

Na ânsia por condenar, MPF usa inversão do ônus da prova no STF



Esta coluna conta um caso que atinge a comunidade jurídica (e a mim) em

três dimensões: a) nas práticas cotidianas (exercício da advocacia), mostrando como é difícil o papel do advogado diante de uma aporia como *a inversão do ônus da prova*; b) na academia, porque demonstra como a operacionalidade do direito está distante de uma adequada teorização; c) e, por último, atinge a mim, *porque fui 28 anos membro do Ministério Público, e fico chocado quando vejo coisas como essa que vou contar a seguir.*

A história é a seguinte: um patuleu foi condenado ([ler aqui](#)) pelo crime de porte de munição (artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/03) à pena de 3 anos de reclusão. Era um cartucho calibre 0,40 S&W, na verdade, um pingente (um colar). Sim, um colar. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu *habeas* de ofício para absolver o “bobalhão” (já entenderão porque o epíteto). O MP, por incrível que pareça, recorreu por REsp (1.469.322/MG) ao Superior Tribunal de Justiça. O REsp foi provido monocraticamente no STJ *para afastar a atipicidade da conduta e cassar a ordem concedida pela Corte Estadual, restabelecendo a condenação imposta na sentença*. Contra essa decisão a defesa interpôs agravo regimental, que foi improvido pelo argumento de que se tratava de crime em abstrato e que havia lesão à segurança pública e a paz coletiva (*sic*).

Houve recurso ao Supremo Tribunal Federal. A defesa queria a absolvição. Afinal, em um país de dimensões continentais, com mais de 600 mil presos, dos quais 350 mil são cautelares, quem iria se preocupar com a condenação de uma pessoa por “portar” um projétil “tipo-pingente”? Quem? Vejamos. Um: o STJ, que reverteu decisão absolutória do TJ-MG; dois: o MPF, que em longo parecer, esforçou-se ao máximo para buscar a condenação do homem do pingente. Por duas vezes. No STJ e no STF.

Lendo esse parecer do MPF e a decisão do STJ, fico pensando as razões pelas quais o Direito brasileiro se transformou nessa dogmática asséptica e anódina. Por vezes, são formalistas os juristas. Em outras, realistas (no sentido de empiristas tipo *judge made law*). Por vezes, “a lei é tudo”; em outras, “ora, porque se preocupar com filigranas”? A questão é: em que momento os tribunais vão se comportar deste

ou daquele modo? Quando o Ministério Público será formalista e quando será “axiologista-empirista”? E um dia será “constitucionalista”?

Despreocupado que ali havia uma pessoa por trás do processo, o MPF gastou recursos e energia para até mesmo fazer uma preliminar de “extinção do feito sem julgamento de mérito em razão da inadmissibilidade de habeas corpus substitutivo.....”. E citou jurisprudência. O estagiário deve ter tido muito trabalho para coletar julgados nesse sentido (sabem aquelas três hipóteses para superar a Súmula 691?). Ora, não havia teratologia nesse caso? Não havia flagrante ilegalidade? Um pingente pendurado no pescoço pode ser equiparado a um instrumento que abala a segurança e a paz social de Minas Gerais?

No mérito, o MPF disse não ver qualquer ilegalidade ou motivo para reverter o julgado. Condena-lo-ei por isso, deve ter dito o procurador (a mesóclise está na moda, não?). Mas gostei mesmo foi da citação de Damásio, pelo qual o crime de perigo abstrato “(...) não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão.(...)” Esse Damásio... De todo modo, o que a citação tem a ver com o caso concreto? Além de equivocada, nada. Aviso aos navegantes jurídicos: Direito é uma questão de caso concreto. Não se deve fazer citações descontextualizadas. A culpa deve ser do estagiário (meu estagiário levanta a placa com os dizeres: “incluam-nos — os estagiários — fora dessa”). Gostei também da seguinte passagem do parecer:

“E, exatamente porque presumido o perigo, exime-se o Estado, legitimamente de provar a probabilidade de sua ocorrência”.

É? Qual o perigo? E se o Estado “se exime” de provar, então nem precisa ter MP. Bingo. E nem necessitamos mais de processo. Bingo de novo. O patuleu é preso e já sai condenado. Assim, direto. Não precisa nem de advogado. Bom... que sai mais barato, isso sai. Com o custo atual da máquina judiciária, eis aí uma “boa ideia”.

Mas, calma. Tem mais. O *busílis* — ou a cereja do bolo — da peça ministerial está na contundente defesa da inversão do ônus da prova. Sim, o MPF, guardião da cidadania e dos direitos constitucionais, ainda defende isso. Vejam do que falo, *in verbis*:

“Nestes casos, em que a potencialidade lesiva do objeto é presumida pelo tipo penal, o ônus da prova incumbe àquele que pretende afastá-la, isto é, ao próprio réu, o que em nada afeta as garantias do devido processo legal.”

Tempos difíceis. Tempos muito difíceis. O Brasil vai mal. Muito mal. Temos de estudar mais. Inversão do ônus da prova? Nestes termos e nestas circunstâncias? Ainda bem que a resposta veio incisiva: *em decisão unânime*, a 2ª Turma do STF deu um basta nesse imbróglio-proto-epistêmico, concedendo, no dia 17 de maio de 2016, Habeas Corpus para [absolver o réu](#) portador do pingente: “a atitude do réu não gerou perigo abstrato nem concreto”.^[1] Bingo, acrescentaria este escriba! Ao conceder a ordem de habeas corpus, a ministra Cármen Lúcia disse considerar, contudo, que o jovem não devia ter feito pingente “com uma bobagem dessas”. Mas, ministra — permito acrescentar uma vez mais —, *parece que muita gente da (cara) máquina da justiça se preocupou com uma “bobagem dessas”*. Do delegado ao promotor, deste ao MPF junto ao STJ, o próprio STJ e o MPF junto ao STF. Quem salvou a lavoura foi o STF. Portanto, muita gente considerou essa “bobagem” como um perigo abstrato que colocou em risco a segurança e a paz social de Minas Gerais. Fico imaginando a segurança e a paz pública em Minas

abalada... Imagem a cena.

