponto, ser declarada a nulidade da sentença, para sejam tomadas às providências previstas no art. 384, caput, do CPP.

3. Por último, caso seja ultrapassada a preliminar, no mérito, deve ser mantida a sentença condenatória, exceto quanto ao apelante **José Mario Ferreira Lessa**, face ao preicípio do **in dubio pro reo**, consagrado no art. 386, VI, do CPP, enquanto que, nos demais pontos a mesma reflete a gravidade dos fatos praticados pelos apelantes, policiais que deveriam zelar pelo cumprimento da lei, pela ordem e pela paz social, e se aproveitam das prerrogativas funcionais que lhe foram outorgadas pelo ESTADO, para agredirem a ordem jurídica e ofenderem direitos inalienáveis da pessoa humana, praticando o nefasto **crime de tortura contra indefesa e inocente vítima**, a qual, posteriormente, foi trucidada por ter denunciado os desmândos cometidos, numa barbárie sem precedentes, o que nos faz retornar no passado e pensar que não estamos no século XXI e sim de volta aos tempos negros da Idade Média, onde imperavam as arbitrariedades da **“Santa” Inquisição**.

É a manifestação que espera acatamento, s.m.j.

Maceió, 01 de setembro de 2003.

CARLOS ALBERTO TORRES

Procurador de Justiça

Apelação Criminal Nº 2004.000494-0

Apelante: José Tadeu Reis Lima

Apelado: Promotor de Justiça

Origem: Comarca de Piaçabuçu

P A R E C E R Nº.....

Egrégia Câmara Criminal,
Eminente Desembargador Relator

Cuida-se de apelação interposta pelo réu José Tadeu Reis Lima, contra decisão do Tribunal do Júri da Comarca de Piaçabuçu que o condenou a uma pena de 19 anos e 06 meses de reclusão pela prática de homicídio qualificado contra Maria de Lourdes Silva, apontando cabimento pelo art. 593, III, 'd', do CPP.

Alega o apelante, por seu advogado, que a decisão foi contrária à prova dos autos, isto porque teria agido coagido moralmente pela própria vítima, o que não foi acolhido pelos jurados, contestando também a quantidade da pena aplicada e sua metodologia.

Ouvido o Ministério Público, opinou pela manutenção da decisão.

Passo opinar.

No mérito, não tem qualquer razoabilidade a alegação de que foi a decisão contrária à prova dos autos, isto porque o apelante, sem motivo justificável, matou com uma facada a amante de muitos anos de seu pai, atuando de surpresa, tornando impossível a defesa da vítima, sendo réu confesso, além do que foi o crime testemunhado por várias pessoas, revoltando a sociedade local.

Relativamente à pena, é de se reconhecer que a mesma, da maneira como foi aplicada, não tem fundamentação suficiente para se manter incólume, devendo ser reformada por essa Egrégia Corte, isto porque o Júri considerou o réu culpado por **homicídio qualificado duplamente**, cuja pena varia de 12 a 30 anos de reclusão, aplicando o juiz a **pena-base** em 19 anos de reclusão, 7 anos além do mínimo

cominado, mesmo reconhecendo ser o réu **primário e de bons antecedentes**, além do que, erroneamente, considerou, para dar tal quantificação, duas circunstâncias indevidamente, ou seja, o **motivo do crime**, e o resultado morte, como **consequências do crime**. Relativamente ao **motivo**, este já era qualificadora do homicídio(art. 121, § 2º,II, CP), e não podia ser considerado pois, “**o que qualifica não agrava**”, caracterizando indevido *bis in idem*.

Sobre o assunto assim preleciona Celso Delmanto, em seu **Código Penal Comentado**, 5. ed., p. 104:

Observe-se que não devem refletir, nesta fase, certos motivos(torpe, fútil, para assegurar a execução de outro crime etc) que já estão especialmente classificados como *circunstâncias legais ou causas de aumento ou diminuição da pena*.

