

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Os advogados **ALBERTO ZACHARIAS TORON** e **CARLA VANESSA TIOZZI HUYBI DE DOMENICO**, brasileiro, casados, inscritos na Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, sob os números 65.371 e 146.100 com escritório na Av. Angélica, n.º 688, conj. 1.111, São Paulo (SP), respeitosamente, vêm à elevada presença de Vossa Excelência impetrar

**ORDEM DE HABEAS CORPUS
COM PEDIDO DE LIMINAR**

para sobrestar audiência de instrução, debates e julgamento designada para o próximo dia 3 de março em favor do Delegado de Polícia **DJAHY TUCCI JUNIOR**, brasileiro, Delegado de Polícia em exercício na Divecar - DEIC, portador da Cédula de Identidade R.G. n.º 3.971.595, por estar sofrendo constrangimento ilegal da parte da colenda 9ª. Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça de São Paulo que, **por maioria de votos**, denegou ordem de *habeas corpus*, permitindo que o paciente permanecesse sendo processado por fato atípico (Ação Penal n.º

1342/2008, 2ª Vara Criminal de São José dos Campos (SP) – **cópia integral em anexo**).

Os impetrantes arrimam-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 a diante aduzidos.

Termos em que, do processamento,

Pedem deferimento.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2009.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

O.A.B./SPn.º 65.371

CARLA VANESSA T.H. DE DOMENICO

O.A.B./SP n.º 146.100

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

COLETA TURMA:

EMINENTE RELATOR:

EMINENTE SUB-PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA:

Ementa do pedido:

1. *Paciente, Delegado de Polícia, processado pelo crime de denúncia caluniosa por ter instaurado inquérito policial para apurar fatos que, em tese, contaram com a participação de membros do Ministério Público e Policiais Militares.*

2. *Ausência de qualquer referência direta a membros do Ministério Público na Portaria inaugural do Inquérito, o qual se propõe exclusivamente a apurar os fatos descritos no Boletim de Ocorrência que o amparou.*

3. *Inexistência de imputação de crime a pessoa determinada que o paciente soubesse ser inocente. Determinação para apuração de fatos.*

4. *Imediata remessa das investigações após a lavratura da Portaria e oitiva da vítima ao Procurador Geral de Justiça, sem a realização de qualquer outro ato investigatório.*

5. *Atipicidade da conduta. Ausência absoluta da intenção de investigar inescrupulosamente alguém que se sabia inocente. Voto vencido do eminente Des. PENTEADO NAVARRO que, analisando a hipótese em exame, **trancava a ação penal por falta de justa causa, pois "trata-se de fato atípico por inexistir a intenção dolosa"** (...) "o paciente determinou a instauração de inquérito policial para apurar os fatos, sem, contudo, indicar os nomes das pessoas que deviam ser investigadas, referindo-se apenas a policiais militares e relatando os fatos narrados por Adriano. Por outro lado, o crime de denúncia caluniosa exige para sua configuração, que o autor saiba que a imputação do crime recai sobre um inocente, ou seja, exige o dolo específico. Portanto, é necessária a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática de um crime. No caso em tela, diante dos fatos narrados por Adriano, **seria impossível que o paciente, delegado de polícia destinatário***

da notitia criminis, tivesse a certeza da inocência das pessoas envolvidas naquele episódio” (...). E conclui S. Exa.: “Por esses motivos, entendo que o réu Djahy Tuccio Junior não pode continuar sofrendo o constrangimento de responder a ação penal, na qual é acusado da prática do crime de denúncia caluniosa, por considerar a sua conduta atípica, visto que o mesmo não poderia ter a certeza da inocência das pessoas envolvidas nos fatos que levaram Adriano dos Santos Oliveira a registrar boletim de ocorrência, bem como porque, na condição de delegado de polícia, o paciente não podia ficar inerte aos referidos fatos que lhe foram narrados” (doc. 1/A).

6. Precedentes este col. STJ: “A denúncia deve demonstrar, por meio de fatos concretos, que as alegações feitas pelo paciente eram falsas e que ele tinha conhecimento dessa falsidade, com a finalidade de caracterizar o elemento subjetivo, indispensável à configuração do crime de denúncia caluniosa” (HC n.º 58.961, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNIES MAIA FILHO, j. 7.8.2007). E ainda: APN n.º 489, Rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 8/9/2008 e “não tendo o paciente atribuído efetivamente prática criminosa a outrem cuja inocência era de seu conhecimento, restou atípica sua conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal relativa à prática do delito de denúncia caluniosa” (STJ, 5ª. T., HC 71.476/SP, rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJ 14/4/2008).

7. Liminar urgente para sobrestar audiência de instrução, debates e julgamento designada para o dia 3 de março de 2.009 (doc. 2).

DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL:

1. Bem se sabe que só é viável o trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* quando for evidenciada de forma inequívoca a falta de justa causa sem qualquer necessidade aprofundado exame probatório (TJSP, 15ª. C., Rel. Des. PASSOS DE FREITAS, HC n.º 1.107.904.3/9, j.

