

**O DIREITO POR QUEM O FAZ****DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE DUAS OU MAIS PESSOAS. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ÍNFIMA EXPRESSÃO ECONÔMICA. DIREITO PENAL MÍNIMO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.****Supremo Tribunal Federal****2ª T. – HC 110.953/RS****j.13.04.2012 – public.16.04.2012****Cadastro IBCCRIM 2784****Relatório**

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (...).

A Defensoria Pública da União, impetrante, aduz a irrelevância penal da conduta protagonizada pelos pacientes. O que faz por entender cabível, no caso, a incidência do princípio da insignificância penal. Donde o pedido de concessão da ordem, formulado para restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão que deu pela irrelevância penal da conduta debitada aos agentes, até porque “ambos afirmam que estavam com fome e há dias na rua em face do consumo de drogas, acabaram apossando-se dos objetos, sendo abordados e presos em seguida”. (...)

É o relatório.

Voto

(...)

Assim postas as coisas, tenho que a controvérsia a ser juridicamente equacionada por esta nossa Segunda Turma diz respeito à chamada “legalidade penal”, expressamente positivada como ato-condição da descrição de determinada conduta humana como crime, e, nessa medida, passível de apenamento estatal, tudo conforme a regra que se extrai do inciso XXXIX do art. 5º da CF (...). E assim afirmo por entender que a norma criminalizante (seja ela proibitiva, seja impositiva de condutas) opera, ela mesma, como instrumento de calibração entre o poder persecutório-punitivo do Estado e a liberdade individual. Quero dizer: a norma estatal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberda-

de individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comportar mediação judicial, inclusive quanto ao chamado “crime de bagatela” ou “postulado da insignificância penal” da conduta desse ou daquele agente. Com o que esse tema de que ora nos ocupamos confirma que o “devido processo legal” a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal. (...)

Com efeito, como anotei no julgamento do HC 109.134, da minha relatoria, é nessa perspectiva de concreção do valor da justiça que se pode compreender o tema da insignificância penal como um princípio implícito de Direito Constitucional e, simultaneamente, de direito criminal. Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. É falar: em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa. Daí por que ela, Constituição, explicitamente trabalha com dois extremos em matéria de política criminal: os crimes de máximo potencial ofensivo (entre os quais os chamados delitos hediondos e os que lhe sejam equiparados, de parêntese com os crimes de natureza jurídica imprescritível) e as infrações de pequeno potencial ofensivo (inciso I do art. 98 da CF). Mesmo remetendo à conformação legislativa ordinária a descrição dos crimes hediondos, bem como daqueles de pequeno potencial de ofensividade.

Nesse fluxo de ideias, sintase que a nossa Constituição, ao prever, por exemplo, a categoria de infrações de menor potencial

ofensivo (inciso I do art. 98), logicamente nega a significância penal de tudo que ficar aquém desse potencial, de logo rotulado de “menor”; ou seja, quando a Constituição Federal fala em infração de menor potencial ofensivo, labora por modo exauriente no campo do potencial de lesividade que tem como suficiente para tipificar penalmente determinada conduta. Suficiência louvada na premissa de que toda ação ou omissão penalmente significativa é a que instabiliza por modo temerário a convivência humana. É a que provoca, ora mais, ora menos, temerária discórdia no seio da coletividade, de modo a afetar a estabilidade das respectivas relações. (...)

A *contrario sensu*, o dano que subjaz à categoria da insignificância penal não caracteriza, materialmente, sequer lesão de pequena monta; ou seja, trata-se de ofensividade factualmente nula, porquanto abaixo até mesmo da concepção constitucional de dano menor. E aqui não me custa repisar que dano praticamente nulo não é lesão penalmente significativa. É ofensa factual, de alguma forma, porém contingencialmente desprovida de força para sequer deflagrar a incidência da norma penal em qualquer dos seus pressupostos e das suas finalidades punitivo-ressocializadoras do ângulo do agente, e inibidoras de comportamento igual ou assemelhado, do ângulo da sociedade (o chamado efeito profilático ou educativo da norma penal). (...)

Já do ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia. Espécie da mais consentida desreificação ou auto-apeamento de situação jurídico-subjetiva. Sem que estejamos a incluir nesse vetor aquelas situações atinentes aos bens de valoração apenas no psiquismo da vítima, porquanto de valor

tão-somente sentimental (...)

Prossigo na gradativa aproximação do tema para dizer que, do ângulo da repressão estatal, a aplicação do princípio da não-significância penal é de se dar num contexto empírico de óbvia desnecessidade do poder punitivo do Estado. Refiro-me àquelas situações em que a imposição de uma pena se auto-evidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação de liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer idéia de proporcionalidade.

Por fim, e invertendo um pouco a visão até hoje prevalecente na doutrina e na jurisprudência

brasileiras acerca do furto e demais crimes contra o patrimônio, tenho que o reconhecimento da atipicidade material da conduta há de levar em consideração o preço ou a expressão financeira do objeto do delito. Quero dizer: o objeto material dos delitos patrimoniais é de ser conversível em pecúnia, e, nessa medida, apto a provocar efetivo desfalque ou redução do patrimônio da vítima. (...)

No caso dos autos, a incidência do princípio da insignificância é de se reconhecer. É que a subtração de barras de ferro (prontamente restituídas à vítima), em plena luz do dia, por agentes já socialmente alijados

(moradores de rua e dependentes químicos), primários à época da subtração que lhes é imputada, se amolda à ponderabilidade de todas as diretivas que acabamos de listar. Pena de se provocar a mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste, para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

Esse o quadro, concedo a ordem. O que faço para restabelecer o acórdão que deu pela absolvição dos pacientes.