Também, Alberto Silva Franco e outros, no conhecido **CODIGO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**, 2. ed., p. 157, sobre os motivos do crime previstos no art. 59, diz o seguinte:

Vale acentuar, no entanto, que se o motivo do crime se constituir numa qualificadora ou numa privilegiadora, prestando-se a uma exacerbação ou redução punitiva definida no tipo(como por exemplo, no caso de motivo fútil ou motivo torpe, no homicídio qualificado, ou de motivo de relevante valor moral ou social, no homicídio privilegiado) não caberá sua aferição também entre os elementos norteadores da fixação da pena, nos termos do art. 59 da PG/84, porque nesse caso ocorreria um intolerável *bis in idem*”.

No tocante às **consequências do crime**, não pode o **resultado morte da vítima**, ser como tal considerado, sendo isto totalmente descabido pois, tal resultado, é elementar do tipo penal do crime de homicídio, não podendo ser majorante da **pena-base** elevando-a do mínimo legal. Consequências do crime são os efeitos que extrapolam do mesmo, como por exemplo, a morte de um pai de família, deixando viúva e filhos desamparados. Sobre este aspecto, Damásio de Jesus em seu **Código Penal Anotado**, 10. ed., p. 201, assim esclarece:

O resultado do crime não pode ser considerado “consequência”.

Não pode assim ser considerada a morte da vítima no delito de homicídio. TJRS, ACrim 687.001.842, RTJRS, 112:126 e 131; RTJRS 120:173.

Por fim, segundo entendimento jurisprudencial, a pena-base deve ser fixada no limite mínimo ou **próximo dele**, quando o réu é primário e de bons antecedentes, senão vejamos:

A pena-base deve tender para o grau mínimo quando o acusado for primário e de bons antecedentes”(TJMG, JM, 128/336).

Ex positis, manifesta-se esta Procuradoria Criminal no sentido de que, tomando-se conhecimento do presente recurso, porque tempestivo, lhe seja dado provimento, em parte, mantendo-se a decisão atacada, isto no mérito; quanto à pena aplicada deve ser a mesma retificada, reduzindo-se a **pena-base** em dois anos, ou seja, um ano por cada circunstância indevidamente valorada(motivo e conseqüências), ficando assim em 17 anos, agravada em 01 ano pela segunda qualificadora(havendo duas qualificadoras, que são também agravantes, uma qualifica e a outra agrava) e atenuada também em 01 ano pela confissão espontânea, ficando definitiva em 17 anos de reclusão.

É o parecer, s.m.j.

Maceió, 05 de abril de 2004.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador de Justiça

HABEAS CORPUS N.º 2005.00340-3

IMPETRANTE: Valter Carlos Marques

IMPETRADO: JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA DE SANTANA DO IPANEMA

PACIENTES: JAILDE DE OLIVEIRA BARBOSA e SEBASTIÃO FLORENTINO MALTA

P A R E C E R N.º.....

Tratam os autos de *habeas corpus preventivo* impetrado em favor dos pacientes JAILDE DE OLIVEIRA BARBOSA e SEBASTIÃO FLORENTINO MALTA, funcionários do Banco do Brasil – Agência de Santana do Ipanema, ameaçados de prisão se não cumprirem determinação judicial de bloqueio da importância de R\$ 443.040,00, para pagamento de multa por descumprimento de decisão judicial relativa à exclusão do nome de ANA LÚCIA AQUINO SANTOS – ME, Pessoa Jurídica, do SERASA

Foram prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora, nada esclarecendo de interesse ao deslinde do caso, após o que, o ilustrado Relator, entendendo haver constrangimento ilegal, concedeu a ordem liminarmente, sob argumento de que o crime de desobediência é de menor potencial ofensivo, não ensejando a prisão em flagrante.