18/03/2008)¹. Para solapar qualquer dúvida acerca da possibilidade deste habeas corpus ser manejado, o d. voto vencido do e. Des. PENTEADO NAVARRO, que concedeu a ordem para trancar a ação penal destacou:

“Segundo proclamou o Pretório Excelso, “inexistindo qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto à falta de justa causa para a válida instauração da ação penal privada, é perfeitamente possível efetivar-se o seu trancamento no âmbito estreito do habeas corpus” (STF, 1ª T., HC 72.062/SP, rel. Min. Celso de Mello, RT 749/565). Não foge deste entendimento o colendo Superior Tribunal de Justiça, asseverando que o trancamento da ação penal é possível se o fato é atípico ou não há qualquer indício de autoria (STJ, 6ª. Tu., RHC 4.383-0/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU 24/04/95). Nesse teor há outros precedentes (cf., p. Ex., STJ, 5ª. T., RHC 5762/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 23/09/96; LexSTJ 33/341; LexSTJ 211/161; RT 769/659 e 775/591)” (...) Por derradeiro, “é possível o trancamento da ação penal por falta de justa causa para a persecução criminal, quando se verificar, prima oculi, que os fatos descritos na denúncia não constituem crime, sequer em tese, ou quando ficar provada a não participação direta ou indireta do acusado nos fatos tidos como delituosos, independentemente de apreciação mais dilargada da prova” (RT 759/659)” (doc. 1/A).

1.1. É exatamente esta a hipótese discutida neste writ!

1.2. A despeito da falta de justa causa para a acusação de denúncia caluniosa contra o paciente, **uma vez que a conduta imputada é manifestamente atípica**, esta foi recebida pelo magistrado de primeira instância, o que foi corroborado, **por maioria de votos**, pela d. autoridade coatora, consubstanciando o constrangimento ilegal aqui apontado.

¹ “... a justa causa apta a impor o trancamento da ação penal é aquela perceptível ictu oculi, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos a demonstrar ausência de qualquer elemento indiciário que dê base a acusação” (STJ, **RHC n. 7.338-0, Rel. Min. Fernando Gonçalves**). E ainda: “ação penal. Trancamento por falta de justa causa. Admissibilidade somente se na denúncia constata-se que há imputação de fato atípico ou ausência de qualquer elemento indiciário configurador da autoria” (STJ, RT 739/555).

1.3. O voto condutor do aresto em poucas palavras, após citar largamente a denúncia, afirma que *“a ação deve prosseguir para a apuração devida dos fatos, pois, de uma simples leitura dos autos, não se vislumbra o apontado constrangimento ilegal”* (...) *somente durante a instrução do feito se poderá obter um juízo de valor quanto às questões deduzidas na peça acusatória. De fato, o juízo do feito, ante o contato direto com as partes envolvidas, é quem terá melhores condições de analisar a situação ora posta sob exame, não se podendo na via sumária do remédio heróico proceder a uma análise profunda da matéria que depende do exame de provas. Além disso, no curso da demanda o paciente terá assegurado amplo direito de defesa e seu eventual inconformismo sempre contará com a via recursal apropriada”* (doc. 1).

1.4. Com a devida e *maxima venia*, a hipótese em exame é clara como a luz solar e não demanda nenhuma análise de provas, uma vez que atina com a correta classificação jurídica dada a fatos incontroversos. A conduta imputada ao paciente, como bem destacou o eminente Des. PENTEADO NAVARRO no d. voto vencido *“trata de fato atípico”* (doc. 1 A). O voto, aliás, que é um primor, vai a fundo para demonstrar que o paciente agiu no seu estrito dever de autoridade policial diante dos fatos noticiados e registrados em Boletim de Ocorrência e que *“após tal relato dos fatos por Adriano dos Santos Oliveira, o réu ora paciente (à época dos fatos Delegado Seccional de Polícia da Cidade de São José dos Campos) viu-se no dever de dar prosseguimento a um boletim de ocorrência, posto que não poia ficar inerte, podendo, inclusive, incorrer no delito de prevaricação”* (...) *“o paciente determinou a instauração de inquérito policial para apurar os fatos, sem, contudo, indicar os nomes das pessoas que deviam ser investigadas, referindo-se apenas a policiais militares e relatando os fatos narrados por Adriano. Por outra lado, o crime de denunciação caluniosa exige para sua configuração, que o autor saiba que a imputação do crime recai sobre um inocente, ou seja, exige o dolo específico. Portanto, é necessária a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática de um crime. No caso em tela, diante dos fatos narrados por Adriano, seria impossível que o paciente,*

delegado de polícia destinatário da notícia criminis, tivesse a certeza da inocência das pessoas envolvidas naquele episódio” (doc. 1/A).

