

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR SEGUNDO VICE-
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO**

**FLÁVIO LERNER SADCOVITZ, MÁRCIO FEIJÓ E
HUMBERTO PIRES RODRIGUES FREITAS**, brasileiros, os dois primeiros casados,
advogados e o último solteiro, estagiário de direito, todos devidamente cadastrados na
OAB/RJ sob os números 75.229, 119.349 e 162.440-E, respectivamente, com escritório na
Avenida Rio Branco, nº 181, grupo 1002, vêm, respeitosamente, a Vossa Excelência, com
fulcro no artigo 5º, inciso LXIII e artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal,
impetrar a presente ordem de

HABEAS CORPUS

em favor de **NICHOLAS ANTHONY PORFILIO**, americano, solteiro, estudante,
residente no *campus* da Universidade de Stanford, apontando como autoridade coatora o
**JUÍZO DA VIGÉSIMA QUINTA VARA CRIMINAL DA COMARCA DA
CAPITAL**, em razão do flagrante constrangimento ilegal consistente no recebimento de
denúncia que imputa ao paciente as práticas dos delitos de falsidade ideológica e falsa
comunicação de crime, utilizados como crime meio à prática do delito de estelionato, em
flagrante contrariedade à súmula nº. 17 do Superior Tribunal de Justiça, obstando, por

consequente, que o paciente possa exercer seu direito subjetivo do gozo da suspensão condicional do processo.

Breves considerações sobre o cabimento deste writ

A análise desta ação mandamental prescinde de qualquer exame aprofundado do acervo probatório reproduzido nos autos da ação penal, eis que a questão trazida ao julgamento de Vossas Excelências é absolutamente de Direito.

A fim de afastar qualquer dúvida quanto à necessidade do manejo dos fatos descritos na incoativa para o conhecimento do remédio heróico, os impetrantes convidam Vossas Excelências, apenas para efeito de julgamento deste *writ*, a tomarem a denúncia, no que tange ao relato dos fatos, como veraz.

Portanto, não demandado o presente *habeas corpus* o revolvimento de matéria fática, este *mandamus* merece ser conhecido e provido por Vossas Excelências.

Da dispensa do pedido de informações pela autoridade coatora

O presente *mandamus* está instruído com cópia integral da ação penal nº. 0404079-37.2009.8.19.0001 (doc. nº. 01) sendo, portanto, apresentado a essa Corte todos os dados necessários ao julgamento desta ação mandamental, razão pela qual requer a Vossa Excelência que em homenagem aos princípios da celeridade e economia processual seja dispensado o pedido de informações.

Breve relato dos fatos processuais

O requerente foi preso em flagrante, no dia vinte e um de dezembro último, pela autoridade policial oficiante na Delegacia Especial de Apoio ao Turista do Estado do Rio de Janeiro pela prática, em tese, do injusto penal previsto no artigo 171§ 2º, inciso V do Código Penal, com se vê na nota de culpa estampada às fls. 09 dação penal.

Segundo o auto de prisão em flagrante nº 2405/09, o paciente compareceu à delegacia especializada naquela oportunidade e relatou a autoridade policial que teria sido vítima de um crime de roubo, ocasião em que lhe teriam sido subtraídas três malas com diversos pertences (doc. nº. 01 – fls.07/17).

Entretanto, em razão do relato inverossímil apresentado pelo paciente, os policiais diligenciaram até o hotel onde Nicholas estava hospedado e encontraram no guarda-volumes da hospedagem suas malas, contendo os bens indicados como objeto do crime patrimonial.

No dia vinte e dois de dezembro último, o paciente foi posto em liberdade, mediante termo de compromisso e apreensão do seu passaporte, conforme decisão exarada pela autoridade judiciária de plantão (doc. nº. 01 – fls. 119/127).