Na verdade, entendo acertada a concessão liminar da ordem, devendo a mesma ser mantida, isto porque o crime de desobediência é de menor potencial ofensivo, não cabendo assim a prisão em flagrante, além do que, há entendimento jurisprudencial no sentido de que ao Juiz Cível é vedado ameaçar com prisão, isto porque, nesta área, a prisão só é possível em dois casos – Por alimentos ou em caso de depositário infiel. Eis uma amostra do entendimento jurisprudencial:

HABEAS CORPUS – DECISÃO DE MAGISTRADO ESTADUAL QUE DETERMINOU O CUMPRIMENTO DE ALVARÁ DE LEVANTAMENTO DE FFTS DEPOSITADO NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, SOB PENA DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA POR PARTE DO RESPECTIVO GERENTE – Inadmissibilidade – Incompetência absoluta do juízo em razão da matéria. – art. 109, I, da CF/88 – Ilegalidade declarada. Ordem

concedida. (TJMG – HC 000.318.644-2/00 – C. Fér. Rel. Des. Zulman Galdino – j. 16.01.2003).

PRISÃO – JUÍZO CIVEL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – ILEGALIDADE – Prisão ordenada por Juiz Federal no exercício da jurisdição cível em precatória extraída de autos de ação de medida cautelar inominada para conversão de cruzados novos em cruzeiros. Ilegalidade. Falta competência ao juízo cível para ordenar prisão por desobediência, na ausência de previsão legal. Hipótese que não se identifica com prisão por dívida alimentícia ou depositário infiel(...) (STJ – REsp nº 21.021-9 – Goiás – Rel. Min. Assis Toledo – DJU 17.08.92 (RJ 183/10).

PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS. PRISÃO POR DESOBEDIÊNCIA OU PREVARICAÇÃO. EXCESSO.

(...)

2. O juiz cível, sem competência na esfera penal, não pode determinar prisão de quem quer que seja;

(...)

4. Ordem de habeas corpus concedida.

(TRF 1ª R., HC 0104792-6/DF – 4ª T. – Rel. Juíza ELIANA CALMON – J. 31.03.93 – DJU 19.04.93 – p. 13421).

HC. LIMINAR. AMEAÇA DE PRISÃO POR SEU DESCUMPRIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1 – A ameaça de prisão por mandado feita, em ação cautelar, pelo descumprimento de liminar concedida, constitui constrangimento ilegal, reparável por habeas corpus.

2 – Contudo, a presente ordem de HC não coíbe a apuração do delito de desobediência pelo via própria(...).

(TRF 1ª R., HC 0101890-8/MG, 4ª T., unan. Rel. Juiz Gomes da Silva, j. 01.04.1992, DJU 25.05.1992, p. 014004).

PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA NÃO CONFIGURADO. AMEAÇA DE PRISÃO PELO MM. JUÍZ FEDERAL DA 17ª VARA/RJ. AUTORIDADE INCOMPETENTE. ORDEM CONCEDIDA:

1. **A tipificação do crime de desobediência supõe estrita legalidade da ordem e a competência da autoridade que a prolatou (CP art. 330).**
2. (...)
3. **Ao juiz cível falece competência funcional para expedir comandos de natureza penal nos autos ou papéis de que conhecerem (CPP art. 40).**
4. Decreto prisional insubsistente. Ordem de habeas corpus concedida. (TRF 2ª R., HC 95.02.28414-3/RJ, ª T., Rel. Juíza Célia Georgakopoulos.

Assim, opino pela concessão da ordem impetrada.

Maceió, 20 de abril de 2.005

CARLOS ALBERTO TORRES

Procurador de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 2006.000234-9

IMPETRANTE: MARCOS LUIZ DE ALENCAR FREITAS

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DE S. MIGUEL
DOS CAMPOS

PACIENTE: ADRIANO BEZERA GOMES

PARECER Nº.....

1. Habeas Corpus. Prisão em flagrante. Porte de frascos de LOLO. Substância composta, em regra, de etanol, clorofórmio ou éter e essência perfumada.