1.5. EMINENTES MINISTROS: o paciente, à época dos fatos, Delegado Seccional de Polícia da Cidade de São José dos Campos, foi denunciado pela suposta prática do crime de denúncia caluniosa, porque, teria dado *“causa à instauração de investigação administrativa e policial contra os Promotores de Justiça Dr. Flávio Boechat Albernaz e Dr. Gustavo Médici, imputando-lhes crimes de que o sabia serem inocentes”* (fls. 1d/6d, doc. 3).

2. Desde logo, na esteira do que advertiu o d. voto vencido prolatado no habeas corpus que tramitou perante o TJSP, deve-se destacar que o paciente não instaurou inquérito policial **contra** os ilustres Promotores de Justiça e, muito menos, imputou-lhes a prática de qualquer crime, daí não se podendo falar de acusação contra quem se sabia inocente. Basta ler a Portaria e ver o que a denúncia não deixa transparecer ao dar um colorido criminoso ao que, *data venia*, não o tem.

2.1. Em primeiro lugar, a Portaria que deu início ao inquérito policial instaurado por ordem do paciente reflete única e exclusivamente as informações estampadas no Boletim de Ocorrência lavrado por ADRIANO DOS SANTOS OLIVEIRA e registrado por outra autoridade policial (docs. 4 e 5)².

2.2. É que, considerando a gravidade dos fatos noticiados no Boletim de Ocorrência registrado perante o 1º Distrito Policial de São José dos Campos, a autoridade policial, Dr. JOSÉ HENRIQUE DE PAULA

² Portanto, não nasceu da mente fértil do paciente.

RAMOS encaminhou-o para a Delegacia Seccional de Polícia aos cuidados do paciente, à época titular daquela distrital (doc. 6, fl. 20).

2.3. No sentido de perquirir e apurar **os fatos apontados no Boletim de Ocorrência**, imediatamente, determinou a intimação da “vítima” do Boletim de Ocorrência para que fosse ouvida naquela Seccional (doc. 7, fl. 21).

2.4. Por dever de ofício, diante do Boletim de Ocorrência lavrado, o paciente lavrou Portaria para apuração dos fatos. É bom dizer, aliás, que a Portaria unicamente retrata os fatos narrados no B.O. **não imputando a ninguém determinado**, muito menos a qualquer representante ministerial a prática de qualquer crime.

2.5. Observa-se que em nenhuma linha da Portaria inaugural do inquérito policial, ao contrário do afirmado na denúncia, se lê qualquer referência a um Promotor de Justiça determinado ou qualquer ato praticado por um membro do Ministério Público. O que se narra são fatos, - - diga-se de passagem, **graves** -- todos eles mencionados pela “vítima” no Boletim de Ocorrência por ela lavrado. O paciente, como autoridade policial, **sob pena de cometer o crime de prevaricação**, tinha o dever de determinar a apuração.

2.6. Não obstante, ciente de seus deveres e, agindo com imensa cautela, determinou o paciente fosse oficiado à “*Procuradoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, bem como a seu órgão corregedor, e ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, comunicando a instauração do presente feito, eis que há a menção da possível participação de Promotores de Justiça. Após, não se perdendo de vista o disposto no artigo 222 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, voltem-me conclusos os autos para ulteriores deliberações*” (doc. 4).

2.7. Em referido ofício o paciente fez questão de ressaltar: “*a autoria ainda é incerta, no entanto há notícia de que policiais militares integrados ou a mando de Promotores de Justiça, teriam participado da empreitada ilícita*” (doc. 8/10, fl. 23/25). Informação semelhante encaminhou ao Corregedor da Polícia Militar do Estado de São Paulo: “*informo a Vossa Senhoria que em razão da notícia criminis trazida no Registro Digital de Ocorrência nº 3808/06, foi instaurado o Inquérito Policial n.º 016/S/2006, versando sobre coação no curso do processo e outros, tendo como vítima Adriano dos Santos Oliveira. Cumpre ressaltar que, a autoria ainda é incerta, no entanto há notícia de que policiais militares teriam participado dos fatos*” (doc. 11, fl. 22).

2.8. Foi exatamente isto que fez o paciente. Sem imputar nada a ninguém, comunicou a instauração do inquérito para apurar os fatos a quem deveria noticiar e, no dia seguinte, até para aferir a veracidade dos fatos graves narrados no Boletim de Ocorrência, colheu o depoimento de ADRIANO, na presença da Vice-Presidente da OAB de São José dos Campos, da Delegada Seccional de Polícia Assistente e do Delegado de Polícia Assistente da Corregedoria.