Ayres Britto
Relator

TRÁFICO DE DROGAS / ENTORPECENTES. NÃO REINCIDENTE. PORTE DE DROGAS/ ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. REDUÇÃO DA PENA QUANDO O AGENTE FOR PRIMÁRIO, TENHA BONS ANTECEDENTES E NÃO SE DEDIQUE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

TJSP – 1.ª Câmara Crim.
HC 0009781-64.2010.8.26.0400
j.05.03.2012 – Cadastro IBCCRIM 2783

Relatório

L.V.S. foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de cinco anos e dez meses de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 580 dias-multa, no valor mínimo legal. Irresignado, apelou em busca da reforma da decisão. Aduziu, em síntese, a insuficiência do acervo probatório coligido para embasar a procedência da pretensão punitiva e, em consequência, requereu sua absolvição. Pugna, subsidiariamente, pela não configuração da reincidência pela condenação anterior ao ilícito do art. 28 da Lei 11.343/2006 e, por consequência, pela redução da pena aplicada, afastando-se a agravante geral, aplicando-se a causa de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 da mencionada Lei (razões de fls. 137/142).

(...)

De absolvição por insuficiência probatória não se cogita. A prova reunida no curso da instrução criminal é suficiente para autorizar o reconhecimento da procedência da denúncia (...).

O Desembargador relator acolheu parcialmente o apelo defensivo tão-só para reduzir a sanção estabelecida na sentença monocrática, haja vista o reconhecimento da menoridade do recorrente, fixando a pena privativa de liberdade, em definitivo, na margem mínima legal de cinco anos de reclusão e 500 dias-multa.

Este voto, contudo, dá provimento ao

apelo em maior extensão, julgando procedente a irresignação defensiva quanto à impossibilidade de majoração da pena pela agravante geral da reincidência com suporte em condenação anterior pela prática do ilícito de porte de entorpecente para uso pessoal, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2005.

Do Direito

Com efeito, o legislador ordinário, com a edição da Lei 11.343/2006, conferiu novo tratamento jurídico à realidade do uso de entorpecentes.

(...)

Este movimento de transposição de uma normatividade de cariz marcadamente repressivo (antes igualando a conduta do “usuário” ao tráfico, depois, com a Lei 6.368, apenando-a com detenção de até dois anos), aperfeiçoa-se com o advento da Lei 11.343 em 2006. Esta Lei, ao consagrar no Direito brasileiro um novo paradigma em matéria criminal, traz um quadro de descarcerização, visto que, pelo atual regramento – art. 28 da Lei 11.343 –, não há qualquer possibilidade, sequer hipótese de conversão por eventual descumprimento, de cerceamento de liberdade do usuário de drogas.

(...)

Candente discussão doutrinária e jurisprudencial teve início, com o advento desta inovadora previsão, quanto à natureza delituosa da conduta do usuário de entorpecentes (...).

O Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 13.02.2007, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem sus-

citada nos autos do RE 430.105 QORJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, rejeitando as mencionadas teses de *abolitio criminis* e de infração penal *sui generis*, afirmou a natureza delituosa da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343, muito embora dando ênfase à despenalização levada a efeito pelo legislador (...)

Questão que se coloca no vertente caso não é persistir na discussão quanto à natureza jurídica do art. 28, que já fora, inclusive, alvo de apreciação pela Corte Suprema no mencionado julgamento. Mas, sim, com olhos na evidente e profícua reforma legislativa de mitigação do desvalor à conduta do usuário – vendo-o, agora, como dependente a ser tratado e não como delinquente a ser reprimido –, perquirir acerca da pertinência da aplicação da agravante geral da reincidência, sem a devida ponderação, ao condenado por uso de drogas das consequências jurídicas penais aplicáveis quando da prática de qualquer delito, como se estivesse a tratar de um ilícito penal ordinário, sem qualquer especificidade.

Por mais que se defenda a natureza criminosa do art. 28 da Lei 11.343, é inegável que a ausência de previsão de pena privativa de liberdade como sanção, sequer de forma remota, significa uma relevante alteração na valoração do fato, de um diminuto desvalor e ofensividade, notadamente tendo-se em conta o regime normativo anterior. Mudança esta que não pode ser, pelos aplicadores do Direito, negligenciada.

De uma breve análise das sanções previstas no citado dispositivo, dessume-se um

novel paradigma no Direito brasileiro, o afastamento *in totum* da pena privativa de liberdade, em um movimento de descaracterização movido, em muito, pela consciência mundialmente alcançada quanto ao fracasso da política de embate e repressão aos entorpecentes, inclusive quanto ao usuário.

As sanções previstas para o indivíduo que pratica conduta tipificada no art. 28 não têm matiz repressivo, mas antes, de cunho preventivo especial positivo, com vistas à reinserção social e o afastamento de fatores de vulnerabilidade (...).

Ora, cientes da irrupção deste novo paradigma, é possível e legítimo, como feito pelo juiz sentenciante, considerar a prática anterior do art. 28 da Lei 11.343/2006 como fato criminoso idôneo a gerar reincidência? (...)

Ocorre que não se pode pretender a aplicação do art. 63 do Código Penal em hipótese de uso de drogas, olvidando-se, por completo, toda a inovação trazida com a Lei 11.343/2006, Lei, diga-se, especial, de mesma hierarquia e posterior que o Código Penal. Assim procedendo, estar-se-ia a negar a total alteração legislativa no tocante ao tratamento conferido ao usuário de drogas.

Não se pode, ainda, pretender uma interpretação dissonante dos princípios constitucionais, mormente da proporcionalidade e razoabilidade.

(...) Leciona a doutrina que o instituto da reincidência representa uma maior censura a uma “vontade do ilícito mais intensa” (...). Ora, divisando-se a alteração de regime promovida com o advento da Lei 11.343/2006,

denota-se que a reprovação ético-social ao comportamento do usuário de drogas é nos dias de hoje diminuta, justamente pela conscientização de que este indivíduo, muito mais do que um delinquente que opta deliberadamente por violar a ordem jurídica, é alguém a necessitar de apoio, informação e auxílio. Campo, pois, muito além do Direito Penal. (...)

Para além disso, a interpretação do conceito de reincidência do art. 63 do CP, na fase de determinação da reprovação penal, não deve ser literal e automática (...)

O indivíduo anteriormente condenado como incurso no art. 28 – que sequer enseja pena de prisão – não pode ser considerado perigoso e sequer pode ser tido como descumpridor da ordem jurídica, donde supostamente colocar-se-iam necessidades preventivas, visto que a própria lei hoje reconhece a condição daquele como pessoa a, muito mais do que censura, merecer tratamento.

(...)