2. Não caracterização o tipo penal do art. 12 da Lei nº 6.368/76. Lei Penal em Branco que exige complementação através de norma administrativa.

3. Substâncias utilizadas na fabricação que não constam na Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde como entorpecentes e sim como precursoras, utilizadas como insumo no processo industrial de obtenção de entorpecentes.

4. Tipificação do delito previsto no art. 278 do Código Penal. Delito afiançável. Conhecimento e concessão da ordem.

Impetrou-se o presente **habeas corpus** em favor do paciente, ADRIANO BEZERA GOMES preso em flagrante no dia 18/12/2005, na de Cidade de Barra de São Miguel, portando 15 frascos da substância líquida conhecida como “LOLO”, sendo denunciado por tráfico ilícito de entorpecentes.

Alega o impetrante que existe constrangimento ilegal, pois o “LOLO” não é substância entorpecente, pois não está relacionada como tal na Portaria nº 344, de 12/05/98, da Secretaria de vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, anexando cópia da referida norma.

Foi concedida a liminar requerida sob o argumento de que o Laudo de Constatação não especifica quais as substâncias componentes do líquido apreendido, constando apenas que se trata de LOLO.

Ouvida a autoridade apontada como coatora, esta contesta a impetração dizendo que a substancia apreendida é considerada tóxica por determinação do Ministério da Saúde.

Ora, equivocado está o Dr. Juiz pois, qualquer das substancias contidas no **LOLO, éter, etanol, clorofórmio, essência perfumada**, não estão relacionadas pelo Ministério da Saúde como sendo tóxicas no sentido de ensejar a incidência do art. 12 da Lei 6.368/76.

Todos sabemos que de acordo com o **princípio da legalidade**, previsto no art. 1º do Código Penal, bem como no art. 5º da Constituição Federal, **“não há crime sem lei anterior que o defina”**. Ou seja, para que haja crime, necessário a existência de uma lei anterior que descreva, taxativamente, a ação proibida sob ameaça de pena, entretanto, existem leis penais que, embora descrevam ações típicas, deixam em aberto a incriminação das condutas, devendo a omissão ser suprida por uma norma complementar, de caráter administrativo, sendo tais leis denominadas de **Leis Penais em Branco**, como é o caso da norma prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/78, a qual não define o que seja substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica, remetendo tal definição, porque de natureza técnica, para o Ministério da Saúde, através do Departamento ou Secretaria de Vigilância Sanitária. Então, só haverá crime previsto no art. 12 da Lei referida, se a substância apreendida estiver relacionada em uma portaria daquele Órgão, como sendo entorpecente ou causadora de dependência física ou psíquica.

No caso concreto, embora não especificadas as substancias componentes do **LOLO** apreendido, sabe-se, como já dito acima, que tais substancias não são consideradas entorpecentes, pois não constam como tal das Listas componentes da Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, em vigor, a qual relaciona quais as substâncias entorpecentes e que causam dependência física ou psíquica (Listas “A1” e “A2” = entorpecentes) e (“A3”, “B1” e “B2” = psicotrópicas), sendo algumas delas apenas **precursoras**, conforme previsto na lista “D2”, da mesma Portaria, ou seja, podem ser utilizada como insumos no processo de fabricação de entorpecentes, além de outros produtos que não são entorpecentes, porem, são controladas, tal como a **acetona**, usada na refinação da **cocaína**.

Por outro lado, tal questão foi recentemente enfrentada por esse Egrégio Tribunal de Justiça no H.C. Nº. 2004.00001-4, sendo impetrante MANOEL FERREIRA MACHADO e impetrado o JUIZ DE DIREITO DE PÃO DE AÇUCAR, tendo pacientes JOSÉ ADEILTON GUSTAVO E OUTRO, e como relator o Desembargador Orlando Manso, sendo a ordem concedida, apenas com o voto divergente do Desembargador José Fernando Lima Souza, sob o argumento de que, embora não se tratasse de crime de tóxico, o fato não era atípico, pois caracterizava o delito do art. 278 do Código Penal, entretanto, é de se lembrar que tal delito é afiançável.