2.9. No depoimento, ADRIANO, detalhadamente narrou o ocorrido, confirmando *ipse literis* tudo quando dito no Boletim de Ocorrência afirmando categoricamente que foi levado por policiais militares até a presença de duas pessoas que se identificaram como Promotores de Justiça, os quais informaram que este estava ameaçado de morte e que poderiam incluí-lo no programa de proteção à testemunha, o que foi recusado peremptoriamente, uma vez que, segundo esclareceu “*nunca teve problema, antes ou depois de seu testemunho da Corregedoria da Polícia Civil, mas desde que foi levado ao prédio do Ministério Público e manteve contato com os promotores, sua vida tornou-se um inferno, motivo pelo qual procurou a Delegacia de Polícia objetivando narrar os fatos para conhecimento, para a eventualidade de lhe*

acontecer algo. Que não tem medo de serem verídicas as ameaças vindas de policiais civis, mas a conduta dos policiais militares e dos promotores lhe causou tão mal, que desde então se sente ameaçado e com medo. Também, por ter recebido visitas todos os dias em seu local de trabalho para tratar deste assunto, sem que em nenhuma oportunidade lhe fosse entregue qualquer papel ou convocação oficial, está lhe causando problemas” (doc. 12, fl. 27/32).

3. ADRIANO apresentou também uma gravação contendo imagens gravadas da visita dos policiais militares em seu trabalho, o que foi apreendido pelo paciente e determinada perícia.

4. Esta, portanto, a realidade sobre os fatos, conhecida pelo paciente.

5. Com exceção da colheita do referido depoimento, essencial, para que o paciente formasse qualquer convicção sobre os fatos, **nenhum outro ato investigatório foi praticado pelo paciente**. Ao contrário, seguindo a mesma cautela com que agiu desde o primeiro instante, o paciente em despacho determinou a seguinte providência:

“A autoria, in casu, ainda é incerta.

No entanto, há notícia de que policiais militares integrados ou a mando de Promotores de Justiça, teriam participado da empreitada ilícita, fato que foi corroborado por Adriano dos Santos Oliveira, em suas declarações de fls. 21/26.

Destarte, no curso desta investigação surgiram indícios de prática de infração penal por parte de membros do Ministério Público.

Diante disso, como dispõe o artigo 222 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, remetam-se imediatamente os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a quem competirá dar prosseguimento à apuração do fato.

Outrossim, Adriano narrou procedimento aparentemente anormal a que foi submetido junto à 1ª. Corregedoria Auxiliar de São José dos Campos.

Assim, encaminhe-se cópia do presente ao Exmo. Senhor Delegado Geral de Polícia, bem como ao mui digno Corregedor Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo, para conhecimento e providências.

Por fim, acerca do presente comunique o Emo. Juiz de direito da Comarca de São José dos Campos” (doc. 13, fls. 36/7).

5.1. Assim, no mesmo dia 12 de junho os autos foram encaminhados ao então Procurador Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, Dr. RODRIGO CÉSAR REBELLO PINHO (doc. 14, fls. 42/3) para que este sim tomasse as providências cabíveis, culminando com o arquivamento da investigação e a determinação para instauração de inquérito contra o paciente.

6. É bom dizer o seguinte: tudo quanto consta das informações prestadas pelos ilustres Promotores de Justiça sobre os fatos e circunstâncias envolvendo a “vítima” ADRIANO OLIVEIRA como testemunha de crimes cometidos por policiais civis e que era objeto de ação penal na Comarca de Taubaté (fls. 177/198)³, **não eram de conhecimento do paciente**, o qual, mesmo assim, atento para a especificidade do caso, determinou a apuração dos fatos, sem que em nenhum momento imputasse a qualquer membro do Ministério Público a prática de qualquer fato criminoso. Basta ler a Portaria inaugural e constatar!

6.1. Aliás, as declarações do paciente são elucidativas a este respeito e demonstram o cuidado com que agiu (doc. 15, fls. 423/425).

6.2. Não por outra razão, ao concluir o inquérito policial instaurado contra o paciente, o Delegado de Polícia Divisionário da Divisão de Crimes Funcionais da Corregedoria Geral da Polícia Civil destacou em seu relatório:

³ Especialmente o fato de que Adriano já havia recebido por diversas vezes, segundo dizem os i. Promotores de Justiça proposta para ser inserido no Programa de Proteção a testemunha.

“... diante das informações trazidas a baila pela então vítima Adriano dos Santos Oliveira, as medidas encetadas pelo Delegado de Polícia Djahy Tucci Junior não estavam revestidas de ilegalidade, eis que se firmaram em informação da então vítima que, sponte propria, recorreu ao órgão policial para noticiar o fato, não inovando a autoridade policial para adoção do procedimento previsto em lei, tendo inclusive o interessado comunicado a instauração aos órgãos públicos correccionais correlatos. É de se consignar que também não houve manifestação do Tribunal no sentido de que houvesse ocorrido eventual prática de crime por parte do Delegado de Polícia em comento, cuidando, apenas, de determinar o arquivamento daquele feito, conforme se depreende da leitura da cópia do referido acórdão. Infere-se, por derradeira, que neste instrumento persecutório policial não se evidenciaram condutas ilícitas que pudessem ser atribuídas ao delegado de Polícia Dr. Djahy Tucci Junior, no que diz respeito a eventual crime de denúncia caluniosa, levando-se em consideração o arcabouço probatório aqui erigido, em especial no que foi afirmado pelo senhor Adriano dos Santos Oliveira e demais testemunhas” (doc. 12, fl. 455).

