



Ex-comandante da PM catarinense tenta anular processo

O ex-comandante geral da Polícia Militar de Santa Catarina, Paulo Conceição Caminha, entrou com pedido de habeas corpus na Turma de Recursos de Joinville pedindo a anulação da ação em que é acusado de impedir que uma força-tarefa fiscalizasse um bordel conhecido como “Marlene Rica, na cidade.

O episódio ficou conhecido como “Caso do Bordel”. O militar é acusado de obstrução da Justiça e abuso de autoridade. O pedido para anular o processo, instaurado após denúncia do Ministério Público, foi feito pelo advogado **Cláudio Gastão da Rosa Filho**.

Na petição, o advogado afirma que seu cliente foi imposto a “um linchamento moral” e alega que é “inadmissível que o Ministério Público, usurpando função delegada à polícia judiciária, além de investigar, passe a protagonizar comentários junto à imprensa de trechos ‘pinçados’ de depoimentos”, que foram reproduzidos com “elevada carga de sensacionalismo”.

Ele afirma também que o ex-comandante é atacado “por um promotor que ao invés de ouvir o ‘suspeito’, preocupava-se mais com os holofotes da imprensa, finalizando um procedimento abusivo e ilegal sem ao menos intimar o maior interessado, rivalizando com a célebre personagem global ‘Darlene’, que busca sem ética e pudor o estrelato”.

No pedido de habeas corpus, o advogado aponta diversos argumentos para tentar demonstrar a nulidade do processo. Com base em decisão do STF, ele alega que a promotoria não poderia ter colhido depoimentos, tarefa que seria reservada à polícia. E garante que os fatos relatados pelo MP chocam-se com o que foi dito pelas próprias testemunhas de acusação.

Outro motivo alegado por Gastão da Rosa Filho para propor a anulação do processo é que nenhuma das condutas atribuídas a Caminha pela promotoria podem ser caracterizadas como criminosas. E argumenta que não havia na força-tarefa nenhuma das autoridades previstas em lei. “Não existia no local nenhum juiz de direito respondendo pela infância, nenhum conselheiro tutelar e nenhum membro do MP. Assim, fica impossível a tipificação do crime por falta de elementos essenciais”.

Leia o pedido de habeas corpus

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ PRESIDENTE DA TURMA DE RECURSOS DA COMARCA DE JOINVILLE.

CLAUDIO GASTÃO DA ROSA FILHO, brasileiro, solteiro, inscrito na Seção Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, sob o número 9.284, com escritório na Rua Vidal Ramos, n.º53/sala 101, – Fpolis, respeitosamente, vem à elevada presença de Vossa Excelência impetrar a presente

ORDEM DE HABEAS CORPUS

em favor do Ex-Comandante da Polícia Militar de Santa Catarina, **PAULO CONCEIÇÃO CAMINHA**



, brasileiro, casado, Coronel PMRR, portador de cédula de identidade RG n.º 907494-5, residente e domiciliado na Av. Santa Catarina, 245, apt. 102, Bairro Estreito, Fpolis, por estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal desta Comarca que **designou audiência de suspensão condicional de processo manifestamente NULO (Termo Circunstanciado n.º 08.04.007474-6-000)**.

O impetrante arrima-se no disposto no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, nos artigos 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal e, ainda, nos relevantes motivos de fato e de direito adiante aduzidos.

Termos em que, do processamento,

Pede deferimento.

Florianópolis, 12 de abril de 2004.

CLAUDIO GASTÃO DA ROSA FILHO

O.A.B./SC n.º 9.284

EGRÉGIA TURMA JULGADORA:

SENHORES MAGISTRADOS

DOUTO PROMOTOR DE JUSTIÇA

I – INTRODUÇÃO:

1. Antes de narrar a síntese dos fatos, é importante lembrar a lição do penalista italiano Titta Mazzuca, em sua “*Anatomia dell’Errore Giudiziario*”, onde observa que há certos processos que são submetidos a dois debates paralelos: um disciplinado pelos códigos e dirigido aos magistrados; e outro sem qualquer parâmetro na lei, muitas vezes descompromissado com as provas dos autos, tendo a opinião pública como juiz.

2. Seria farisaico desconhecer que o “Caso Bordel” constitui exemplo típico de processo lançado ao duplo debate, com a singularidade de que o **linchamento moral** imposto ao paciente, foi patrocinado justamente por quem tinha o dever legal de velar para que fosse assegurado, em favor do Cidadão, as garantias inseridas no artigo 5º, da CF, destacando-se, em especial, a *presunção de inocência*.

3. Num Estado Democrático de Direito, onde a inocência é presumida em favor do acusado, é inadmissível que o Ministério Público, usurpando função delegada à polícia judiciária, além de investigar, passe a protagonizar comentários junto à imprensa de trechos “pinçados” de depoimentos, que, reproduzidos com elevada carga de sensacionalismo, alimentaram um *preconceito moral*, inflamando os ventos da acusação que se tornou arbitrária e delirante, pois se descurou de um princípio básico: A LEGALIDADE.



4. Esqueceu-se a acusação que Jornal não é Fórum, repórter não é Juiz, nem editor Desembargador, e que os fatos devem ser típicos, sendo que o epílogo todos conhecemos: O paciente perdeu o Comando da Corporação e, depois de 32 anos de honrada dedicação à Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, foi para a reserva, a fim de defender-se do “fogo cruzado” que lhe é imposto.

5. De um lado é atacado junto à Auditoria da Polícia Militar, por um Promotor que ao invés de ouvir o “suspeito”, preocupava-se mais com os holofotes da imprensa, finalizando um procedimento abusivo e ilegal sem ao menos intimar o maior interessado, rivalizando com a célebre personagem global “Darlene”, que busca sem ética e pudor o estrelato. De outro, pelo presente procedimento que após fermentar um **justiçamento sumário**, dando azo talvez à maior **chacina moral** dos anais forenses, insiste numa ação penal flagrantemente nula, abusiva e temerária.

6. Ora, se formos dar crédito a tudo que se tem dito, não seria o caso do Magistrado, de ofício, conforme permite o artigo 149 do CPP, instaurar de plano o exame de insanidade mental? Como é crível que uma pessoa chegue ao mais alto cargo da corporação da Polícia Militar e, de uma hora para outra, vire um celerado, um fascínora, um despudorado e vulgar criminoso? Somadas todas as acusações que vem sendo transmitidas pela imprensa, esse é o quadro que se pinta do paciente.