O mesmo entendimento foi confirmado no HC nº2005.000306-3, sendo impetrante o Bel. WELTON ROBERTO e impetrado o JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE BOCA DA MATA, tendo como paciente CLEITON BARBOSA DA SILVA.

Assim, considerando que a apreensão de “LOLO”, não tipifica o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, e sim o delito previsto no art. 278 do Código Penal, que é afiançável, opino pelo conhecimento e concessão da ordem impetrada, mantendo-se a liminar concedida.

Maceió, 06 de março de 2.006.

CARLOS ALBERTO TORRES
Procurador de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 2007.00525-2

IMPETRANTE: PAULETE BEVERLY GOMES LIMA

IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE PORTO
CALVO

PACIENTE: JOSÉ MARIANO DA SILVA

PARECER Nº

Habeas Corpus. Réu preso em flagrante em 19.07.2006 por Tentativa de Homicídio. Denúncia somente oferecida em 14.03.2007, mais de 200 dias após a prisão. Instrução criminal ainda não iniciada. Excesso de prazo não justificado. Constrangimento ilegal caracterizado. Concessão da Ordem.

Foi impetrada a presente ordem de **habeas corpus** em favor do paciente JOSÉ MARIANO DA SILVA, alegando-se estar o mesmo a sofrer constrangimento ilegal, por excesso de prazo na conclusão do processo pois se encontra ele preso desde o dia 19.07.2006, sem previsão para o término da instrução criminal, cujo prazo é de 81 dias, entretanto não foi sequer interrogado.

Prestando as *informações*, o Dr. Juiz diz a a denúncia já foi oferecida em 14/03/2007, estando marcada audiência para o interrogatório para o dia 11/04/2007, pugnando pela manutenção da prisão do paciente, pois já se encontra superado excesso de prazo pelo oferecimento da denúncia, além do que, teria sido encerrada a instrução processual. Diz ainda que é necessária a manutenção da prisão por se tratar de elemento perigoso que golpeou a companheira no pescoço, por motivo fútil.

Passo a opinar.

Em exercitando a função de *custos legis*, entendo que está configurado o excesso prazal ensejador de constrangimento, isto porque foi o paciente preso no dia 19.07.2006, portanto há mais de sete meses, só tendo sido denunciado recentemente em 14.03.2007, enquanto que, não há sequer certeza de que tenha sido interrogado, pois o Dr. Juiz informa que o interrogatório houvera sido marcado

para o dia 11 do corrente mês de abril, conseqüentemente, mesmo que tenha ocorrido, a instrução criminal não poderia ter sido concluída como diz o Magistrado nas informações, principalmente porque tais informações são datadas de 28.03.2007.

Por outro lado, não aponta o Dr. Juiz qualquer justificativa para tamanho atraso, e, ainda mais, a jurisprudência por ele trazida não se aplica ao caso, ou seja, só se poderia acatá-las quando o atraso no inquérito e no oferecimento da denúncia estivesse ainda dentro do prazo de 81 dias para a conclusão da instrução, isto porque, tal prazo se inicia com a prisão e é contado globalmente. No caso, a denúncia foi oferecida quase 240 dias depois da prisão, quando todos os prazos já haviam se ultimado, não se podendo dizer que tal oferecimento prejudicou o excesso de prazo.

Lembrar que, embora se admita a prisão provisória não pode ela durar além do razoável, sem qualquer justificativa plausível como acontece no caso em debate, caracterizando-se verdadeira antecipação da condenação, o que infringe o disposto no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, o qual é taxativo em determinar que ***“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”***, conseqüentemente, tal prisão se torna ilegal, devendo ser relaxada, *ex vi* do disposto no inc. LXV, do mesmo artigo Constituição o qual, visando proteger a liberdade, estabelece que ***“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”***.