Os autos principais foram distribuídos à Vigésima Quinta Vara Criminal da Comarca da Capital deste Estado, sendo certo que no dia quinze de janeiro último o Ministério Público ofereceu denúncia em face do paciente, imputando-lhe a prática dos delitos esculpados nos artigos 171§ 2º, inciso V, c/c 14, II, artigo 299 e artigo 340, na forma do artigo 69, todos do Código Penal (doc. nº. 01 - fls. 2A/2C).

Por sua vez, no dia vinte e cinco do mesmo mês, a autoridade coatora recebeu a acusação formulada pelo Ministério Público em sua integralidade (doc. nº. 02).

Ao seu turno, o paciente ofereceu sua resposta preliminar requerendo que fossem afastadas de plano as acusações dos delitos de falsidade ideológica e de falsa comunicação de crime, eis que se tratam, com clara obviedade, de condutas absorvidas pelo ilícito de estelionato, eis que praticados, em tese, apenas como meio à fraude ao seguro (doc. nº. 03).

Os autos da ação penal estão conclusos à autoridade coatora desde o último dia vinte e oito.

Esta é a síntese dos fatos.

Do mérito

No mérito, a questão trazida ao julgamento de Vossas Excelências é de uma clareza solar.

Basta uma simples leitura da inicial acusatória para se depreender que o excesso acusatório que conduziu sua subscriitora durante a formulação da incoativa afastou a ilustre Promotora de Justiça das regras mais comezinhas que norteiam o Direito Penal.

Ainda que pudéssemos considerar que o relato apresentado na incoativa é verdadeiro, o que admitimos somente por vício ao debate, o Ministério Público cometeu um equívoco palmar ao apontar a ocorrência de concurso material entre as figuras típicas descritas nos artigos 171, §2º, IV; 299 e 340 todos da Lei Material Penal.

É de obviedade olímpica que os fatos historiados na denúncia descrevem um prosaico concurso aparente de delitos, a ser resolvido pela trivial aplicação do princípio da consunção.

É correr os olhos pela increpação para se depreender que os delitos de falsa comunicação de crime e de *falsum* ideológico teriam, conforme assevera a própria denúncia, exclusivamente, o “*fim de obter vantagem econômica, consistente no prêmio do seguro contratado junto à empresa Travel Insured Internacional, Inc.*”¹, esgotando, portanto, suas consequências jurídicas na tentativa do crime de estelionato.

Não é preciso qualquer dilação probatória para alcançar tal conclusão. Basta tomar a acusação pelos próprios termos em que ela é posta.

O delito de falsa comunicação de crime, segundo a acusação pública, estaria consubstanciado no seguinte atuar do paciente:

“... o denunciado, consciente e voluntariamente, provocou a ação da Autoridade Policial, comunicando-lhe, falsamente, a ocorrência de crime de roubo de que teria sido vítima, a fim de obter indevida vantagem econômica, consistente no prêmio do seguro contratado junto à empresa Travel Insured Internacional, INC (Insure My Trip.Com), para a proteção de bens de sua propriedade. Em virtude do narrado, foi lavrado o registro de ocorrência n.º. 906-02401/2009.”
(denúncia – fls. 2A – doc. n.º. 01).

Já o delito de falsidade ideológica estaria identificado, pasmem Excelências, na inserção de declaração falsa e posterior assinatura do termo de declarações no registro de ocorrência no qual efetuava a “falsa” comunicação de crime (doc. n.º. 01 - fls. 37 – atual fls. 38), bem como no preenchimento e assinatura de formulário apresentado

¹ Denúncia fls. 2A.

pela autoridade policial para que o paciente listasse os bens subtraídos (doc. nº. 01 - fls. 39 – atual fls. 40) e das demais peças que compõem o registro de ocorrência já indicado com objeto da falsa comunicação (doc. nº. 01 - fls. 32/35 – atuais fls. 33/36).

“Conforme restou apurado, o denunciado, sempre agindo com vontade livre e consciente, afirmou à Autoridade Policial e aos demais agentes da lei, que havia sido vítima de delito contra o patrimônio ocorrido naquele mesmo dia, ocasião em que descreveu a dinâmica criminosa e detalhou os bens descritos às fls. 39, que, supostamente lhe terem sido subtraídos.