É dizer: a sanção prevista no tipo penal retrata o desvalor do ordenamento à conduta tipificada, pelo que a impossibilidade absoluta de privação da liberdade por violação do art. 28 revela, de forma estreme de dúvidas, uma mudança radical na percepção e reprovação social ao comportamento do usuário, dantes delinquente a ser combatido e segregado, hoje dependente a merecer apoio e tratamento. Fator este que não pode ser negligenciado na análise do âmbito de incidência do art. 63 do CP (...).

Se o legislador afasta peremptoriamente a pena privativa de liberdade para o indivíduo que incide no art. 28 – inclusive no

grave caso de descumprimento das sanções impostas –, como admitir-se que, em eventual delito posterior, a pena seja, a título de reincidência, majorada na forma de prisão exatamente em virtude do uso anterior? Estar-se-ia, por via transversa, em flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, a admitir pena privativa pelo uso quando tal fora afastado, de forma categórica, pelo próprio legislador.

A corroborar a impropriedade de o art. 28 da Lei 11.343/2006 servir como suporte para a caracterização da reincidência, tem-se o regime das contravenções penais.

(...)

Como pode o art. 28 da Lei 11.343/2006 – pelo qual sequer há possibilidade remota de privação da liberdade – gerar reincidência e a contravenção, passível de prisão simples, ser inábil a gerá-la em caso de crime posterior? Chancelar-se entendimento desta sorte implica admissão de séria fissura em detrimento da coesão e harmonia do sistema penal.

(...)

Este voto acolhe o apelo defensivo em maior extensão para afastar a reincidência, reduzir a pena privativa para um ano e oito meses de reclusão em regime aberto, e 166 dias-multa, e para substituir a sanção reclusiva por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade a serem estabelecidas na fase de execução da pena, de acordo com o disposto no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006.

Márcio Bartoli

Relator

Anotação: Trata-se de julgamento de recurso de apelação em que o recorrente, condenado por tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), deduziu, entre outros pedidos, a não aplicação da reincidência decorrente de condenação anterior por infração ao art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a propiciar-lhe redução das penas pela aplicação do § 4.º do art. 33 da referida Lei. O acórdão afastou a incidência do art. 63 do CP e, assim, aplicou o § 4.º do art. 28 da Lei de Drogas para mitigar as penas impostas ao recorrente.

A decisão reflete a materialização da função criadora cometida também ao juiz, por ser este responsável pela interpretação sistemática e atualizada da norma abstrata. Com efeito, especialmente no que diz respeito ao crime de posse de droga para consumo pessoal, deve a reincidência ser vista à luz do Direito Penal da culpa, dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, bem como dos modernos rumos da política criminal — o que fez a decisão com maestria. Vejamos.

A interpretação meramente literal do art. 63 do CP conduz ao que se convencionou chamar “reincidência genérica”, segundo a qual uma simples condenação transitada em julgado por crime anterior bastaria ao agravamento da pena aplicada ao condenado pela prática de novo crime. Para os que adotam essa lógica, a aplicação da agravante não comportaria qualquer exceção, incidindo inclusive nos casos de condenação proferida em sentença estrangeira e, ainda,

por crime culposos.

Tal pensamento, entretanto, não se apresenta consentâneo com as realidades política e jurídica vigentes, eis que a *ratio legis* da Lei 11.343/2006 e os princípios constitucionais supracitados impõem uma nova interpretação do art. 63 do CP nos casos como o que ora se comenta. De fato, a atual Lei de Drogas, conforme bem observa a decisão, embora não tenha descriminalizado a posse de drogas para uso pessoal, conferiu resposta de caráter muito mais educativo que propriamente repressivo à violação do tipo penal, o que sem dúvida alguma é fruto de uma diametral mudança no tratamento da questão. Com efeito, toda a política punitivista, paradoxalmente, produz um contexto impeditivo do tratamento dos adictos e usuários. A atribuição da pecha de criminoso àquele que faz uso de drogas impede a identificação transparente do usuário e a definição de uma estratégia que permita enfrentar esse problema de ordem médico-psicológica. Nasce, pois, como alternativa ao punitivismo, uma política designada de *redução de danos*, norteadas por uma visão humanista e pragmática que visa à melhora do quadro geral do usuário sem que lhe seja exigido o absenteísmo ou imposta renúncia ao consumo de substâncias psicotrópicas. A ótica da nova abordagem é a de que se o cidadão usa drogas, ao menos o faça com os menores danos possíveis a sua saúde (física e mental), a sua vida de relação (família, trabalho, sociedade etc.) e, finalmente, à própria

comunidade em que vive. O usuário de drogas, dependente ou não, possui algumas causas para tal postura que não se explicam somente em suas opções, mas também dependem de toda a conformação social. A redução de danos constitui, assim, alternativa para gerenciar um problema social complexo que pode ser um peso para muitas comunidades. Com a estratégia da redução de danos, a comunidade entra em contato com um grupo de pessoas que causa muitos problemas. Adotando atitudes de aproximação cuidadosa, usando de uma estratégia de empatia, compreendendo e dialogando com o público alvo, os primeiros passos são dados para modificar o quadro do drogadicto, diminuindo as consequências que atingem o ambiente e o próprio usuário. A divulgação de mecanismos preventivos e informativos sobre o vírus “HIV”, por exemplo, leva a comunidade, e o próprio Estado, a preservar vidas e economizar dinheiro. E a melhor maneira de se fazer isso não é punir o usuário, mas envolvê-lo com todo o processo.

Nesse contexto, a “descarcerização” do porte de droga para uso pessoal, promovida pelo legislador, é fruto do reconhecimento do fracasso da política meramente repressivo-punitivista e traz reflexos diretos no que concerne à agravamento das penas aplicadas aos indivíduos condenados anteriormente por infração ao art. 28, aos quais, hoje, não mais se aplica a agravante genérica da reincidência.