7. Todavia, analisando com primário conhecimento jurídico, pois muito mais não é preciso, o presente caso, o paciente espera, e tem convicção, de que o Judiciário de forma independente, há de lembrar a advertência de Ruy Barbosa, no sentido de que “**a existência das repúblicas se mede pela existência da Justiça.**”

II – SÍNTESE DOS FATOS:

8. Foi instaurado pela 11ª Promotoria de Justiça desta Comarca, através da portaria de nº 001/2003, procedimento administrativo que segundo relatório de conclusão, entendeu por increpar ao paciente a prática dos delitos de *improbidade administrativa, obstrução da justiça e abuso de autoridade*, conforme previsão normativa contida no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92; art. 236 da Lei nº 8.069/90; e art. 3º, letra “j”, da Lei nº 4898/65; respectivamente. (1)

9. Mencionado relatório serviu de base para oferecimento de denúncia contra o paciente, com a ressalva de que percebeu o Órgão acusador que eventual ato de *improbidade administrativa* **prescinde** da prática, por parte do agente, de ato administrativo em razão de sua função. Com efeito, é ridículo imaginar que estando o paciente num “prostíbulo”, como quer a acusação, estivesse a praticar algum ato administrativo que, como se sabe, se insere apenas na esfera de sua competência funcional. Pelo que se tem notícia, o Comando da Polícia Militar não se mudou para o Bordel da “Marlene Rica”...

10. Todavia, insistiu nas duas outras acusações, que, derivam de procedimento manifestamente NULO, que relata fatos atípicos, ensejando inominável constrangimento ilegal, que se espera seja prontamente jugulado com a concessão do presente *writ*, senão vejamos.



III – DA NULIDADE DO PROCESSO PELA INICIATIVA INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

11. No art. 129 da CR, vem o elenco das funções institucionais do Ministério Público. Tais dispositivos, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, devem reger as regras infraconstitucionais sobre a matéria, vale dizer, não só a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), mas também as Leis Orgânicas Estaduais (por exemplo, a Lei Complementar Estadual nº 167/98 de Santa Catarina). Neste passo, o texto constitucional deve exercer verdadeiro papel unificador do ordenamento jurídico, impondo os limites da interpretação e, de conseqüência, da aplicação das leis: a interpretação conforme a Constituição.

12. Assim é que, segundo o citado art. 129, da CR, são funções do Ministério Público: “VI) **expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência**, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII) **exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior**; VIII) **requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial**, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX) **exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade**, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. – g.n. –.

13. Como se pode bem ver, **no que tange às investigações preliminares para a formação da *opinio delicti*, especificamente, pode o órgão ministerial, em última análise, requisitar a produção de diligências e pedir a instauração do competente Inquérito Policial, que será presidido, necessariamente, pela autoridade policial.**

14. E, embora não seja necessário – é verdade – o Inquérito Policial para o oferecimento da denúncia, certo é que **não pode o Promotor de Justiça pretender instaurar e conduzir, ele mesmo**, tal modalidade de investigação preliminar, porquanto absolutamente **fora de suas atribuições constitucionais, ainda que para desempenhar tal mister se venha a dar outro *nomem juris***. Tais atribuições, como é primário, no espaço da administração pública (onde segue o MP) e em razão do princípio da conformidade (legalidade), decorrem, sempre, de lei. É diferente, pois, do particular (cidadão), o qual tem sua conduta regida, como se sabe, pelo princípio da compatibilidade: **faz-se tudo o que não está proibido em lei.**

15. O argumento é elementar – porque o sabe o estudante de Introdução ao Direito –, mas deve aqui ser lembrado porque, propositadamente ou não, está-se a dele esquecer, em face de não ser vantajoso às posturas que postulam, sem razão, a investigação direta pelo MP.

16. Daí que a apuração das infrações penais é de atribuição **exclusiva** da polícia judiciária, tal como dispõe a Constituição da República, em seu art. 144, § 1º, incisos I e IV, e § 4º. E assim deve ser, salvo, admitem alguns, em casos em que a lei, **conforme a CR**, autorizar, excepcionalmente, outra forma de investigação. Fora daí **não pode o Ministério Público exceder os poderes/deveres que lhe foram conferidos pelo constituinte de 1988**



, sob pena de instalar-se verdadeira instabilidade funcional que só prejudica, em última análise, a sociedade.

17. Perceba-se: a atribuição é **exclusiva de quem a detém e excludente dos demais**, porque sua fonte, única e exclusiva, é a lei, no caso a CR, a qual não vai – e não pode ir – manipulada, em nome de nada, mormente se contra ela vá. Não cabe, ademais (por evidente que feriria a lógica!) uma solução de compromisso; não se concerta para além do limite fixado em lei e, no caso, a **exclusividade** não está a permitir sequer a dúvida.

18. Embora de forma equivocada – é primário que o fundamento do ato administrativo é a lei – o ultradefensor do Ministério Público, **Hugo Nigro Mazzilli**, manifesta-se sobre a matéria, reconhecendo qual é a regra: *“Nesse sentido, deve-se compreender que as investigações diretas do órgão titular da ação penal pública do Estado constituem uma exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária (CF, art. 144, §§ 1º, IV, e 4º) – o que, de resto, é de todo necessário para as hipóteses em que a polícia tenha dificuldades ou desinteresse de conduzir as investigações (...)* *Igualmente, a iniciativa investigatória do Ministério Público também tem cabida quando não tenha a polícia condições adequadas para conduzir as investigações, dada sua condição de órgão subordinado ao governo e à administração, muitas vezes envolvida na própria apuração delitiva”*. (2) – g.n.–.

19. De qualquer maneira, a par da exceção, de impossível verificação no caso concreto, parece incontestável a impossibilidade de condução de Inquérito Policial – e tudo o que dele for objeto, por evidente, para se evitar a mera **troca de nomes, mormente da maneira como foi feito, com um “Inquérito Civil” para apurar infrações penais** – por parte do Ministério Público, de acordo com o texto constitucional. Assim, uma vez constatada tal impossibilidade ela se estende, portanto, às leis infraconstitucionais, não podendo as Leis Orgânicas, Nacional e Estadual, contrariar o texto da Carta de 1988; e isso não ocorre, em verdade.

20. Sobre o tema, parece oportuno transcrever o Voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 233.072-4 (3), do Rio de Janeiro, julgado em 18 de maio de 1999, Relator o Min. Néri da Silveira:

“...A denúncia foi ofertada a partir de um inquérito que visou não à propositura de ação civil pública, da competência do Ministério Público, quando realmente a este é atribuído promover próprio inquérito. Não. O inquérito capitaneado pelo Ministério Público esteve voltado ao que surgiu logo após, ou seja, à propositura da ação penal. Dir-se-á que, no inciso IX do artigo 129 temos uma abertura ao legislador ordinário para incluir, no âmbito de atuação do Ministério Público, outras atribuições. Todavia, essa autorização constitucional está clausulada, balizada e não consubstancia, em si, uma carta em branco dada ao legislador ordinário. Prevê o preceito que: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...).