*Ato contínuo, o denunciado preencheu e assinou o documento constante de fls. 39, inserindo declarações que sabia ser falsas. Da mesma forma, prestou as declarações constantes de fls. 37/38, bem como assinou os documentos de fls. 06/07 e 32/35, **inserindo e fazendo inserir em documentos, declarações falsas, com o fim de criar obrigação à empresa seguradora contratada.**” (denúncia – fls. 2A/2B – doc. nº. 01).*

Como dissemos, e aqui vale acentuar, é a expressão da denúncia: o delito de comunicação falsa de crime fora praticado *“...a fim de obter indevida vantagem econômica, consistente no prêmio do seguro contratado junto à empresa Travel Insured Internacional, INC.”* e o delito de falsidade ideológica *“...inserindo e fazendo inserir em documentos, declarações falsas,...”* teria sido executado *“... com o fim de criar obrigação à empresa seguradora contratada.”*

A análise da inicial acusatória não deixa espaço para qualquer dúvida, tais condutas só tinham um objetivo: tornar possível a prática do crime de estelionato, inexistindo, no mundo fenomênico qualquer outro bem jurídico que pudesse ser atingido em consequência das condutas descritas na exordial como violadoras das normas proibitivas previstas nos artigos 299 e 340 do Código Penal.

Portanto, a potencialidade lesiva de tais condutas esgotou-se na tentativa da prática do crime de estelionato.

A hipótese apresentada na denúncia, já foi enfrentada pelos tribunais superiores em inúmeros julgados e diante da mansidão que o tema guarda tanto na

LERNER e FEIJÓ
ADVOGADOS

doutrina quanto na jurisprudência o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº. 17 cujo enunciado declara que em circunstâncias idênticas a da exordial os delitos de falso são absorvidos pelo crime de estelionato. *In verbis*:

“QUANDO O FALSO SE EXAURE NO ESTELIONATO, SEM MAIS POTENCIALIDADE LESIVA, É POR ESTE ABSORVIDO”.

A lição exposta na súmula da Corte Especial encontra guarida no Tribunal de Justiça fluminense que reiteradamente vem decidindo pela absorção dos delitos, sejam de falso ou de outra natureza, que sirvam de meio para a prática do ilícito penal de estelionato.

Apenas à título de adminículo, trazemos à baila decisão proferida pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado que em tudo se amolda a hipótese descrita na denúncia.

“Ementa. Apelação. Art. 304 (duas vezes) e art. 171, na forma do art. 14, II (duas vezes), n/f do art. 70, todos do Código Penal. Recurso defensivo com alegação de ter a r. decisão de primeiro grau, de forma equivocada, considerado a prática do crime capitulado no art. 304 do Código Penal (uso de documento falso), desconsiderando a sua absorção pelo crime principal, devendo ser aplicada a súmula 17 do STJ, com a absorção do crime do art. 304, pelo crime do art. 171, ambos do Código Penal, e de ser absurda a imputação pelo delito previsto no art. 171 do CP, por se tratar de crime impossível, com requerimento, em síntese, de absolvição das Apelantes de todas as imputações a elas atribuídas. A prova é de que a falsificação dos documentos e sua utilização pelas Apelantes, objetivavam obtenção de crédito junto ao estabelecimento comercial por elas eleito, inexistindo nos autos, qualquer indício de que os documentos tenham sido utilizados em qualquer outra ocasião, exautindo-se, assim, o crime de falsidade no estelionato cometido, restando claro que a falsificação foi o meio empregado pelas Apelantes para