A interpretação do art. 63 do CP com base na pluralidade de crimes leva à possibilidade de a pena de um crime projetar-se em outro crime. Neste cenário, o agravamento pela reincidência somente é aplicável nos casos em que entre o primeiro e o segundo delito haja alguma relação que revele, efetivamente, maior culpabilidade do agente ou, ainda, se os comportamentos anteriores contribuem para a caracterização de uma personalidade (RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*

(os critérios da culpa e da prevenção). Dissertação (Doutoramento em ciências jurídico-criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1995. p. 669). Tal não se verifica, contudo, entre as infrações aos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/2006. Demais disso, o agravamento da privação de liberdade, a título de reincidência, de quem tenha sido condenado anteriormente, por exemplo, a uma simples advertência judicial (por infração ao art. 28 da Lei de Drogas), certamente fere a proporcionalidade. Neste particular vale observar também que a eventual reincidência decorrente de condenação anterior por infração ao art. 28, além de agravar a pena, impediria a concessão de *sursis*, obstaría a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aumentaria o tempo de privação de liberdade necessário ao livramento condicional, interromperia a prescrição, entre outros gravames absolutamente desproporcionais. A própria constitucionalidade da incriminação do porte de droga para consumo próprio é questionável e será objeto de debate no STF, que recentemente reconheceu a repercussão geral da questão no RE 635.659/SP, em que a Defensoria Pública de São Paulo questiona a efetiva lesividade dessa conduta.

Conquanto ainda enfrente grande resistência da parte de alguns, a mudança de paradigma no que diz com o tratamento da questão das drogas parece irrefreável. E a decisão da justiça paulista, ora comentada, representa um passo importantíssimo em direção a esse novo modelo.

Sérgio Salomão Shecaira

Professor titular de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da USP.

Pedro Luiz Bueno de Andrade

Advogado.

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Direito Penal. Roubo. Crime continuado. Elementos do crime continuado. Continuidade delitiva. Unificação de penas. Reiteração delitiva. Habeas corpus denegado.

“1. O art. 71 do Código Penal arrola os requisitos necessários à caracterização do crime continuado, a saber: (i) mais de uma ação ou omissão; (ii) prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; (iii) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; e (iv) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. 2. *In casu*, o paciente restou condenado por dois crimes de roubo, o primeiro praticado em 20.12.2004 e o segundo em 05.02.2005, perfazendo entre os delitos um intervalo de 45 dias. 3. É assente na doutrina que não há “como determinar o número máximo de dias ou mesmo de meses para que se possa entender pela continuidade delitiva”. 4. O Supremo Tribunal Federal,

todavia, lançou luz sobre o tema ao firmar, e a consolidar, o entendimento de que, excedido o intervalo de 30 dias entre os crimes, não é possível ter-se o segundo delito como continuidade do primeiro: HC 73.219/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26.04.1996, e HC 69.896, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02.04.1993. 5. A habitualidade ou a reiteração criminosa distingue-se da continuidade delitiva, consoante reiteradamente vem decidindo esta Corte: HC 74.066/SP, 2.^a T., rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 11.10.1996; HC 93.824/RS, 2.^a T., rel. Min. Eros Grau, DJe 15.08.2008; e HC 94.970, 1.^a T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 28.11.2008. 6. *Habeas corpus denegado.* (STF - 1.^a T. - HC 107.636 - rel. **Luiz Fux** - j. 06.03.2012 - Public. 21.03.2012 - Cadastro IBCCRIM 2765)

Pesquisador: Alberto Alonso Muñoz

Anotação: No caso em análise, o paciente requereu ao Juízo de Execução Penal a unificação das penas por crimes de roubos praticados, respectivamente, em 20.12.2004 (pena de 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto) e em 05.02.2005 (pena de 4 anos e 7 meses de reclusão, em regime semiaberto). O pedido foi deferido, ensejando recurso de agravo em execução, manejado pelo MPE/RS, ao qual o TJRS deu provimento para afastar a continuidade delitiva sob o fundamento de inobservância do requisito objetivo relacionado ao espaço temporal entre os crimes, uma vez que o prazo não poderia

ser superior a 30 dias (*in casu*, foi de 45 dias). O entendimento da Corte estadual foi encampado, em sede de *habeas corpus*, pelo STJ, dando causa, assim, a nova ação de liberdade (impetrada, agora, perante o STF), visando ao restabelecimento da decisão de primeiro grau, como se lê nesta ementa. Os Tribunais Superiores somente debateram o requisito temporal (para o reconhecimento da continuidade delitiva), na medida em que os demais pressupostos foram afirmados pelo juízo de execução e não sofreram questionamento, implicando, com isso, coisa julgada.

O relator, Min. Luiz Fux, fundamentou seu voto denegatório desse *habeas corpus* utilizando-se de posição consolidada no STF, segundo a qual, excedido o intervalo de 30 dias entre os crimes, não é possível ter-se o segundo delito como continuidade do primeiro; apesar de reconhecer, em seu voto, que a doutrina é assente no sentido de que não há “*como determinar o número máximo de dias ou mesmo de meses para que se possa entender pela continuidade delitiva*”. Ademais, assinalou, que “*(...) habitualidade ou reiteração criminosa distingue-se de continuidade delitiva, consoante reiteradamente vem decidindo esta Corte*”.

A decisão em análise vincula-se, de um lado, à definição de uma circunstância que pode revelar a figura do crime continuado: a conexão temporal; e, de outro, à incompatibilidade entre a relapsia criminosa e o delito continuado.

Quanto ao primeiro aspecto, trata-se de dado configurador (do crime continuado) que se mostra, às inteiras, de difícil conceituação, especialmente se nos ativermos à seara jurisprudencial. A imprecisão conceitual apresentada pela doutrina também importa em impossibilidade de se estabelecer uma definição segura desse aspecto modal configurante da continuação criminosa. Os Tribunais Superiores, seguramente pretendendo dar uma precisão maior ao conceito, estabelecem que não se sedimenta a *fiction juris* quando existir, entre as condutas, lapso superior a trinta dias. Nesse sentido, a decisão se mostraria coerente com o padrão que vem sendo seguido (especialmente) pelos Tribunais Superiores.