Indaga-se: a abertura de inquérito, sua condução, o ato de colher elementos dentro desse inquérito, isso pode ser tido como inerente à finalidade do Ministério Público? A resposta nos vem da própria Constituição Federal. No inciso VI do art. 129, há uma referência à possibilidade de o Ministério Público – diretamente e não via Judiciário, como normalmente ocorre, inclusive, aqui, nesta Corte, quanto aos



inquéritos situados na respectiva competência – expedir notificações nos procedimentos administrativos. Mas em que procedimentos administrativos? No procedimento administrativo penal, no inquérito policial? E, nesse caso, seria no inquérito do Ministério Público? Não. Naqueles casos em que se tenha a competência do próprio Ministério Público. Expedir notificações está no preceito, nos procedimentos administrativos de sua competência.

Há mais, Senhor Presidente, a revelar que o Ministério Público não pode, e isso lhe foi negado pelo Constituinte de 1998, como eu disse – capitanear, ele próprio, à margem do crivo do Judiciário, o inquérito. De acordo com o inciso VII do art. 129 também a ele incumbe: VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; e mais, no inciso VIII: VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

O Ministério Público não pode fazer investigações porque ele será parte na ação penal a ser intentada pelo Estado e, também, não pode instaurar um inquérito no respectivo âmbito.

A Constituição Federal encerra um grande todo. E, se formos adiante, se formos à parte que versa sobre a segurança pública, veremos, no artigo 144, § 4º, a existência de um preceito a revelar que: § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Incumbem as tarefas supra às polícias civis e não ao Ministério Público.

Ora, na espécie dos autos, tivemos a propositura de uma ação penal a partir de elementos coligidos em inquérito que não se mostrou, vez alguma, policial, mas administrativo, implementado pelo Ministério Público. Ressuscitou-se uma pretensão, que fez prevalente, mesmo não possuindo o Ministério Público o poder constituinte originário que possuiu a Assembléia de 1988. Olvidou-se que foi rejeitado por essa Assembléia na tentativa que ocorreu de se transportar para o cenário brasileiro o que se tem, por exemplo, na Itália, com a atuação do Ministério Público no próprio inquérito, a feitura do inquérito pelo próprio Ministério Público.

Senhor Presidente, aqueles que têm poder – já se disse, isso é vala comum – tendem a exorbitar no exercício desse poder. É preciso que se coloque um freio nessa tentativa. Vejo esse processo como revelador de uma precipitação do Ministério Público que, ao invés de provocar a abertura do inquérito policial, como lhe cabia fazer, já que o passo seguinte não seria a propositura de uma ação civil pública, mas de uma ação penal, resolveu ele próprio – não sei se teria desconfiado da polícia – promover as diligências para a coleta de peças, objetivando respaldar a oferta, a propositura da ação penal e a formalização, portanto, da própria denúncia.

O Supremo Tribunal Federal – aprendi isso desde cedo nas sessões da Segunda Turma, com V. Exa. – é uma Corte comprometida com princípios. Diria que é a Corte encarregada, pelo legislador Constituinte Originário de 1988, de exercer a guarda quanto a prevalência dos preceitos constitucionais. As normas constitucionais em vigor obstaculizam, a mais não poder, a atitude do Ministério Público retratada nestes autos”. – g.n. –.



21. Apenas para constar, a ementa do suprarreferido recurso restou consignada nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) não tem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido.” (4)

22. Não há como afastar, destarte, a nulidade da denúncia em face da promoção, pelo próprio órgão que a formulou, do inquérito para a colheita dos elementos que acabaram por formar a *opinio delicti* em desfavor do paciente.

23. Aliás, recentemente a Segunda Turma do Supremo Tribunal reconheceu, por unanimidade, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326 (5), **a falta de legitimidade do MP para realizar diretamente investigações e diligências em procedimentos administrativos investigatórios.**

24. Para que se não diga que a posição do e. STF ficou no passado, é de bom alvitre trazer a essa e. Turma de Recursos que foi julgado naquela excelsa Corte o Inquérito de nº 1.968-DF (6), onde novamente a posição foi reafirmada por diversos ministros, estando o caso pendente de julgamento definitivo, atualmente com vistas ao i. Min. **Joaquim Barbosa.**

25. Por outro lado, o e. Tribunal de Alçada do Paraná, recentemente, optou, da mesma forma, pela efetivação da Constituição quando julgou o *habeas corpus* de nº 235.856-5 (7), da c. 4ª Câmara Criminal, que determinou o trancamento de processo, eis que a ação foi oferecida com base em elementos coligidos pelo Ministério Público. No e. Tribunal de Justiça do Paraná, igualmente, já se tem vozes que seguem na linha da CR, como se pode verificar do voto divergente do i. Des. **Leonardo Lustosa**, na Denúncia-crime de autos nº 137.481-4.

26. Não bastasse tudo, fez-se, aqui também, como recordou no voto precitado o Min. Marco Aurélio, uma **extrapolação do “poder” que se pensava ter, dado que sequer se produziu, como deveria ter sido produzida, a prova preliminar necessária a respaldar a formação da *opinio delicti*.** Inicialmente era necessário a prova de que o local em que o paciente estava era um prostíbulo. Como foi amplamente noticiado, a empresária Marlene Luy teve novamente concedido alvará para funcionamento, o que por certo afasta peremptoriamente qualquer especulação no sentido de que referido estabelecimento funciona a margem da lei.

27. Em suma, não pode – e não deve – o MP investigar não só porque é ilegal/inconstitucional, mas porque desde sempre se soube dos riscos que se corria – o próprio MP também – com o lugar de inquisidor que se quis evitar. **Os promotores devem promover a Justiça – pelo menos enquanto vale a CR e a lucidez democrática – e não é isso que se alcança em casos e atitudes como as presentemente discutidas, as quais, em face dos vícios, devem ser coibidas e o processo declarado nulo.** “*Não é possível (...) permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.*”



(8) – g.n. –. No mesmo sentido, **Antonio Evaristo de Moraes Filho**: “o sistema legal brasileiro vigente não autoriza o Ministério Público a promover as investigações preliminares, em substituição à Polícia Judiciária” (9).