Também, é bom lembrar que o princípio da razoabilidade na duração do processo foi recentemente erigido à categoria de norma constitucional através de emenda, em atendimento ao Pacto de São José da Costa Rica, resultando no inciso LXXVII, do art. 5º da CF/88, do seguinte teor:

a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Destacar ainda que o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução processual, que antes era uma criação doutrinária e jurisprudencial, passou a ser uma imposição legal (vide art. 8º da Lei nº 9.034/95, com redação da Lei nº 9.303/96).

Por último, eis algumas decisões que podem ser adaptadas ao caso em julgamento:

STJ - CRIMINAL – HC – TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL QUE SE PROLONGA POR QUASE TRÊS ANOS. CARTAS PRECATÓRIAS. OITIVA DAS TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO AINDA NÃO CONCLUÍDA. DEMORA ATRIBUÍDA ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE AO ESTADO-JUIZ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE QUE MILITA EM FAVOR DO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA (Min. GILSON DIPP – T5-QUINTA TURMA- j. 12/04/2005).

STJ - A instrução criminal obedece a rito e cronograma determinados na lei processual. Excesso de prazo injustificável para o término constitui constrangimento ilegal (RT 695/388).

STF - Constitui constrangimento ilegal a manutenção da prisão do réu se o excesso de prazo na conclusão da instrução criminal ocorre não por culpa da defesa (STF-RJTJERGS 182/21).

TJAP- Comprovada a extrapolação do prazo legal para a conclusão da instrução criminal, máxime quando à defesa não puder ser atribuído o retardamento, de se conceder a ordem por se configurar ilegal a prisão do paciente. Ordem concedida". (TJAP- RDJ 8/380). In Código de Processo Penal Interpretado, de Julio Fabbrini Mirabete, 7. ed., p. 1435/1436.

Do exposto, entendendo não haver qualquer justificativa para tamanho atraso, sendo infringido o princípio da razoabilidade, opino pelo conhecimento e concessão da ordem.

Maceió, 16 de abril de 2007.

CARLOS ALBERTO TORRES

Procurador de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 2007.000656-0

IMPETRANTES: MARIA BETÂNIA NUNES PEREIRA E OUTROS

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE ATALAIA

PACIENTES: JOSÉ CÍCERO SANTINO E OUTROS

PARECER Nº.....

Habeas Corpus. Pacientes integrantes do MST, presos preventivamente e denunciados pelos crimes de Esbulho, Dano qualificado, Lesão Corporal, Violação de Domicílio, Seqüestro e Cárcere Privado, Tortura e outros. Decreto suficientemente fundamentado. Presente a garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal. Inexistência de constrangimento ilegal. Conhecimento e denegação da ordem.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor dos pacientes JOSÉ CÍCERO SANTINO, TARCIANA RIBEIRO SILVA, JOSÉ CÍCERO DA SILVA MELO, CICERO JOSÉ FERREIRA DA SILVA, REGINALDO ALVES DOS SANTOS E JOSÉ ROBERTO ALVES DA SILVA, todos integrantes do famigerado MST, e denunciados pelos crimes de **Esbulho, Dano qualificado, Lesão Corporal, Violação de Domicílio, Seqüestro e Cárcere Privado, Tortura** e outros, os quais se encontravam presos preventivamente por ordem do Dr. Juiz da Comarca de Atalaia.

Alegam os impetrantes que sofrem os pacientes constrangimento ilegal pois o decreto de prisão é desfundamentado.

Prestadas as *informações* pela autoridade apontada como coatora, diz esta que decretou a prisão dos pacientes com base nos arts. 311 e 312 do CPP, como garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, a requerimento do Promotor de Justiça formulado na Denúncia, e com base em fatos delituosos noticiados na imprensa.