Ocorre, entretanto, que a elasticização interpretativa desse elemento também tem sido reconhecida pela jurisprudência. Antes de mais, é importante deixar claro que esse requisito da continuidade delitiva é, sem espaço para dúvida, inessencial, ou seja, a sua (eventual) ausência não se apresenta como obstáculo à reunião dos diferentes crimes assemelhados à luz da disciplina do instituto em causa. Com efeito, o crime continuado tem raízes na equidade (MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O princípio da insignificância e o crime continuado, sob uma angulação processual. *Boletim IBCCRIM*, ano 15, n. 182, p. 14-15, São Paulo, jan. 2008), possui nítida vocação benéfica, e destina-se, precipuamente, à individualização da punição, ao se apoiar em princípios de Política Criminal que visam ao perfeito ajustamento da pena às condições do condenado. Dessa forma, em relação a esse dado de materialização do instituto, não se deve adotar um critério cerrado, inflexível ou invariável em sua interpretação, senão um que se mostre consentâneo aos motivos pelos quais a legislação incorporou a figura do crime continuado: permitir uma condenação justa (à luz de uma orientação político-criminal) e humanitária (à luz dos modernos postulados de um Direito Penal

liberal). Sucede, então, que intervalos temporais excessivamente alargados podem implicar uma modificação expressiva da situação objetiva, desfazendo, por conseguinte, a unidade de ocasião sobre a qual se constrói a figura jurídica em comento; contudo, esse fato deverá ser examinado em um contexto de avaliação ampla, tendo um protagonismo absolutamente secundário, pois, em última análise, se cuida de uma unificação artificial de comportamentos ilícitos (e, por via de consequência, de reprimendas), inspirada (e aplicada) em benefício do agente.

Em relação ao segundo aspecto, em termos jurisprudenciais, majoritariamente não se tem admitido a compatibilidade entre os institutos da delinquência habitual (ou profissional) com o crime continuado; de tal modo que, também neste sentido, a decisão se mostraria adequada.

Todavia, defende outro setor da jurisprudência a perfeita harmonização desses modelos, notadamente pela inexistência de qualquer vedação legal que pudesse obstaculizar a sua comunhão, não se perdendo o norte do significado benéfico que orienta a estruturação do delito continuado. De fato, a jurisprudência, muitas vezes, recorre a categorias criminológicas (habitualidade no delito, tendência para delinquir etc.) para impedir a concessão de tratamento punitivo com menor impactação repressiva, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da reserva legal, que não estabelece qualquer comando relacionado àquelas categorias.

Nesse norte, sustenta-se que a criação ou a utilização de categorias não inscritas, explícita ou implicitamente, na norma penal, não se mostra aceitável, na medida em que a figura legal em foco se traduz em direito público subjetivo do apenado, tendo aplicação obrigatória – se presentes, obviamente, todos os requisitos (*in casu*, todos de feição objetiva) que condicionam a sua existência –; não podendo, por isso, sofrer reduções que impliquem afetação de garantias por meio de alargamento interpretativo não autorizado pelo sistema constitucional (nem pelo subsistema penal). Nada se avança quanto à questão, portanto, se não for preservada a noção segundo a qual o Direito Penal se deve conduzir como autolimitação da força punitiva (*Straf Gewalt*), e sua utilização se justifica apenas como *ultima ratio*. Ver, com mais detalhes: FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Ney Fayet Júnior

Doutor em Direito.

Professor de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

Advogado.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Direito Processual Penal. Tráfico internacional de drogas/entorpecentes. Associação para o tráfico de drogas/entorpecentes. Interceptação de comunicação informática ou telemática. Lei de interceptação telefônica. Quebra de sigilo das comunicações telefônicas. Sigilo da comunicação entre advogado e cliente. Nulidade dos atos processuais.

“1. Não determinada a quebra do sigilo do patrono constituído, mas captado, incidentalmente, seus diálogos com o cliente/investigado, não há falar em quebra do sigilo das comunicações do advogado no exercício lícito de sua profissão. 2. Não compete à autoridade policial filtrar os diálogos a serem gravados, mas sim executar a ordem judicial, o que evita a conveniência da colheita

da prova ficar ao arbítrio da polícia, devendo o magistrado, diante de eventual captação de conversa protegida pelo manto da inviolabilidade, separá-la dos demais elementos probatórios, mantendo o restante da diligência incólume, se não maculada pela irregularidade detectada, como é o caso dos autos. 3. O indeferimento do pedido de desentranhamento das interceptações pelo Tribunal de origem foi acertado, pois as provas não passaram a ser ilícitas, já que autorizadas por autoridade judicial competente e em observância às exigências legais, incidindo, na espécie, o disposto no art. 9.º da Lei 9.296/1996, o qual preceitua que “a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento

do Ministério Público ou da parte interessada”. 4. Na hipótese, o decote dos trechos irregulares não exaure o conteúdo da extensa peça acusatória (com 120 folhas), porque ela se encontra amparada em inúmeros outros diálogos captados entre os investigados ao longo de aproximadamente 9 meses de interceptações telefônicas e telemáticas, como também em diversos outros elementos de prova. 5. Deve subsistir também o decreto prisional, pois a eliminação das referidas conversas não torna a decisão desfundamentada, em virtude de permanecer motivação suficiente e idônea para a preservação

da custódia cautelar. Ademais, sobreveio sentença condenatória, oportunidade em que foi vedado o recurso em liberdade, decisão essa que traz novos fundamentos para a manutenção da prisão provisória, não havendo, dentre tais justificativas, qualquer referência à captação irregular decotada. 6. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.” (STJ – 5.^a T. – HC 26.704 – rel. Min. Marco Aurélio Belizze – j.17.11.2011 – public. 06.02.2012 – Cadastro IBCCRIM 2741)

Pesquisador: Matheus Silveira Pupo

Anotação: O presente julgado originou-se de investigação policial e subsequente ação penal que tramitaram perante a Justiça Federal no Rio de Janeiro. A investigação acompanhou numeroso grupo criminoso acusado de tráfico internacional de entorpecentes, que operacionalizava a prática delituosa com a remessa de cocaína para a Europa em troca da importação de drogas sintéticas, as quais eram posteriormente comercializadas nas principais capitais do sul e sudeste do Brasil.

Durante as investigações, foi deferido pedido de interceptação telefônica e telemática (*e-mails*) das comunicações dos suspeitos de envolvimento com a organização. Iniciado e conduzido sob os devidos marcos legais, durante o procedimento de colheita do material houve fortuita captação de diálogos e mensagens eletrônicas entre um dos investigados e seu advogado. Tais elementos de informação, posteriormente, integraram o relatório da autoridade policial e a denúncia do Ministério Público Federal com a intenção de reforçar o quadro probatório, não obstante constituíssem elementos acessórios da *opinio delicti*.