alcançar êxito na empreitada criminosa. Quanto à imputação de prática do delito descrito no art. 171, do Código Penal, impossível o reconhecimento de crime impossível, assim como a absolvição pretendida, vez que restou claramente configurado o crime de estelionato. Aliás, no estelionato o que importa é a conduta do sujeito ativo do crime utilizando-se de meio fraudulento, de ardid, para enganar o lesado, em nada importando o valor da vantagem pretendida pelo estelionatário. Recurso parcialmente provido para aplicar o princípio da absorção de falsidade documental pelo de estelionato, absolvendo as Apelantes daquela prática, mantendo a condenação das mesmas no crime do art. 171 do Código Penal.” (Apelação Criminal n.º. 2008.050.06644 – Oitava Câmara Criminal – Relator Desembargador Ângelo Moreira Gliuche – Julgado em 18/02/2009). **Neste mesmo sentido encontramos: 2007.050.01205 – Oitava Câmara Criminal; 2009.050.00360 – Sexta Câmara Criminal; 2008.050.05285 – Primeira Câmara Criminal; 1999.050.02085 – Sexta Câmara Criminal; 2000.050.04348 – Quarta Câmara Criminal.**

Deste modo, não poderia de forma alguma a autoridade coatora ter recebido a denúncia na sua integralidade, razão pela qual a ação penal deve ser trancada em relação aos crimes capitulados nos artigos 299 e 340 do Código Penal.

Pois bem.

Uma vez excluída dos autos as acusações da prática dos injustos penais acima mencionados, é de se reconhecer que, restando apenas a imputação da prática do crime de estelionato em sua forma tentada, deve a ilustre representante do Ministério Público ofertar proposta de suspensão condicional do processo, eis que a pena mínima prevista para a figura típica em comento é de um ano de reclusão.

A defesa de Nicholas Porfilio não desconhece que o defendente não possui nacionalidade brasileira, tampouco reside no distrito da culpa, todavia, tais questões jamais poderão se tornar obstáculos ao exercício do direito subjetivo do denunciado de gozar do *sursis* processual.

Essa hipótese, apesar de rara, não é nova para os tribunais pátrios.

O Tribunal Regional Federal da Segunda Região, em decisão proferida no julgamento de ordem de *habeas corpus* impetrado em favor de cidadão chinês que teve negada pelo Ministério Público Federal a oferta de suspensão condicional do processo, em que pese a acusação se limitar a prática do crime previsto no artigo 333 do Código Penal, afirmou que o fato do réu ser estrangeiro e as demais consequências desta condição pessoal não podem frustrar o direito do acusado de lançar mão da medida despenalizadora.

“Em relação à condição de estrangeiro, a Lei do Juizados Especiais, ao dispor sobre a suspensão condicional do processo, em seu art. 89, não faz qualquer distinção quanto à nacionalidade do acusado, sendo certo que o texto constitucional consagra o princípio isonômico entre brasileiros e estrangeiros, principalmente no tocante ao direito à liberdade. Portanto, devem, da mesma forma, ser analisados pelo juiz o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para o deferimento do benefício da suspensão do processo à estrangeiro.”²

Poder-se-ia, ainda, afirmar que a aplicação da suspensão condicional do processo para réu estrangeiro não poderia ser implementada em razão das condições previstas nos incisos II a IV, do § 1º do artigo 89, da Lei 9.099/95, eis que de difícil cumprimento por parte do alienígena.

Todavia, como bem acentuaram os magistrados da Corte Regional Federal, *“o preceituado no §2º, amplia o leque de possibilidades, ao permitir que o juiz especifique outras condições a serem cumpridas, adequadas ao fato e à situação do acusado. Aliás, há informação de que o*

² Ag. Reg. HC 2001.02.01.025241-1 – Tribunal Regional Federal da Segunda Região – Quinta Turma – Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima – julgado em 14 de agosto de 2001 – trecho do voto da relatora.

LERNER e FEIJÓ
ADVOGADOS

próprio Juízo impetrado aplicou a suspensão condicional do processo a estrangeiro residente em Caracas, Venezuela (fl.02)”³.

A decisão acima colacionada vem ecoando em outros julgados daquele Tribunal que ordinariamente lida com questões envolvendo estrangeiros, merecendo destaque para o acórdão proferido no julgamento do *habeas corpus* nº. 2002.02.01.006.254-7. No referido *mandamus* o impetrante se insurgia quanto ao fato de ter sido negada ao paciente o direito de usufruir do benefício da suspensão condicional do processo em razão dele residir no exterior.