6.3. Não obstante, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o paciente pela prática do delito de denúncia caluniosa, que foi recebida pelo d. magistrado.

Eminentes Ministros:

7. O artigo 339, do Código Penal, indica constituir crime a conduta de quem:

“DAR CAUSA A INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL OU DE PROCESSO JUDICIAL CONTRA ALGUÉM, IMPUTANDO-LHE CRIME DE QUE O SABE INOCENTE”.

7.1. Analisando-se o tipo penal, constata-se que se exige para a sua caracterização três requisitos fundamentais:

i) uma pessoa determinada, ou seja, quem se acusa de crime de que o sabe inocente deve ser identificado;

ii) o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo específico de dar causa, propositadamente, a investigação ou processo judicial, sabendo conscientemente que o acusado é inocente e,

iii) saber, **sem qualquer dúvida, ser inocente quem se acusa.**

7.2. Aqui, ao contrário, a instauração do inquérito pelo paciente apontava unicamente fatos baseado no boletim de ocorrência lavrado pela vítima, cujo teor foi totalmente confirmado em suas declarações; não incriminava qualquer Promotor de Justiça e, muito menos, imputava a quem quer que seja do Ministério Público crime; quiça que sabia inocente o seu autor. Não por acaso, o d. voto vencido do eminente Des. Penteadó Navarro destacou que “trata-se de fato atípico” (...) o paciente determinou a instauração de inquérito policial para apurar os fatos, sem, contudo, indicar os nomes das pessoas que deviam ser investigadas, referindo-se apenas a policiais militares e relatando os fatos narrados por Adriano” (doc. 1/A).

7.3. Diante deste cenário, ou seja, diante da patente atipicidade da conduta, com a devida venia, é uma violência a manutenção de ação penal contra um homem com mais de quarenta anos dedicado à vida pública. Um homem que sempre lutou ao lado da Justiça e não contra ela e que agora se vê denunciado por um crime que jamais cometeu. Diante desse quadro, acolher a intelecção da digna autoridade apontada como coatora que exige por puro preciosismo formal a conclusão da instrução para aferir a procedência da ação penal, representa mais que um abuso, constrangimento ilegal que deve ser remediado por esta Corte.

A conclusão da inicial acusatória é manifestamente divorciada da realidade fática. Não há qualquer elemento, ainda

que indiciário, que demonstre que o paciente instaurou o inquérito policial sabendo ser inocentes aqueles que se pretendia investigar.

7.4. Remarque-se: o inquérito pretendia apenas **apurar fatos** e diante da informação da “vítima” prestada em depoimento colhido na presença de diversas autoridades, incluindo a eventual participação de membros do Ministério Público, não tinha o paciente outro caminho senão encaminhar os autos à autoridade competente, ou seja, o Procurador Geral de Justiça.

Como destacou o voto do eminente Des.

PENTEADO NAVARRO:

“... o crime de denúncia caluniosa exige, para sua configuração, que o autor saiba que a imputação do crime recaia sobre um inocente, ou seja, exige o dolo específico. Portanto, é necessária a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática de um crime. No caso em tela, diante dos fatos narrados por Adriano, seria impossível que o paciente, delegado de polícia destinatário da notitia criminis, tivesse a certeza da inocência das pessoas envolvidas naquele episódio.

Ora, “A conduta típica consiste em dar causa (motiva, provocar, originar) a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (tipo autônomo/simples/anormal/congruente)” (cf. Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, 4ª. ed., RT, 2006, vol. 4, pág. 584, grifei).

Como se vê, “no delito de acusação caluniosa, a acusação deve ser dirigida contra determinada pessoa; a imputação feita a um indivíduo imaginário é tão isenta de pena quanto a falsa denúncia da própria pessoa” (RJTJESP, 72/314).

Frise-se também que, “não tendo o paciente atribuído efetivamente prática criminosa a outrem cuja inocência era de seu conhecimento, restou atípica sua conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal relativa à prática do delito de denúncia caluniosa” (STJ, 5ª. T.,

HC 71.476/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJ 14;4/2008, grifei). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC 82.267/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, RT, 811/546; STJ, 5ª. T., HC 20.770, rel. Min. Jorge Scartezzini, RT 813/530.

Aliás, a “tipificação que exige certeza da inocência do imputado, não bastando a dúvida ou o dolo eventual” (TJ/SP, 4al. Cam., Ap. 155.802-3, rel. Des. Vasconcellos Boselli, RT 728/522). De resto, TJ/SP: “A autoridade policial que procede fundada numa queixa recebida não age com dolo e sim no cumprimento do dever legal. Não comete, evidentemente, o delito de denúncia caluniosa” (RT 435/291).