Contra o recebimento da denúncia e a decretação da prisão preventiva insurgiu-se a defesa por meio de *habeas corpus* ao TRF da 2.^a Região, pugnando pela anulação da decisão ante uma ilicitude que macularia a investigação e, por consequência, a denúncia. Ao apreciar a questão, o Tribunal Regional concordou com os argumentos trazidos pela defesa quanto à impossibilidade de utilização das interceptações no processo, por vislumbrar ter havido violação do sigilo entre advogado e cliente, mas não atribuiu a esse fato as consequências pretendidas pela defesa, determinando a supressão dos autos tão somente dos trechos e documentos que se referissem às interações travadas entre o cliente/investigado e seu advogado.

A decisão do Tribunal de segunda instância foi mantida pelo STJ nos termos do julgado em análise. Ponderou a 5.^a T. do STJ, em especial, que (i) as interceptações foram regularmente autorizadas e conduzidas; (ii) a captação dos diálogos entre o investigado e seu advogado se deu de forma fortuita, não intencional; (iii) não se sabia, àquele momento, que se tratava do advogado constituído pelo investigado; (iv) não compete à autoridade policial filtrar ou selecionar excertos de interceptação para descarte, controle este exclusivo da autoridade judicial; (v) não houve contaminação das demais ligações e *e-mails* interceptados em razão da ocasional interceptação de conversa inviolável.

A solução dada pelo STJ ao caso em apreço foi precisa. Como base no art. 9.^o da Lei 9.296/1996, que preconiza que “a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”, os ministros, por meio de analogia, determinaram igual solução para os casos em que a gravação não puder ser utilizada em razão de alguma vedação legal. Vale dizer, se é não apenas permitido, como perfeitamente viável, a inutilização de gravações que não interessam ao contexto probatório, a mesma *ratio* deve ser aplicada aos resultados de interceptação que, inadvertidamente, alcança elementos de informação que não

são admitidos em juízo, como são os diálogos entre os advogados e seus clientes.

O sigilo profissional, do qual o sigilo advocatício é uma das espécies, é a manifestação instrumental do direito à intimidade e à vida privada, bens jurídicos de mais alta relevância que gozam de proteção em nível constitucional (art. 5.^o, X, da CF/1988). O sigilo profissional tem por objeto o segredo, a informação ou dado da realidade que não pode ser divulgado, atuando o sigilo, assim, como a veste de proteção sobre um segredo que deve ser protegido.

Goza o sigilo profissional de incisiva proteção por parte do ordenamento jurídico em face da indispensabilidade de determinadas profissões para o corpo social, como são os advogados e os médicos, por exemplo. Esses profissionais assumem a posição de *confidentes necessários* perante aqueles que procuram seus serviços, na medida em que apenas um profissional bem informado tem condições de exercer com qualidade o seu mister. Daí por que, ressalvada a excepcional hipótese em que esses profissionais estejam envolvidos na prática delituosa, não são permitidas violações de conversas, documentos ou quaisquer outros elementos relacionados ao lícito desenvolvimento de suas atividades profissionais.

Em última instância, a proteção do sigilo entre advogado e cliente (*attorney-client privilege*) é uma entre as diversas formas de manifestação do direito fundamental à defesa. Como já tivemos a oportunidade de analisar em outra ocasião, no Direito Processual Penal o sigilo profissional tem natureza jurídica de *regra de admissibilidade de prova*, servindo como verdadeiro filtro para o material probatório (Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 16, n. 73, p.107-155, jul.-ago. 2008).

No caso em análise, diferentemente do que entenderam a autoridade policial, o órgão do Ministério Público e o Juízo de 1.^a instância, não se mostrava admissível a adoção da teoria do encontro fortuito de provas, pois o elemento de prova nunca poderia ter sido obtido, fosse de forma intencional, fosse de modo ocasional, dada a inviolabilidade da relação advogado/cliente. Vale dizer, se tivesse havido ordem para interceptar a comunicação entre o investigado e seu advogado no regular exercício da profissão, essa prova seria *per se* ilícita, pois violado quedaria todo o arcabouço normativo que protege o sigilo profissional. Por consequência, uma gravação de igual conteúdo cujo encontro se deu de modo fortuito igualmente não é admissível no processo, pois tem como resultado idêntica violação do bem jurídico protegido: a intimidade do investigado nas relações com seu advogado. A amplitude da inadmissibilidade desses diálogos, no entanto, não teve (nem haveria de ter) a extensão pretendida pela defesa, pois não ocorreu qualquer contaminação do restante material probatório e a solução se mostrou absolutamente apta a retirar do processo informações que dele não deveriam constar, subsistindo, no mais, a persecução penal.

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza

Mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Procurador da República.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Direito Processual Penal. Contrabando ou descaminho. Suspensão condicional do processo. Condições legais e judiciais. Causas extintivas da punibilidade. Nulidade dos atos decisórios.

1. Homologada a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995, o transcurso do prazo do *sursis* sem revogação acarreta a extinção da punibilidade do acusado, consoante § 5.º do art. 89 do mesmo Diploma Legal. 2. Em que pese haja previsão legal de revogação do *sursis* diante do cometimento de novo

delito pelo beneficiário durante o período de prova (art. 89, § 3.º da Lei 9.099/1995), cabe ao Ministério Público diligenciar informações sobre o comportamento do acusado, durante todo o prazo. 3. Extinção da punibilidade a ser mantida, pois, tardia a diligência, a Lei 9.099/1995 não prevê prorrogação do prazo nem revogação do *sursis*. Precedente do STF. (TRF 5.ª R. – 3.ª T. – RSE 2005.84.00.002674-8 – rel. **Marcelo Navarro** – j. 22.03.2012 – public. 28.03.2012 – Cadastro **IBCCRIM** 2768)

Pesquisador: José Carlos Abissamra Filho

Anotação: Trata-se de acórdão em recurso contra sentença que, diante do término do período de prova decorrente de suspensão condicional do processo, declarou “extinta a punibilidade”, nos termos do § 5.º do art. 89 da Lei 9.099/1995 (“*Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.*”). Alegava o recorrente que, tendo em vista regra do § 3.º do mesmo art. 89 (“*A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime*”), a inexistência de certidão de antecedentes comprovando “*o não cometimento de outro delito durante o período de prova*” desautorizaria a aplicação da “benesse” (*sic*). A 3.ª T. do TRF 5.ª Reg. negou provimento ao recurso, acertadamente afirmando que o transcurso do prazo do período de prova sem revogação da suspensão acarreta a “*extinção da punibilidade*” como estabelecido na regra do § 5.º do art. 89 da Lei 9.099/1995, observando ainda que ao Ministério Público é que “*caberia diligenciar informações sobre o comportamento do acusado, durante todo o prazo*”.