28. O perigo da investigação direta pelos órgãos ministeriais é enorme; não para o paciente, tampouco para eventuais culpados, mas, antes, para toda a sociedade e para o próprio MP. O discurso legitimador dos inquisidores, seja lá qual for a veste que se lhe dê, sempre – absolutamente sempre! – na história, serviu para justificar as maiores injustiças, cometidas (in)justamente por aqueles que se diziam preocupados com o bem-estar geral (ou seja, com irrefutáveis boas intenções) e estavam (com o)/(no) poder para preservar os interesses legítimos da sociedade em que viviam. Basta lembrar de Hitler – a analogia não é exagerada! – e Mussolini, quando ambos, em nome de um sentimento popular majoritário e com justificativas que sempre podem ser encontradas pelos incautos – basta “usar” o método interpretativo que melhor aprouver –, avocaram para si os poderes legislativos “que já detinham” e que lá estavam para ser exercidos.

29. Ora, a grande preocupação não é com o exercício do poder por algum órgão estatal (o qual, diga-se, pode até bem usá-lo), mas, antes, com a *possibilidade* de seu mau-uso; por isto, exatamente por isto, os limites são necessários. (10)

30. A imposição da vedação é da CR, mas a base epistêmica está ditada em outras fontes, bastando ver os diversos projetos, à época da Constituição, para a inclusão de poderes investigatórios do MP, como demonstra o brilhante voto do i. Des. **Leonardo Lustosa** na denúncia-crime supracitada, do e. TJPR. Sobre o fundamento do risco que se corre, alerta de forma excepcional **Franco Cordero**, falando de um “quadro mental paranóico” (11).

31. O Ministério Público – e de resto a própria Magistratura – não se devem arriscar em um labor sobre o qual nem os bispos, com os “infinitos” poderes que detinham, deram certo. É, antes de tudo, mais inteligente (como pensou o legislador constituinte) controlar tudo do lado externo; basta concertar os mecanismos justos. Uns, por certo, não querem, porque preferem os riscos, quiçá por conta de outra cena (seria preciso ouvir a psicanálise), como se fosse um jogo, mas se vê logo que não é, mormente em um país onde as instituições não têm a tradição de garantir a incolumidade de seus membros; e seria ingênuo isso não reconhecer.

32. Esta é, que sabe, a primordial razão pela qual o sistema, para ser mudado, deve seguir a trajetória preestabelecida; nunca pela manipulação hermenêutica e golpes retóricos, para fazer sobressaírem os **justiceiros** e seus minutos de glória. Como evidenciou o abade **Lacordaire**, em matéria como esta, **a liberdade escraviza e a lei liberta**.

33. Desta forma, espera-se a declaração de nulidade de todo procedimento que sustenta a denúncia em face da atividade investigatória ter sido promovida pelo Ministério Público.

DA FALTA DE JUSTA CAUSA

34. Conforme o libelo inaugural, por volta das 01h30m da madrugada do dia 29 de novembro, integrantes de uma Força-tarefa composta “por diversos órgãos públicos como: Polícia Militar, Polícia Civil, Comissariado da Infância e Juventude, Vigilância Sanitária, Seinfra, Fundema, Conurb, Ecade e outros (12)



”, chegaram “na boate da “Marlene Rica” sendo que ao se “posicionarem no portão de entrada, constataram que a mesma estava funcionando”. (13)

35. Prossegue a vestibular acusatória afirmando que o Tenente REISDORFE, Comandante da Operação, teria sido atendido pela proprietária através de uma “vigia”, que em seguida teria sido fechada para ser reaberta alguns instantes depois, quando na companhia de Marlene Luy encontrava-se outra pessoa.

36. Nesse momento estaria juntamente com o citado tenente o Comissário Milton, que interpelado pelo acompanhante de Marlene explicou que era uma operação de rotina, sendo indagado “se havia algum oficial da polícia, tendo este chamado o Tenente que estava ao seu lado, que o Tenente Reisdorfe, Comandante da Operação Força Tarefa; (14)” teria prestado continência e se apresentado.

37. Em seguida, o denunciado teria dito “alguma coisa” ao comissário Milton, tendo este se dirigido ao mesmo e indagado “qual era o problema em fiscalizar o local uma vez que se tratava de um “prostíbulo”, momento em que o mesmo em tom de intimidação respondeu: “comigo também está o Secretário da Segurança Pública”, permanecendo em pé atrás da porta, ao lado da proprietária, não permitindo que o portão fosse aberto, o que impediu que a Força-tarefa cumprisse com sua obrigação. Após, a “vigia” foi novamente fechada, razão pela qual os integrantes da Força-tarefa tiveram de se retirar do local sem efetuar a fiscalização.”

38. Conclui a acusação que “o ora denunciado, usando abusivamente de seu cargo e de sua autoridade de Comandante-geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, impediu, ao não permitir que o portão fosse aberto, a entrada, ao interior do Bar e Wiskeria denominado “Marlene Rica”, dos integrantes da Força-tarefa, composta de diversos órgãos de fiscalização. (15)

39. Ora, perdeu-se no evoluir dos tempos, sabem Vossas Excelências, o tempo em que o conceito de **justa causa** para a persecução penal se esgotava na atribuição de fato que reproduzisse, em tese, o conteúdo de algum arquetipo legal de delito ou, numa palavra, se revestisse de tipicidade penal.

40. Nos tempos que correm, tem lugar a idéia que já não prima mais pela modernidade, mas sim, pela consistência lógico jurídica de que a justa causa não se aperfeiçoa apenas e tão somente com a atribuição de fato em tese dotado de tipicidade, antes exigindo que essa imputação, longe de resultar “de pura criação mental da acusação” (16), encontre em elementos sérios e concretos, razoável respaldo.

Na verdade, não basta à admissibilidade da ação penal, como outrora já se entendeu, a singela imputação de fato que, em tese, constitua crime. Não basta ao reconhecimento da denúncia o atendimento às formalidades do art. 41 do CPP, em à descrição de comportamento hábil, em tese, à caracterização da figura típica. Reclama-se, mais do que isso, um princípio de correspondência entre o fato imputado e o comportamento do agente retratado no inquérito: exige-se, é curial, a fumaça do bom direito que justifique alguma possibilidade de prática, pelo acusado, do fato descrito. Deve-se, em suma, a opinio delicti, calcar-se em suspeita fundada e razoável, não presumida, pelo que, se esta não se faz presente com tais atributos, falta verdadeira condição da ação a justificar a persecução, em sua fase processual, persecução que, por suas características e efeitos, atinge, sem dúvida, não só o status libertatis como, ainda, o status dignitatis do acusado...” (17)



41. Preenchesse a imputação lançada ao paciente, minimamente que fosse, esses requisitos, inarredáveis, impreteríveis, não na submeteriam o impetrante ao crivo de Vossas Excelências, ao menos e certamente em sede de *habeas corpus*.