Por esses motivos, entendo que o réu Djahy Tuccio Junikor não pode continuar sofrendo o constrangimento de responder a ação penal, na qual é acusado da prática do crime de denúncia caluniosa, por considerar a sua **conduta atípica, visto que o mesmo não poderia ter a certeza da inocência das pessoas envolvidas nos fatos que levaram Adriano do Santos Oliveira a registrar boletim de ocorrência, bem como porque, na condição de delegado de polícia, o paciente não podia ficar inerte aos referidos fatos que lhe foram narrados**” (doc. 1/A).

7.5. Como decidiu recentemente a col. 15ª.

Câmara do e. Tribunal de Justiça de São Paulo em caso semelhante ao dos autos:

“em nenhum momento ficou evidenciado o dolo direto ou específico, elemento subjetivo indispensável à caracterização do crime de denúncia caluniosa. E para a configuração do citado crime é **necessária a demonstração clara e precisa do elemento subjetivo, que se revela pela vontade livre e consciente de instaurar procedimento investigativo contra pessoa determinada ou determinável por meio de imputação de crime. Indispensável, outrossim, que o agente saiba da inocência do acusado ou acusados.** É o elemento subjetivo que distingue a denúncia caluniosa do exercício regular de um direito, que todo cidadão possui de levar ao conhecimento de autoridade algum delito de que tenha ciência” (Rel. Des. PASSOS DE FREITAS, HC n.º 1.107.904.9/9, j. 18/03/2008).

7.6. É por isso que “segundo decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal: **“A peça primeira da ação penal há de conter alusão à má-fé do agente, ou seja, o conhecimento da inocência do denunciado, sob pena de rejeição”** (Inq. 1547/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 19.08.2005). No mesmo sentido entendeu este colendo Superior Tribunal de Justiça: **“A denúncia deve demonstrar, por meio de fatos concretos, que as alegações feitas pelo paciente eram falsas e que ele tinha conhecimento dessa falsidade, com a finalidade de caracterizar o elemento subjetivo, indispensável à configuração do crime de denúncia caluniosa”** (HC n.º 58.961, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 7.8.2007). Em suma, **mero pedido de apuração de irregularidades, sem a descrição de qualquer fato concreto que corresponda a uma figura típica, não caracteriza, por si só, o delito de denúncia caluniosa”** (Rel. Des. PASSOS DE FREITAS, HC n.º 1.107.904.9/9, j. 18/03/2008).

7.7. E ainda:

*“... Não basta para a configuração do crime em tela, tipificado no art. 339 do CP, que a polícia, ao checar as ‘denúncias’, realize diligências e conclua pela inoportunidade dos fatos narrados, conforme destaca a denúncia do órgão do MP Federal, é preciso, sim, que tenha o autor a intenção de “dar causa à instauração de investigação policial ou processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime que o sabe inocente”. Assim é que leciona o Prof Damásio E. de Jesus, valendo transcrever: “Não há delito quando o sujeito apenas tem dúvida a respeito da existência do crime ou de sua autoria. A figura típica requer que tenha plena certeza da inocência da vítima”(in Direito Pnal, 4º Vol, Parte Especial, Saraiva, 6ª Ed.). Não discrepa dessa orientação Celso Delmanto, anotando que: “Tipo subjetivo: É o dolo direito, não bastando o dolo eventual, pois o agente **precisa** saber, sem dúvida, que o imputado é inocente”. (iii Código Penal Comentado, Renovar, 3ª ed “(RT 736/713).*

7.8. No mesmo sentido:

“DENUNCIÇÃO CALUNIOSA – Descaracterização – Imputação de fato criminoso por agente que tinha dúvida quanto à inocência do imputado – Inteligência do art. 339, do CP.

Ementa da Redação. Para a tipificação do delito de denúncia caluniosa é necessário que o sujeito ativo tenha ciência da inocência do imputado, seja porque não foi ele o autor do crime, ou porque delito não existiu, pois o simples estado de dúvida descaracteriza o delito do art. 339 do CP” (TJMG, Rel. Des. ODILON FERREIRA, RT 757/618).

7.9. E no corpo do v. aresto, lê-se:

“Ora, necessário se faz, para a tipificação do referido crime que o sujeito ativo tenha ciência da inocência do imputado, “seja porque não foi o autor do crime seja porque o delito não existiu “(Celso Delmanto, Código Penal comentado, 3ª. Ed. 1991, p. 520). “Exige o nosso Código o dolo direito em relação ao conhecimento da inocência do acusado. É necessário que o gente saiba, sem qualquer dúvida, que a acusação é falsa, agindo, assim, de má-fé, que não se excluiu pela forma dubitativa da denúncia. O dolo eventual não basta. O elemento subjetivo do crime consiste na vontade conscientemente dirigida à provocação de investigação policial ou processo contra alguém, atribuindo-lhe crime de que o sabe inocente”(ALBERTO SILVA FRANCO, “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial”, 5ª. Ed., p. 3.216, 1995,)”(RT 757/619).