Na oportunidade, Suas Excelências reafirmaram que o fato de o acusado não residir no território nacional não lhe retira o direito de ser beneficiado com o instituto do *sursis* processual.

“O único óbice visto pelo Ministério Público Federal, para discordar dessa pretensão, foi o fato de residir ele no exterior.

Essa circunstância, data vênia, não impede o deferimento do benefício. A Lei não faz distinção alguma entre brasileiros aqui residentes, e os residentes no exterior. Nem poderia, face o dispositivo constitucional de início citado.

O artigo 89 da Lei nº 9.099/95 e o artigo 77 do Código Penal, não impõem, como requisito ao deferimento do benefício, condição de residir o réu em nosso País.

É certo que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 impõe condições a serem cumpridas pelo beneficiado, mas é certo ainda que o § 2º desse mesmo artigo dá poderes ao Juiz para especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, adequando-as ao fato e à situação pessoal do acusado.

O fato de brasileiro residir no exterior não pode servir para agravar situação processual, tampouco para lhe retirar direitos.”⁴

³ Ag. Reg. HC 2001.02.01.025241-1 – Tribunal Regional Federal da Segunda Região – Quinta Turma – Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima – julgado em 14 de agosto de 2001 – trecho do voto da relatora.

Como se vê, não há razões que desautorizem que o paciente exerça o seu direito de fazer uso do benefício da suspensão condicional do processo.

Por fim, salientamos que Nicholas Porfilio é primário e tem bons antecedentes.

O presente episódio é fato isolado na vida do paciente do qual ele se arrepende amargamente. Além de preso em flagrante e o impedimento de regressar ao seu país, Nicholas vem pagando um alto preço pelo seu erro.

Conforme se vê na declaração da Universidade de Stanford (doc. n.º. 04), o paciente cursava o programa de mestrado em administração de finanças na conceituada instituição de ensino. Contudo, sua permanência no Brasil, impossibilitou que o paciente retomasse as aulas tendo sido desligado de um dos mais prestigiados programas de mestrado dos Estados Unidos da América, nódoa que acompanhará para sempre seu curriculum.

Assim, como se vê, a aplicação do instituto do *surris* processual se traduz em reprimenda penal perfeitamente adequada aos fatos trazidos ao julgamento de Vossas Excelências.

Do pedido

Como se viu ao longo deste *writ* as imputações dos ilícitos penais descritos nos artigos 299 e 340 ambos do Código Penal devem ser absorvidas pela acusação da prática da tentativa do crime de estelionato, conforme orienta a súmula n.º. 17 do Superior Tribunal de Justiça e a esmagadora jurisprudência desse Tribunal de Justiça, impondo-se, portanto, o trancamento da ação penal em relação a tais crimes.

Por sua vez, restando na denúncia à acusação isolada do cometimento do crime de estelionato em sua forma tentada e não havendo nenhum óbice a aplicação da medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, requerem os impetrantes que essa Corte determine que sejam os autos remetidos à ilustre representante do Ministério Público para que seja elaborada proposta de suspensão condicional do processo.

⁴ HC n.º. . 2002.02.01.006.254-7. Tribunal Regional Federal – Quinta Turma – Relator Desembargador Federal Ivan Athié. Julgado em 21/05/2002.

LERNER e FEIJÓ
ADVOGADOS

Assim ao conceder a ordem de *habeas corpus* aqui pleiteada Vossas Excelências estarão fazendo a habitual JUSTIÇA.

Nestes Termos,

Pedem Deferimento.

Rio de Janeiro, 1º de fevereiro de 2010.

MÁRCIO FEIJÓ
OAB/RJ 119.349

FLÁVIO LERNER SADCOVITZ
OAB/RJ 75.229

HUMBERTO PIRES RODRIGUES FREITAS
OAB/RJ 162.440-E