42. Esquadrinhados, um a um, todos os elementos de informação e convicção nos autos reunidos, e cotejados com o trabalho produzido pela Corregedoria da Polícia Militar, o que se depreende e não se pode deixar de, reconhecendo, afirmar, é um choque de versões, restando claro que o libelo crime ora vergastado encerra, tão incompreensível quão inocultavelmente, abstrações atrás de abstrações, sem a menor sustentação.

43. Onde foi buscar S. Excelência, o nobre Promotor de Justiça, elementos para afirmar que a casa estava aberta, e que o paciente teria mencionado o nome do secretário? E mais, essa afirmação teria sido feita para quem? Para o tenente ou para o comissário? A dificuldade em se entender a redação acusatória sacrifica a defesa, principalmente quando tanto o tenente como o comissário **negam** e repudiam os fatos postos pelo digno acusador.

44. Conforme relatou o Tenente Márcio Leandro Reisdorfer ao subscritor da denúncia vergastada, a **casa de Marlene estava FECHADA, e quem impediu a entrada foi a proprietária, tendo RESOLVIDO, sponte própria, desistir da operação.**

*“QUE A CASA NÃO ESTAVA FUNCIONANDO, ESTAVA FECHADA E POR ESSA RAZÃO NÃO PERMITIU A ENTRADA... Neste momento, o depoente chegou até o portão e através da “vigia” reconheceu o Comandante Geral da Polícia Militar de Santa Catarina, Coronel Paulo Conceição Caminha. Em razão deste fato, tomando a postura militar, se apresentou ao mesmo, declinando o nome de guerra e a função no comando da operação, explicando o que se tratava a operação. Após a apresentação, o Cel. Caminha informou ao depoente que também estava no interior da casa o Secretário de Segurança Pública e Defesa do Cidadão. Diante dos fatos, isto é, da informação de que a casa estava fechada, **DE NÃO TER SIDO AUTORIZADA A ENTRADA, PELA PROPRIETÁRIA**, em vista do fato de que se tratava de uma operação de rotina, uma vez que não havia denúncia específica de qualquer órgão que envolvia a força tarefa que motivasse a entrada no local, bem como diante da presença de autoridades da Segurança no interior, o que denotava o local estar seguro, **RESOLVEU** como Comandante da Operação não expor a Guarnição Policial Militar que estava sob seu comando a prática de nenhuma infração penal bem como a prática de nenhuma irregularidade administrativa... Esclarece que não retirou a tropa do local, ali permanecendo em apoio aos demais órgãos envolvidos, caso esses quisessem adentrar no local e assumissem a responsabilidade dos atos. Assim, a segurança policial estava presente no local pronta para atender qualquer necessidade... **ESCLARECE O DEPOENTE, POR IMPORTANTE, QUE NÃO HOUE, POR PARTE DO COMANDANTE DA POLÍCIA MILITAR, QUALQUER ORDEM OU DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE QUE SE RETIRASSE DO LOCAL OU NÃO ADENTRASSE NO MESMO. DA MESMA FORMA, ESCLARECE QUE NÃO HOUE QUALQUER INTIMIDAÇÃO POR PARTE DO CEL. CAMINHA, TENDO OS FATOS OCORRIDOS NA FORMA ACIMA RELATADA.** Esclarece ainda, que era procedimento de rotina nas operações efetuadas, que quando chegavam nos locais a serem abordados e estes encontravam-se fechados, se retiravam”.*



45. Veja, Excelência, o abismo existente entre o que foi dito pela testemunha e o que foi narrado pela acusação. É bem verdade que num aspecto existe uma aparente identidade, ou seja, o paciente teria mencionado a presença do secretário, mas logo depois, esta assertiva é repudiada pela própria testemunha, senão vejamos:

“que o declarante afirma que a Casa de Marlene Rica, não havia sido fiscalizada por ser uma casa de difícil acesso, tendo em vista ser cercada por muros altos, portão fechado e as funcionárias demorarem para atender a solicitação de entrada, o que acaba por não motivar uma ação policial ostensiva, uniformizada, mas sim, ações de inteligência... QUE EM MOMENTO ALGUM O DECLARANTE COMO COMANDANTE DA OPERAÇÃO E RESPONSÁVEL PELA GUARNIÇÃO PM, FOI INFORMADO DE ALGUMA DENÚNCIA OU QUAISQUER FATOS QUE MOTIVASSEM O DESLOCAMENTO PARA AQUELA CASA, PRINCIPALMENTE POR PARTE DO COMISSARIADO DE MENORES... Que o declarante ouviu da Sra. Marlene que a CASA ESTAVA FECHADA E QUE NÃO AUTORIZARIA A ENTRADA DA FORÇA TAREFA; que ao olhar pela vigia o declarante reconheceu o Cel. Caminha, Comandante-Geral da PMSC. Imediatamente o declarante tomou postura militar, apresentando-se ao mesmo, informando o teor da operação; que por ter encontrado o local fechado e não ter AUTORIZAÇÃO DA PROPRIETÁRIA, o declarante na condição de Comandante da Operação não quis expor a guarnição policial sob seu comando à prática de cometimento de infração penal e/ou administrativa... perguntado se o Cel Paulo Conceição Caminha informou a presença de outras autoridades no local, RESPONDEU QUE: NÃO E QUE NÃO TINHA VISÃO DO INTERIOR DO TERRENO...”

46. É a própria testemunha acusatória que faz ruir a acusação. Além de não encontrarmos em AMBOS depoimentos qualquer indício de que o paciente tivesse valido-se da sua autoridade ou mesmo obstruíse a investigação, percebe-se que a ficção cedeu à realidade, perdendo, por conseguinte, o libelo inaugural, idoneidade jurídica.

47. Pelo cotejo dos dois depoimentos, verificamos sintonia nos detalhes, tais como: a CASA ESTAVA FECHADA, a proprietária NÃO AUTORIZOU A ENTRADA, o paciente NADA FEZ PARA OBSTACULIZAR A FISCALIZAÇÃO; funcionando, todavia, de alerta e reforço a tese inicial no sentido de que é temerário a investigação ser presidida pelo órgão acusador o fato de que o Tenente ao Promotor informa sobre a eventual presença do Secretário de Segurança, enquanto junto à Polícia Militar o mesmo foi enfático ao negar tal diálogo com o paciente.