O argumento buscado pelo MP para amparar seu inconformismo já denotava um autoritário descompromisso com um processo penal minimamente democrático. Apontando a ausência de certidão que comprovasse “o não cometimento de outro delito” já revelava seu desprezo pelas normas que atribuem ao acusador o ônus da prova autorizadora do exercício do poder de punir, nada tendo o réu que provar em processo penal. Evidentemente descabida a prova do “não cometimento de outro delito”. Ao MP sim é que teoricamente poderia caber a prova do cometimento de outro delito. No entanto, deve ser ressaltado que a primeira parte do § 3.º do art. 89, assim como a primeira parte do § 4.º (“*A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção*”), traz nítida vulneração da presunção de inocência, sempre valendo repetir que mera acusação de prática de alegado crime não pode repercutir desfavoravelmente sobre a situação jurídica do réu. Também cabe desde logo ressaltar que a regra do § 5.º evidentemente não contém nenhuma “benesse”, tampouco se tratando ali de real declaração de extinção da punibilidade. Como expus em meu *Juizados Especiais Criminais*: a concretização antecipada do poder de punir (São Paulo: RT, 2004), não se pode identificar, com propriedade, declaração de extinção da punibilidade em sentença que, diante do fim do período de prova, declara cumpridas as condições que ensejaram a suspensão do processo. O cumprimento das condições implica que não haja mais uma conduta punível pela singela razão de que tal conduta, na realidade, já foi punida. Embora não haja formal aplicação de pena, a reação estatal à alegada prática do crime antecipadamente se concretizou com as restrições à liberdade sofridas pelo réu, conducentes à satisfação da pretensão punitiva. Tal sentença traz, pois, mera declaração de estar assim satisfeita a pretensão punitiva, tendo, naturalmente, a mesma eficácia de impedir a renovação da

demanda que teria qualquer sentença de mérito, como aquela em que propriamente declarada a extinção da punibilidade.

Passemos, porém, ao tema efetivamente objeto do acórdão. Como acertadamente decidido, a revogação da suspensão condicional do processo só poderá se dar enquanto não concluído o prazo fixado para o período de prova. É o que, sem deixar qualquer dúvida, estabelece a regra do § 5.º do art. 89 da Lei 9.099/1995. Referindo-se expressamente à expiração do prazo sem que tenha havido revogação, tal regra não admite interpretação que transporte a possibilidade da revogação para tempo posterior ao dia em que completado o período de prova, ainda que só então se constate o descumprimento de alguma condição. A interpretação que pretende uma volta no tempo, em prejuízo do réu, desautorizadamente lê o dispositivo legal como se nele estivesse escrito que o juiz só declararia a “extinção da punibilidade” se o prazo tivesse se expirado sem que houvesse motivos para revogação e não simplesmente, como efetivamente está escrito, que, *expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade*. Leituras que acrescentam à lei expressões nela não escritas autoritariamente se distanciam do princípio da legalidade.

Nesse autoritário distanciamento, pretende-se que revogação obrigatória significaria revogação automática. No entanto, em nenhum momento, assim o disse o legislador. A revogação é dita obrigatória em contraposição à revogação qualificada de facultativa. A obrigatoriedade é motivada por um descumprimento de condições reputadas mais relevantes, enquanto a facultatividade reporta-se a condições reputadas menos relevantes. O que estabeleceu o legislador foi somente que, na primeira hipótese, verificado o descumprimento das condições, o juiz deverá revogar a suspensão, enquanto, na segunda hipótese, o juiz poderá ou não revogá-la, conforme avaliação que fizer das circunstâncias do descumprimento. Supor, sem que a lei o diga, que a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo equivaleria a uma revogação automática, como afirmar, sem que a lei o faça, que a decretação da revogação poderia se dar após a expiração do prazo do período de prova, reflete exegese dilatatória do alcance de disposições legais repressivas, assim refletindo postura claramente violadora do princípio da legalidade.

O princípio da legalidade veda qualquer interpretação de regra penal ou processual penal criadora de restrições ao exercício de direitos do indivíduo não expressa e taxativamente estabelecidas na lei. Na eventualidade de surgirem diferentes possibilidades interpretativas – o que não se dá na hipótese ora examinada, dada a nitidez do texto legal – há de ser sempre escolhida a que se mostrar menos gravosa para o indivíduo. No campo interpretativo, também vige o princípio *in dubio pro reo*, tradução perfeita da imperativa prevalência da liberdade sobre o poder punitivo.

Maria Lucia Karam
Juíza aposentada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Direito Processual. Ameaça. Violação de domicílio. Perturbação do sossego. Inversão na inquirição de testemunha. Nulidade sanável. (Não) demonstração do prejuízo pela parte. Revelia. Ausência de intimação pessoal. Nulidade *ab initio*.

“(…) Não demonstrado o manifesto prejuízo sofrido pela defesa do paciente, decorrente da inversão na ordem de oitiva das testemunhas de defesa e acusação, não há nulidade a ser reconhecida por via de *habeas corpus*. Portanto, indefiro a ordem, nesse ponto (...) É evidente o prejuízo sofrido pelo paciente que foi impossibilitado de exercer o seu direito de defesa por meio do interrogatório (autodefesa), sendo-lhe, ainda, decretada a revelia. – A decretação da revelia impescinde da intimação pessoal do réu (art. 367 do CPP). – Não tendo o Oficial de

Justiça encontrado o paciente em um dos dois endereços constantes no mandado de intimação (...), cabia-lhe diligenciar no segundo endereço. – Como o Oficial de Justiça não certificou que o paciente encontrava-se em local incerto e não sabido, cabia ao Juízo *a quo* redesignar o interrogatório dele para o mês seguinte, por exemplo – tempo razoável para que o paciente retornasse de uma viagem de férias –, oportunizando a sua regular intimação pessoal e exercício do direito de defesa. – Parecer da PGJ pelo conhecimento parcial e concessão da ordem. – Ordem conhecida e parcialmente concedida” (**Ementa não oficial**). (TJSC – 4.ª Câ. Crim. – HC 2012.005953-6 – rel. Carlos Alberto Civinski – j. 22.03.2012 – public. 08.03.2012 – Cadastro IBCCRIM 2757).