Pelo ilustrado Relator, foi concedida a liminar requerida, decisão da qual, com a devida vênia ouse discordar, parafraseando o Desembargador Relator do *Habeas Corpus* nº 2006.000919-2, da

Comarca de Água Branca, também envolvendo integrantes do mesmo movimento, quando assim se pronunciou ao negar a liminar requerida:

No caso em tela, é possível extrair do decreto de prisão preventiva fatos concretos que demonstram a necessidade da manutenção, um vez que os mesmos 'invadiram uma propriedade rural do Sr... e, armados de foices, machados, marretas, e outros instrumentos, renderam o morador, Sr. José Abílio dos Santos, passaram a demolir a casa sede da propriedade, não deixando pedra sobre pedra.

Assim, os pacientes demonstraram total desprezo à normas jurídicas e regras de conduta social, tendo em vista o **modus operandi** com que os delitos foram perpetrados, fazendo-se necessária uma rápida e eficaz resposta do Poder Público, com o fito de acautelar o meio social. Portanto, ausente o **fumus boni juri**, não se evidencia, conseqüentemente, o **periculum in mora**.

Outro não é o meu entendimento, pois analisando o que contém os autos, verifica-se que a decisão que decretou a prisão dos pacientes resta suficientemente fundamentada, já que o magistrado alicerçou seu **decisum** na presença de indícios de envolvimento dos pacientes nos vários crimes de que são acusados, devendo ser garantida a ordem pública diante da repercussão negativa dos delitos na comunidade, encontrando-se as pessoas amedrontadas com as ações violentas seguidamente praticadas pelos integrantes do famigerado MST, movimento este que não respeita a Lei e a Ordem, e faz pouco caso autoridades constituídas, agindo, em regra, como verdadeiros facínoras liderados por pessoas que atendem mais a reclamos políticos e ideológicos de esquerda, do que a justa reivindicação da terra como fator de cidadania e integração social.

O certo é que os integrantes de tal movimento clandestino invadem propriedades produtivas ou improdutivas, prédios públicos e até interdita o porto desta Capital como o fizeram recentemente, bloqueando constantemente as rodovias impedindo o direito de ir vir dos demais cidadãos, além de descumprirem ordens judiciais de reintegração de posse emitidas pelos juízes e até os ameaçam de mal injusto, como no caso em que, em uma reintegração de posse não cumprida, uma dessa lideranças chegou a mandar um desaforado recado para uma magistrada pelo oficial de justiça dizendo que "*iria mijar na boca dela*", conforme é do conhecimento desse Tribunal, pois tal fato foi registrado em outro *habeas corpus* anteriormente

julgado. Por tudo isso, a sociedade se sentem impotente com tais desmandos, sendo constantemente tumultuada a ordem pública, como se estivéssemos em um país sem lei nem ordem, entretanto tais pessoas, embora, não cumpram as determinações judiciais, logo se apreçam a recorrer ao Poder judiciário, quando, esporadicamente, se sentem prejudicados em seus direitos, embora não reconheçam os direitos dos demais componentes da sociedade.

Por outro lado, comum é que as lideranças do MST queiram sempre se esconder na multidão sem rosto que atijam, para que, aos serem praticados os desmandos adredemente planejados, tentem, sempre, se eximir da responsabilidade por tais atos ilícitos, esquecendo que não é só criminoso que pratica o fato típico, também, o sendo todo aquele que, de qualquer modo concorre para o crime, conforme dispõe o art. 29 do Código Penal, além do que, diz o artigo 62, inc. I, do mesmo Código, que *“a pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”*.

Relevante ainda, a expectativa da sociedade que espera da Justiça uma ação enérgica no combate à desenfreada criminalidade violenta, justificando tal expectativa a segregação provisória daqueles que se mostram inadaptados ao convívio social ou que não dão valor à ordem jurídica, achando que, por estarem à sombra da bandeira clandestina do MST, estão acima da Lei.

Assim, opino pelo conhecimento e denegação ordem.

Maceió, 26 de abril de 2007.

CARLOS ALBERTO TORRES

Procurador de Justiça