48. Conceder o poder de investigação ao Ministério Público em situações como esta, obriga-nos à constrangedora indagação: Uma vez que o paciente sempre negou tivesse mencionado a presença de qualquer outra autoridade, fato corroborado pelo tenente, a quem se deve dar credibilidade? Ao depoimento prestado na Polícia Militar, no IPM que também investiga os fatos, ou ao acusador que tem interesse direto em sustentar a denúncia? Será que o depoimento prestado ao Dr. Promotor de Justiça, em seu gabinete, sem a presença de qualquer outra testemunha, tem maior credibilidade do que o outro?

49. Para o deslinde da acusação, a presença ou não do Secretário é irrelevante, uma vez que ficou claro que a conduta do paciente em nada obstaculizou a operação que foi suspensa por decisão pessoal do tenente. Todavia, reforça o primeiro entendimento, no sentido de que a prova não pode ser colhida por



quem dela tem interesse direto.

50. A operação foi suspensa de forma acertada pelo tenente que ainda ficou à disposição para auxiliar quem entendesse e assumisse o risco de prosseguir. O tenente agiu acertadamente, pois a prova não deixa dúvidas de que foi Marlene quem negou a entrada na casa, uma vez que a casa ESTAVA FECHADA. Assim, eventual esforço da Força-Tarefa para ingressar na residência estaria irremediavelmente tolhida pelo preceito CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO.

51. Assim, neste diapasão, *ad argumentandum*, ainda que o paciente tivesse feito qualquer gesto que pudesse ser interpretado como impeditivo do ingresso, mesmo assim, estaria o mesmo sob o pálio da **legítima defesa da propriedade**, além do que evitando eventual crime de INVASÃO DE DOMICÍLIO que seria praticado pelos integrantes da Força-tarefa.

52. O único crime que poderia ser increpado ao paciente seria **prevaricação**, caso concorresse para a perpetuação da invasão de domicílio. O falso moralismo não deixa as pessoas vislumbrarem que as chamadas mulheres de vida fácil, vulgarmente conhecidas como prostitutas, também, como todo cidadão, são amparadas pela lei maior, no que tange à inviolabilidade do domicílio.

53. Inclusive, consoante farto entendimento jurisprudencial, podem até ser vítimas de crimes contra os costumes, uma vez que o uso do corpo também é um direito, tal qual o de permitir ou negar o ingresso em sua residência fora dos horários legais, e sem permissão legal.

54. Esqueceu sua Excelência o Promotor de Justiça, que em estando FECHADA A RESIDÊNCIA, e pouco importa que tenha também outra destinação, NÃO PODERIA EM HIPÓTESE ALGUMA A AUTORIDADE NELA INGRESSAR DURANTE A MADRUGADA. A lei abre exceção quando lá está a acontecer algum crime o que não era o caso dos autos, eis que nenhuma denúncia existia sobre qualquer ilícito.

55. A propósito, sobre o tema, vale à pena citar:

“delito caracterizado, embora se trate de prostíbulo. Condenação mantida. É irrelevante à configuração do delito, previsto no art. 150 do CP, ser um prostíbulo o domicílio violado. É que, não se confundindo o uso ilegítimo da moradia com o uso imoral, o preceito penal ampara a inviolabilidade de toda a casa, qualquer que seja sua destinação”.

(RT-559/341)

“delito configurado. Irrelevância de se tratar de motel, onde rotineiramente são recebidos casais para encontros amorosos. Fato que não desnatura sua condição de habitação coletiva, merecendo proteção legal os que nele se encontram. O fato de em um motel serem rotineiramente recebidos casais para encontros amorosos não desnatura sua condição de habitação coletiva. Todos quantos nele ingressam gozam de proteção legal. assim, a invasão de um de seus quartos, surpreendendo os ocupantes, caracteriza o crime de violação de domicílio”.



(RT-635/341)

“crime na invasão de prostíbulo fechado – a garantia individual da inviolabilidade domiciliar estende-se também aos bordéis e casas de tolerância, quando a entrada em horas de repouso e contra a vontade expressa da moradora, inquilina ou proprietária do imóvel. Irrelevante tratar-se de lupanar porque protege a lei o sítio reservado à vida íntima do indivíduo ou à sua atividade privada”.

(JTACRIM 31/334)

“é irrelevante à configuração do delito previsto no art. 150 do CP ser um prostíbulo o domicílio violado. É que, não se confundindo o uso ilegítimo da moradia com o uso imoral, o preceito penal ampara a inviolabilidade de toda a casa, qualquer que seja sua destinação”.

(JTACRIM 70/330 – RT 559/341 – RT- 374/292 – 456/405)

“quando fechado ao público, é inviolável o domicílio da meretriz; e nessa situação comete o crime do art. 150 do cp quem contra a sua vontade ali força entrada”.

(RT-456/405 – JUTACRIM 1/31)

56. Do corpo do julgado incerto na JTACRSP – LEX 70/330, extraímos:

“cabe lembrar que a lei não deixa sem proteção o domicílio, seja qual for a condição do habitante. Antigo julgado acentuou que a prostituta não fica, pelo seu ofício, desamparada da proteção legal. Assim como tem o direito de se recusar a quem entender – e quem a violentar comete estupro – tem também o direito de recusar a entrada a quem não quiser receber”.

57. Por tudo isto, nobre julgador, fica claro que não poderia o paciente ter praticado qualquer crime, eis que se algum crime existisse, seria o de tentativa de violação de domicílio, fato esse que segundo a norma constitucional qualquer um do povo poderia prender em flagrante e a autoridade deveria. Nesta condição, se o paciente tivesse feito valer sua autoridade (o que incorreu) para impedir o acesso na residência, estaria escudado pelo preceito legal da **legítima defesa da propriedade de terceiro**, o que implica na inexistência de qualquer crime a si atribuído, valendo registrar:

“Direitos protegidos pela legítima defesa: ela alcança quaisquer bens ou interesses juridicamente protegidos, como a vida, saúde, honra, pudor, liberdade pessoal, patrimônio, tranqüilidade do domicílio, pátrio poder, segredo epistolar etc...” (Julgados 76/279 – STJ)

58. Do narrado, resta insofismável que a Força Tarefa sem a expressa autorização da proprietária do estabelecimento e da residência lá não poderia ingressar e foi exatamente isto que aconteceu, sendo de todo irrelevante a presença do paciente no local, pois mesmo que lá não estivesse, a Força-Tarefa não poderia fiscalizar em razão da inviolabilidade do domicílio.