Pesquisadora: Chiavelli Facenda Falavigno

Anotação: Neste *habeas corpus*, a defesa visava à anulação da ação penal por dois motivos diferentes: 1) a realização da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa antes daquelas arroladas pela acusação; e 2) o vício na intimação (notificação) para o comparecimento do paciente para seu interrogatório.

Quanto ao primeiro motivo para anulação, o tribunal repetiu o que tem sido a tônica amplamente majoritária da jurisprudência: a inversão da ordem de oitiva das testemunhas prevista no art. 400 – no caso, as arroladas pela defesa foram ouvidas em carta precatória antes das arroladas pela acusação – é nulidade relativa, a exigir prova do prejuízo (ver, por exemplo, caso em que não se comprovou o prejuízo: STJ, 5.ª T., HC 167.900, rel. Jorge Mussi, j. 27.09.2011, DJe 13.10.2011; recentemente, deferiu-se liminar para corrigir a inversão prejudicial ao réu: STJ, HC 225.757, Rel. Sebastião Reis Júnior, decisão monocrática de 17.11.2011, DJe 23.11.2011).

Trata-se de entendimento que amesquinha o devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF). A ressalva feita pelo art. 400 (“Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei 11.719, de 2008)”) – destaques nossos) – diz respeito à produção de prova audiência, e não à ordem das oitivas, por um motivo simples: permitir que, no processo penal, ouça-se antes uma testemunha arrolada pela defesa do que uma arrolada pela acusação fere de morte os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LV, da CF), na medida em que impede que aquele que deve ter a possibilidade de reagir à imputação fale – e, neste caso, produza prova – por último.

Se as testemunhas arroladas pelo acusado serão aptas a refutar o que as indicadas pela acusação falaram (ou falarão) é problema de outra ordem, que, com todo o respeito, não deveria ser levado em consideração para a verificação do dano causado à defesa (no mesmo sentido, de que a inversão sempre importa em nulidade, ver: SANTOS, Leandro Galuzzi dos. Procedimentos. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (co-ord.). *As reformas no processo penal*. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 331). É que as formas, tais como previstas nos mais diversos ordenamentos, servem para proteger o indivíduo do arbítrio estatal, fazendo valer os princípios constitucionais em seu favor (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 4. p. 41-42).

O entendimento aqui criticado, que permite a flexibilização do processo em detrimento do que foi claramente pensado para ampliar a defesa, deixa o imputado mais vulnerável, porque torna subjetivo algo que deveria ser, segundo o texto da lei e a lógica imposta pelo contraditório e pela ampla defesa, absolutamente objetivo. Além disso, a prática judiciária, num país em que os atos processuais são, em razão

do acúmulo de serviço dos juízes (e de diversas outras causas), praticados com extrema lentidão, chega a ser incompreensível: determina-se a realização de uma audiência fora da ordem legal para, depois, verificar se ela poderá ou não ser utilizada. É o cúmulo da ineficiência e desperdício de trabalho (caro, caríssimo), tanto do Judiciário, quanto do MP e, para piorar, muitas vezes com custo para o acusado, da defesa.

Não bastasse, tal posicionamento parece ignorar que o destinatário do processo penal no Brasil é, majoritariamente, o pobre, que raramente tem acesso pessoal ao seu defensor (geralmente público ou dativo). Com esse acesso já reduzido ou inexistente (ao menos antes da resposta à acusação, momento em que se arrolam as testemunhas, isso tem sido a regra), é evidente que a possibilidade de realização de uma defesa efetiva, com a indicação de pessoas importantes para testemunhar, é mínima. Nesse contexto, flexibilizar – como se tem flexibilizado – ainda mais o já combalido direito de defesa do acusado chega a ser cruel. E as consequências, num país em que a exceção parece ter como sina se tornar regra – inquéritos nunca duram 10 dias (art. 10 do CP); processos raramente são encerrados em 60 dias (art. 400 do CPP), aproximadamente 40% dos presos são cautelares... – são óbvias: o evidente e reiterado desrespeito à ordem da oitiva de testemunhas já é uma realidade.

Por fim, nunca é demais lembrar que uma simples troca de ofícios entre deprecante e deprecado solucionaria o problema de inversão da ordem das oitivas. O pragmatismo ilógico e ineficiente dos juízes de primeiro grau – chancelado pelos nossos Tribunais – não tem razão de ser. O exemplo da diligência e do cuidado do STF na Ação Penal Originária 470 (rel. Min. Joaquim Barbosa) indica que não presta o argumento da “dificuldade” em se fiscalizar o cumprimento de cada carta precatória.

Quanto ao segundo ponto, esclarece o acórdão que, diante de certidão em que constou não ter sido o paciente encontrado para ser notificado a comparecer para interrogatório, o magistrado decretou-lhe a revelia e deu seguimento ao processo. Ponderou-se que, 1) existindo outro endereço, o acusado deveria ter sido lá procurado – motivo de imprestabilidade do trabalho do oficial de justiça tal como entregue – e 2) a “revelia”, segundo disposição expressa do CPP (art. 367), parte do pressuposto de que houve ciência pessoal do ato – o que, aqui, não existiu.

Nessa medida, a decisão de anular por completo a audiência realizada sem a presença do acusado foi, à luz do devido processo legal, a mais correta: só com o seu adequado chamamento poderia ele decidir se reagiria exercendo o direito de presença e a autodefesa, faces da constitucionalmente prevista ampla defesa.

Andre Pires de Andrade Kehdi

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM.

Membro do IDDD e do IBCCRIM.

Advogado.