8. E continua o v. aresto:

“E, a propósito, nossos Tribunais há muito vêm orientando no sentido de que: « A denúncia caluniosa exige consciência da inocência do imputado. O simples estado de dúvida afasta a tipicidade do delito» (nesse sentido, RT 549/315 e RT 612/288). E que: «O delito de denúncia caluniosa pressupõe a acusação contra alguém, ciente aquele que acusa de ser falta, caluniosa, a imputação. Exige-se a má-fé, o dolo direito na provocação do procedimento contra outrem, sabendo o denunciante que este é inocente” (“RJTJSP 3/358-359). Inclusive este nosso E. Tribunal de Justiça já deixou consignado que: «Para a caracterização da denúncia caluniosa é indispensável se prove o dolo específico» (TJMG – ac. Rel. Des. Maurício Delgado, RT 634/326) - (RT 757/620)”.

8.1. Na mesma linha:

“DENUNCIACÃO CALUNIOSA – Descaracterização – ausência de dolo específico.

Ementa da redação: Configura-se o crime de denúncia caluniosa através do dolo específico, onde o denunciante tem a consciência de que não existiu o fato e, mesmo assim, acusa alguém inocente, dando causa a investigação policial ou processo criminal, Inexistente o dolo específico, descaracterizado está o delito” (TJSP, 1ª Câm., Rel. Des. DAVID HADDAD, RT 739/586).

8.2. No corpo v. aresto do e. Tribunal de Justiça, citando outro precedente. se lê:

‘O crime de denúncia caluniosa exige o dolo específico para a sua configuração, consistente em ter o denunciante consciência de que não existiu o fato e mesmo assim acusar alguém inocente, dando causa a investigação policial ou processo criminal”(TJSP – HC – rei. Des. Gonçalves Santana – RT 393/63) - (TJSP, 1ª Câm., Rel. Des. DAVID HADDAD, RT739/586).

9. Se é assim, eminentes Ministros, seja porque o simples fato de o paciente ter instaurado inquérito policial, quando, segundo o Ministério Público, não teria atribuição para fazê-lo⁴; seja porque o paciente não deu causa à investigação para apurar fatos relacionados a Promotores de Justiça que sabia inocentes, **é manifesta a atipicidade do crime imputado.**

⁴ Aliás, não é demais dizer que a Lei Orgânica do Ministério Público em seu artigo 40, inciso IV dispõe que é prerrogativa dos membros do Ministério Público “*ser processado e julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça de seu Estado...*” e, no parágrafo único do mesmo artigo destaca: “*quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração*”.

9.1. Certa ou errada a intelecção do paciente, sobre os fatos narrados pela “vítima”, seguindo a sua convicção como autoridade policial determinou a sua apuração da forma mais cautelosa possível⁵, não se podendo conceber a imputação do delito de denúncia caluniosa. Aliás, em antigo julgado deste colendo Superior Tribunal de Justiça, decidiu:

“HC - PREFEITO MUNICIPAL - DENUNCIÇÃO CALUNIOSA - FALTA DE JUSTA CAUSA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

Não se pode falar em denúncia caluniosa quando o acusado tinha motivos veementes para crer em prática delituosa, por parte do denunciante.

Trancamento da ação penal que se impõe, visto descaracterizado o tipo penal que é o dolo direito pela certeza do agente da inocência do imputado (art. 339, do CP).”(STJ, Rei. Mm. CID FLAQUER SCARTEZZINI, HC 3795/SP, DJ 26.02.1996).

9.2. Com a devida *venia*, a denúncia não se lastreia em nenhum dos elementos colhidos na fase inquisitiva, concluída, aliás, com relatório do Delegado Divisionário **pela inexistência de crime**. É por isso que em casos como o dos autos, o colendo Supremo Tribunal Federal, pela voz do eminente Ministro MOREIRA ALVES já decidiu:

“As circunstâncias existentes ainda são imprecisas para servir de base ao juízo que delas se pretende extrair, o que importa dizer que a denúncia se estriba, não em presunção comum decorrente de indícios, mas em conjecturas ou suposições, que são juízos sem base precisa.

E mesmo para a denúncia é necessário que as circunstâncias em que ela se baseia autorizem a conclusão a que ela chega, o que, no caso, não ocorre” (RTJ 128/1.238).

⁵ Tanto é assim que imediatamente comunicou a todos os órgãos competentes e, assim, que ouviu a vítima, diante da narrativa objetiva citando Promotores de Justiça determinou a imediata remessa dos autos à PGJ.