59. Infelizmente, o fato, como já dito anteriormente, foi submetido a um duplo debate, onde em holocausto à verdade, sacrificou-se a prova e elementares conhecimentos do direito, tudo, talvez, por



questões políticas, cuja conclusão decorre do depoimento prestado por Luiz Carlos Simões ao digno Promotor de Justiça, onde esclareceu que no dia o comissário Milton estava “**ansioso e agitado**”, **dizendo que deveriam fiscalizar a “Marlene” para fechar a operação com “chave de ouro”**:

60. Assim, pelo teor desse depoimento, podemos suspeitar que havia uma pré-disposição do Comissário em criar um embaraço tão somente de cunho político...

61. De outra banda, verifica-se um esforço hercúleo para crucificar o paciente, misturando-se o **direito com a questão moral**, quando não custa perguntar aos ARAUTOS da MORALIDADE, porque a Casa da “Marlene Rica” está funcionando em Joinville a cerca de 23 ANOS? Recentemente, teve renovado seu alvará. Ora, se lá existe prostituição, e isso pelo que se saiba ainda é crime, dentro desta ótica, não custa perguntar: **SERÁ QUE TODAS AS AUTORIDADES CONSTITUÍDAS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE NÃO ESTÃO PREVARICANDO DURANTE TODOS ESTES 23 ANOS?** Ou será que nenhuma delas sabe que no local funciona uma casa de prostituição tal qual o paciente?

62. Em todos estes anos nenhum processo por prostituição ou crime contra os costumes foi instaurado contra a Marlene Luy, perguntarmos: porquê?

63. Não é preciso revolver e analisar profundamente a prova dos autos para constatar que a presente ação penal carece de justa causa.

64. Nada obstante, denunciou-o o Ministério Público, dardejando-lhe, sem que o direito, os fatos, as provas, a lógica, o fizessem merecedor, dos sérios, pesados e aviltantes reflexos da persecução penal, apesar da prova inquisitorial girar em sentido contrário aos fatos alegados.

65. Conforta-o, porém, saber que, porque “*o Juiz moderno tem pelo direito individual um respeito que entrou nos costumes e faz parte de sua atmosfera ambiente, e lhe inspira escrúpulos cujo valor é precioso reconhecer quando se trata da sorte e da liberdade de um cidadão*”(Nelson Hungria, “Comentários ao Código Penal,” Forense, 3ª ed., volume VIII, pág. 179), não tolerarão, Vossas Excelências,

“...denúncia representada por alegações despojadas de indícios ou suspeitas fundadas..., sem um mínimo de prova que deixe bem patenteado não se estar diante de mera aventura judiciária...” (18)

66. Afinal, para não “*comprometer esse respeito e esse escrúpulo no trato com a sorte, a liberdade e a própria dignidade do indivíduo*”(ob. ant. citada, pág. 349) , “é indispensável, haja nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de informação”, arremata as palavras que o espírito e o talento do Prof. Frederico Marques modelaram numa lição contra o abuso no poder de denunciar.

67. É preciso, pois, disse-o a Suprema Corte,



“...que a narrativa expressa em denúncia que pretenda apoiar-se, com exclusividade, em inquérito policial, aí encontre lastro em elementos que façam verossímil a acusação.

Não pode ela repousar sobre exercício meramente especulativo”. (19)

68. Essa, precisamente essa, a hipótese que a imputação lançada ao paciente reproduz. Falta-lhe mínima verossimilhança, sobra-lhe, contudo, abstracionismo, sustenta-a, fatos que refletem a reiteração de exercícios meramente especulativos, razão pela qual, ausentes todos e quaisquer contornos de razoabilidade e justiça, impõe-se o trancamento da respectiva ação penal, que, despeja sobre o paciente insuportável e injusta carga de angústia e humilhações.

69. Esse aflitivo estado de coisas, repudia-o porém nossos Tribunais, de modo sistemático, valendo lembrar expressivo paradigma relatado pelo Emérito desembargador Marcílio de Medeiros e proferido no Habeas Corpus nº 7.210:

“Denúncia ao desamparo de suporte probatório, esteada apenas em meras suposições do órgão acusatório – Falta de justa causa. Ordem concedida para trancar o processo.

Destaca-se, no corpo desse v. julgado, o seguinte lance:

O Pretório Excelso, em aresto que foi relator o eminente Ministro Orozimbo Nonato, assim decidiu: “O procedimento criminal, com todo o séquito de gravames que acarreta ao indivíduo, só é de se instaurar quando a denúncia reporta-se ao fato, em tese delituoso, corroborado, quantum satis, por elementos probatórios...” (grifos meus, JC, p. 349/350)

No mesmo sentido:

A atenuação do rigorismo do art. 41, do CPP não implica em admitir-se denúncia, que, nem de longe demonstre a ação ou omissão praticada pelos agentes, o nexos de causalidade com o resultado danoso ou qualquer elemento indiciário de culpabilidade. (RT 719/518)

A denúncia, pelas conseqüências graves que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, co-autor ou partícipe do crime. (RT 715/526)

70. Patentado o inegável constrangimento ilegal decorrente de ter o magistrado designado audiência para recebimento de denúncia carente de JUSTA CAUSA, aguarda-se a concessão da ordem para que se fruste a malsinada solenidade por ser medida de

JUSTIÇA!

IV – DA MANIFESTA ATIPICIDADE

71. O fato típico é o primeiro e fundamental elemento do crime. Embora definindo a causa como a ação ou omissão “sem a qual o resultado” (de que depende a existência do crime) “não teria ocorrido” (art.



13), o Código Penal, expressamente refere-se ao fato como fenômeno básico do delito: arts. 21 e parágrafo único, 22, 23, 24, 26 e parágrafo único, 28, dd 1º e 2º, etc.

72. Na lição de Damásio de Jesus, “*o crime, sob o aspecto jurídico-formal, apresenta-se com as características do fato típico e da antijuridicidade. O primeiro requisito, é, pois, o fato típico, que consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos do delito contidos na lei penal*” (Direito penal: parte geral, ed. Saraiva, São Paulo, 1991, vol. 1º, p. 197. Grifos do original).

73. A exigência da tipicidade, ou seja, da adequação entre o fato humano e o modelo legal, constitui uma das missões de garantia do Direito Penal, consagrando a fórmula romana: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. Esta é a enfática proclamação de segurança gravada na Constituição e no primeiro artigo do Código Penal e acolhida pela doutrina e pela jurisprudência como princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva (ou anterioridade) da lei penal.

74. O princípio da legalidade é incompatível com a analogia e a interpretação extensiva, sempre que em função de uma ou outra se pretenda caracterizar um ilícito penal ou impor uma sanção correspondente. Conforme ensina Aníbal Bruno, “*o Direito punitivo é a lei escrita, circunscrito aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende. Não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimento da analogia*”. (Direito Penal – parte geral, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1967, tomo 1º, p. 222).