Depois nos queixamos da crise. A dogmática jurídica brasileira é um queijo suíço. Cheiinha de furos (explico isso porque dia desses um leitor perguntou porque eu dissera que a dogmática é um queijo suíço). Mas a culpa não é do MP ou do Poder Judiciário. *A culpa deve ser dividida*. Entre muita gente. Muita. Com esses cursos jurídicos que temos, formando um enorme contingente de pessoas com baixa preparação, que leem literatura de baixa qualidade (predominam nos cursos^[2] e cursinhos livros simplificadores, que até *coachings* sem formação jurídica podem utilizar e cobrar lições por *whatsapp*), tanta gente escrevendo livro *prêt-a-porter*, *prêt-a-penser* e *prêt-a-parler* (crime ecológico?), concursos quiz shows, *o que podemos esperar do presente e do futuro?* De um modo ou de outro, esse imaginário vai se tornando dominante.

Voltando ao caso, a pergunta que não pode calar: *como é possível que um caso desses vá até à Suprema Corte?* Mais: como é possível que o guardião dos direitos dos cidadãos — o MP — *se esforce para buscar a condenação de uma pessoa por uma “bobagem dessas” (sic), inclusive sustentando, inconstitucionalmente, a inversão do ônus da prova?* Sim, aqui o mais grave nem é a condenação por parte do STJ. Mais grave é a inversão do ônus da prova. Quem ensina ou ensinou que o processo penal admite inversão do ônus probatório? Ah, sim. Já sei. Há muitos — muitos — livros que são usados nas faculdades e nos cursinhos e que estão nas bancadas de fóruns e tribunais que “ensinam” (ainda) isso. Claro: por trás disso está a velha verdade real.

Não tenho mais o que dizer sobre isso. E sobre a crise do Direito brasileiro. De um lado, há uma desobediência civil por parte de membros do judiciário em não cumprir o novo Código de Processo Civil (um juiz federal em Juiz de Fora (MG) disse, face a face com a OAB de lá, semana passada, que o Tribunal Regional Federal não cumpriria o CPC); de outro, prova ilícita sendo naturalizada, desobediência tabula rasa da lei das interceptações, conduções coercitivas sem qualquer aviso ao investigado e, como viram, inversão do ônus da prova. No Rio Grande do Sul, uma juíza ouviu uma testemunha por telefone, no viva-voz. Em processo criminal. Notícias ruins: fiz uma pesquisa nos 27 tribunais da federação — em todos eles ainda há, nos casos de furto, porte de armas e munição e tráfico de entorpecentes, a aplicação da inversão do ônus da prova.

Pois é, meus leitores, levando em conta que morreram aos 27 anos Janis Joplin, Kurt Cobain, James Dean, Jimi Hendrix, Amy Winehouse..., nossa Constituição está completando... 27 anos. E os juristas estão se esforçando muito para a sua destruição, com overdoses de ponderação, pamprinciologismos, decisionismos (e inversões do ônus da prova).

Digam-me as razões para alguém (ainda) estudar Direito. De forma séria. Sim, porque do jeito em que está, podemos transformar os cursos jurídicos em um cursinho tipo Sesi (sem ofensa ao Sesi, que tem bons cursos). Podemos ser todos “torneiros mecânicos do Direito”. Bom, já não somos chamados de operadores?

Peço desculpas pela crueza da coluna. Talvez porque meus 28 anos de MP tenham calado fundo em minh'alma. Quis ingressar e fiz de tudo por isso, em um MP que já não era “promotor público”, acusador sistemático. Pelo menos, eu tentei ser um promotor de Justiça. Estaríamos de volta ao “promotor público”? Ou isso nunca foi abandonado? Vou inverter, aqui, o ônus da prova histórico: quem deve provar isso não sou eu. É o MP. Cumprir o que está na CF. E não deixá-la (ou a ajudar a) morrer.

1 Por várias vezes, quando Procurador de Justiça, consegui convencer o órgão fracionário do tribunal no sentido de que — e esse é um dos exemplos — nem sempre o porte ilegal de arma pode ser tipificado e punido. E tampouco munição pendurada em pescoço (sic). Tampouco o disparo de arma de fogo. E a direção por embriaguez. *Isso porque nenhum delito admite responsabilidade objetiva.* Somente o caso concreto é que pode levar ao enquadramento. Direito penal não pune *tabula rasa*. Um Estado Democrático não convive com responsabilidade penal objetiva. O Estado jamais se exime de provar que há um bem jurídico concreto em perigo. Para isso, apliquei a técnica da nulidade parcial sem redução de texto *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*). Na Europa fazem isso. Está em meu *Verdade e Consenso*. E no *Jurisdição e Decisão Jurídica*.

2 Chegamos ao ápice do “livre pensar” no país: depois de uma aluna escrever sobre “o direito dos manos” (ler [aqui](#)), agora vejo que na Bahia um aluno fez TCC sobre Batman e a autotutela (ver [aqui](#)).

Date Created

26/05/2016