9.3. Com a mesma propriedade, neste passo, a lição do eminente Desembargador DANTE BUSANA:

“A persecução penal (...) não pode ter lugar sem razão de direito que a legitime, ou, nas palavras da lei, sem justa causa. Essa razão de direito varia de intensidade conforme a fase da persecução penal e na medida em que, no seu interesse, seja necessário restringir o direito de liberdade. Assim, para a instauração de inquérito policial basta a simples suspeita (notitia criminis), para o processo a suspeita fundada sobre a existência do crime e autoria (fumus boni juris) e para a prisão cautelar o fumus boni juris e a urgência (periculum in mora). Porque este é o sistema do Direito Processual Penal moderno e da nossa lei, a imputação deve ter por lastro suspeita fundada geradora do juízo de probabilidade, que só elementos concretos podem autorizar. Esses elementos devem instruir a denúncia, de sorte a patentear, desde logo, a existência de justa causa”(RJTJSP, Lex 158/324).

9.4. Como parece claro, eminentes Minsitros, não é esta situação lembrada na lição do eminente Des. DANTE BUSANA, que se vislumbra no caso em exame. Aqui há um vazio absoluto. Uma acusação recebida sem qualquer lastro. Pura conjectura. Daí porque a sua manutenção pelo col. TJSP representa manifesto constrangimento ilegal.

9.5. Já ensinava o saudoso e eminente Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES que o processo penal atinge o “status dignitatis” do cidadão, donde exigir-se, para a instauração da ação penal, a existência de “fumus boni iuris”, a fim de que possam ser minimizados os riscos de sujeitar-se alguém indevidamente à condição de réu em um processo-crime.

9.6. Por isso é que “a denúncia ou a queixa, além de conter a descrição de crime em tese, deve, também e obrigatoriamente, apoiar-se em indícios razoáveis de autoria, guardando estreita compatibilidade com o elenco das provas amealhadas na fase investigatória que lhe tenha servido de base. Não pode ser recebida, por exemplo, a denúncia que, embora descrevendo crime em

tese, possa ter sido fruto da criação mental de seu subscriptor, sem o mínimo amparo em alguma prova” (HC n.º 341.802/9 – TACRIM/SP).

9.7. É, em suma, “*preciso primeiro investigar e, depois, processar, com respaldo de elementos indicativos do fumus boni iuris, porque, do contrário, havendo descompasso, divórcio entre a imputação fática e os elementos formadores coletados no inquérito, se impõe a declaração de inépcia da denúncia” (TJSP, HC n.º 293.772-3/7, 5ª Câ. Criminal, rel. Des. CELSO LIMONGI, j. em 07/10/99, apud: Boletim da AASP n.º 2171).*

9.8. Ante o exposto e, sobretudo, contando com os doutos suprimentos de Vossas Excelências, aguarda-se o trancamento da ação penal em razão da manifesta ausência de falta de justa causa, como medida da melhor

JUSTIÇA!

III - DO PEDIDO LIMINAR:

10. O *fumus boni iuris* encontra-se evidenciado por toda a argumentação acima exposta a qual sem sombra de dúvidas demonstra que o paciente não deu causa à investigação contra pessoa a qual sabia inocente e, especialmente, no d. voto vencido do Des. Penteadado Navarro, que reconheceu a falta de justa causa para ação penal (doc. 1/A). O paciente é Delegado de Polícia exercendo alta função dentro da Polícia Civil de São Paulo. Instaurou o inquérito policial para apurar fatos que em tese poderiam configurar prática criminosa, sem, contudo, indicar qualquer ato a qualquer membro determinado do Ministério Público. Tal hipótese, seguindo a intelecção deste e. Superior Tribunal de Justiça, como acima destacado, jamais poderia configurar o crime imputado na denúncia.

10.1. O *periculum in mora* também é inquestionável na exata medida em que a denúncia foi recebida e, portanto, o paciente figura como réu em ação penal manifestamente carente de justa causa o que, dadas as relevantes funções públicas que exerce, atinge de forma inapagável suas reputações. Ademais, **se avizinha a audiência para instrução, debates e julgamento** marcada para o próximo dia 3 de março, quando o paciente será submetido ao manifesto constrangimento não só de ouvir as testemunhas, como se prestar a interrogatório judicial (doc. 2).

10.2. Bem por isso, como precedentemente adverte o eminente Min. CELSO DE MELLO:

“A medida liminar, no processo penal de habeas corpus, tem o caráter de providência cautelar. Desempenha importante função instrumental, pois destina-se a garantir – pela preservação cautelar da liberdade de locomoção física do indivíduo – a eficácia da decisão a ser ulteriormente proferida quando do julgamento definitivo do writ constitucional” (RTJ 147/962).

10.3. Em face do exposto, em caráter liminar, a fim de se evitar prejuízo irreparável ao paciente, **roga-se o sobrestamento da ação penal** até o final julgamento deste *writ*.

10.4. Ao final, contando com os doutos suprimientos de Vossas Excelências, aguarda-se o **trancamento da ação penal** por falta de justa causa com a concessão da ordem como medida de

J U S T I Ç A !

São Paulo, 18 de fevereiro de 2.009.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

O.A.B./SP n.º 65.371

CARLA VANESSA T.H. DE DOMENICO

O.A.B./SP n.º 146.100