75. Quanto à interpretação, vale chamar à colação o magistério de Néelson Hungria. O mais destacado redator do Código Penal de 1940 é muito claro: “*a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário*” (Comentários ao código penal, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, t. I, p. 86).

76. Dentro deste contexto, impossível cogitar-se de violação ao artigo 236 da Lei nº 8.069/90, uma vez que ora da simples leitura do dispositivo dito infringido temos:

“IMPEDIR OU EMBARAÇAR A AÇÃO DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA, MEMBRO DO CONSELHO TUTELAR OU REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PREVISTA NESTA LEI”.

77. Sem embargo de que o paciente nega peremptoriamente a prática de qualquer ato ilegal, somente podem ser sujeitos passivos do delito a autoridade Judiciária (JUIZ DA VARA DA INFÂNCIA ou o Juiz que estiver respondendo pela Vara), Membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público.

78. De fácil percepção, e não precisa ser nenhum gênio das lides forenses para constatar que NÃO EXISTIA NO LOCAL NENHUM JUIZ DE DIREITO RESPONDENDO PELA INFÂNCIA, NENHUM CONSELHEIRO TUTELAR E NENHUM MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Assim, IMPOSSÍVEL A TIPIFICAÇÃO do crime por falta de elementos essenciais.

79. Em comentário a este dispositivo, encontramos:



“A norma incrimina o agente que impedir ou embaraçar a ação da autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista no Estatuto.

Tutela-se a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, por parte das medidas provenientes da autoridade judiciária, dos membros do Conselho Tutelar ou do Ministério Público.

O tipo em exame apresenta dois núcleos mistos alternativos, quais sejam: “impedir” e “embaraçar”. Tem-se entendido que ocorre o tipo misto alternativo quando duas ou mais condutas descritas são fungíveis ou permutáveis, ficando indiferente a realização de mais de uma, no que concerne à unidade do delito. É o que ocorre no tipo em estudo. O agente, realizando um só núcleo ou os dois, pratica um só delito, e não concurso material de crimes. Mas é necessário para a consumação do delito que o agente realize qualquer das condutas previstas ou as duas em detrimento de ato de autoridade judiciária, de membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público, uma vez que estejam no exercício de função prevista na lei em epígrafe.

A AUTORIDADE JUDICIÁRIA A QUE SE REFERE O TEXTO LEGAL SERÁ, SEM DÚVIDA, O JUIZ DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA OU AQUELE QUE ESTEJA EXERCENDO ESSA FUNÇÃO”.

(Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – 2ª Edição – p.721) – nossos os destaques.

e ainda:

“A autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar, e representante do Ministério Público são os sujeitos passivos do crime, desde que no exercício de funções a eles conferidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. JUIZ PODE SER TANTO AQUELE TITULAR DA VARA ESPECIALIZADA OU ANEXO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, COMO AQUELE QUE ESTIVER DESIGNADO PARA AUXILIAR ESSES SERVIÇOS”.

(Leis Penais e Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial – Alberto Silva Franco e outros – p. 383) – nossos os destaques.

80. Assim, se NÃO HAVIA NO LOCAL O JUIZ COMPETENTE, O MEMBRO DO CONSELHO TUTELAR, OU O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, a afirmação do cometimento do crime é de toda despropositada e peca pela absoluta falta de amparo legal, uma vez que o Comissário Voluntário da Infância e Juventude não é AUTORIDADE JUDICIÁRIA, porque a lei é taxativa. Entende-se que por autoridade judiciária compreende-se APENAS E TÃO SOMENTE O JUIZ DA VARA ESPECIALIZADA OU AQUELE JUIZ QUE SUAS VEZES ESTIVER FAZENDO. Fora isso, nada mais pode ser aceito.

PEDIDO

81. Patentado o inegável constrangimento ilegal decorrente da designação de audiência de **proposta de suspensão condicional do processo**, para o dia 09 de junho do corrente, em virtude de denúncia baseada em procedimento manifestamente NULO, além de carente de JUSTA CAUSA, aguarda-se a



concessão do writ como medida de

JUSTIÇA!

Fpolis, 12 de abril de 2004.

CLAUDIO GASTÃO DA ROSA FILHO

O.A.B./SC n.º 9.284

Notas de Rodapé:

- 1) Fl. 09, do relatório de conclusão subscrito pelo ilustre Promotor César Augusto Grubba.
- 2) MAZZILI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 115.
- 3) STF, RE 233.072-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, Red. para o Acórdão Min. Nelson Jobim, DJU de 03 mai. 2002, p. 22.
- 4) STF, RE 233.072-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, Red. para o Acórdão Min. Nelson Jobim, DJU de 03 mai. 2002, p. 22.
- 5) STF, RHC 81.326/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. em 06 mai. 2003.
- 6) STF, INQ 1.968/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.
- 7) TAPR, HC 235.856-5, Rel. Juiz Marcos Vinícius de Lacerda Costa, julg. em 18 set. 2003.
- 8) FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. In Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, v. 10, nº 37, p. 244.
- 9) MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O ministério público e o inquérito policial. In Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, v. 5, nº 19, p. 105.
- 10) Talvez, por esse motivo, a Jurisprudência, antes vacilante, começa a adotar postura correta diante da CR. O e. STJ já se pronunciou neste sentido, no Recurso Especial nº 76.171. Diversos Tribunais, igualmente: por ex., o e. TRF da 2ª Região (HC nº 97.02.09315-5; HC nº 99.02.07263-1; HC nº 96.02.09709-4), o e. TJ do Rio de Janeiro (HC nº 1996.059.00615, HC nº 2000.059.02458), dentre outros.
- 11) CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: Utet, 1986, p. 51-2: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittori, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al larvorio poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, tavola a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, nè questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano



sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole. Nelle cause millanese di peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient' affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in teste i fantasmi che vi ha proiettato." Sobre o tema, como uma análise sobre a justiça brasileira: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Papel... In: Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30 e ss.

12) Fl. 01

13) Fl. 02.

14) Fl. 02.

15) Fl. 03.

16) Prof. Plínio de Oliveira Carrea, in "Legitimidade da prisão no direito brasileiro", Editora da Universidade, Porto Alegre, 1984, pág. 94.

17) Grifos nossos, trecho do voto do Des. Canguçu de Almeida, inserto na R.J.T.J.S.P. Lex vol. 121, p. 349

18) grifos nossos, apud: R. J. T. J. SP LEX, vol. 121, pág. 348

19) grifos nossos, Rel. Min. Francisco Rezek, J. STF – Lex 101/359

Date Created

15/04/2004