

Estelionato, falsum e uso de documento falso em concurso material. Denúncia parcialmente rejeitada. Recurso em sentido estrito. Invocação, pelo magistrado, do Enunciado nº 17 do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade. Princípio da obrigatoriedade. Direito constitucional de ação. Devido processo legal. Inafastabilidade da jurisdição.

Recurso em Sentido Estrito
Processo nº 23.291
1ª Vara Criminal de Niterói

Recorrente: O Ministério Público.
Recorrido: Afonso Sergio Ferreira Porto.

RAZÕES DE RECURSO

Egrégia Câmara:

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público em face de Afonso Sergio Ferreira Porto, por fatos narrados e capitulados como os crimes dos arts. 297, 304, na forma do art. 297, e 171, todos em conformidade com o art. 69 do CP.

A peça exordial foi ofertada com base nos indícios de autoria e materialidade trazidos no bojo do inquérito policial de nº 218/96, oriundo da 77ª DP, que a acompanhou.

O procedimento foi distribuído à 1ª Vara Criminal de Niterói, para fins de instauração da competente ação penal, tendo o Magistrado em exercício junto àquele D. Juízo, entretanto, rejeitado, em parte, a denúncia, consoante a R. Decisão de fls. 77/78, no tocante aos delitos dos arts. 297 e 304 do CP, recebendo-a, tão somente, em relação ao crime tipificado no art. 171 do CP.

Sustentou o MM. Dr. Juiz *a quo*, em síntese, que os delitos narrados na denúncia não comportam o concurso material, posto que, na espécie, ter-se-ia evidenciado o conflito aparente de normas, a ser resolvido pelo princípio da consunção, e que a simples leitura da denúncia já revelaria a possibilidade técnica do acúmulo proposto, embasando seu entendimento através de citação da Súmula 17 do STJ.

Outrossim, argumentou, também, que o recebimento da denúncia, tal qual capitulada, importaria em prejuízo tanto para o denunciado, que não poderia receber o benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/95, quanto para o Poder Judiciário, que se veria na contingência de instruir o processo.

Inconformado, interpôs o Ministério Público **Recurso em Sentido Estrito**, pelas razões que passa a expor.

Data venia, agiu equivocadamente o D. Magistrado ao rejeitar, em parte, a denúncia ofertada, sob o fundamento de que haveria, na espécie, a ocorrência de conflito aparente de normas entre os crimes narrados na peça inaugural, fato verificado pela simples leitura dos autos, o que autorizaria o seu recebimento, tão somente, quanto ao delito do art. 171 do CP, em atenção ao disposto na Súmula 17 do STJ.

Com efeito, a presente rejeição não encontra qualquer amparo legal ou doutrinário, tratando-se de Decisão efetivada ao arrepio das regras constitucionais e do direito processual penal pátrio vigentes.

Senão, vejamos.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LIV, estabelece que:

“ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Princípio basilar do processo penal, insculpido constitucionalmente em termos de garantia individual, o devido processo legal é, modernamente, considerado não mais como mera garantia das partes, mas de todo o corpo social, na medida em que deve ser visto como fator legitimante ao próprio exercício da função jurisdicional, de forma correta, imparcial, legal e justa.

Nessa direção, apontam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (in *As Nulidades do Processo Penal*, p. 20, Malheiros Editores, 1992):

“Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidades do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimamente do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.” (grifos meus).

Por outro lado, também a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV, preceitua que

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”

elevando, a nível constitucional, os direitos de ação e de defesa, que vêm a ser, na feliz expressão de ADA PELLEGRINI GRINOVER (e outros, ob. acima citada, p. 63), *“o princípio da proteção judiciária.”*

O Estado, ao monopolizar a composição dos conflitos de interesses surgido entre as partes, fê-lo através da função jurisdicional, que só pode ser exercida, consoante ditames da Carta Magna, por meio do devido processo legal, a fim de que sua função coercitiva de intervenção estatal na composição dos litígios seja limitada por respeito às garantias individuais, como o contraditório, a ampla defesa etc, de modo que o juiz possa, demonstrada a verdade dos fatos após findar-se a instrução do processo, dizer o direito de forma justa, como pretende o Estado.

AFRÂNIO SILVA JARDIM, a respeito da assertiva, é esclarecedor:

“Por outro lado, não resta dúvida ser o processo a forma normal e civilizada de composição de litígios, instrumento útil e necessário que é para tornar efetiva a função jurisdicional do Estado.”

“Ora, em sendo o processo o instrumento da realização concreta da atividade jurisdicional, é de fácil aceitação que esta finalidade de proteção ao direito se lhe estenda. Vale dizer, por meio do processo, o Estado prestigia e tutela a ordem legal vigente, fazendo atuar a vontade da lei nos casos concretos, resolvendo o juiz a lide tal qual o faria o legislador.

Porém, tem outra finalidade relevante o processo. A sua escolha como meio para a concretização da atividade jurisdicional, em si mesma, implica um juízo de valor. Ao utilizar-se do processo estruturado tal qual se encontra hoje, o Estado procura atingir aquele escopo já referido da melhor forma possível, vale dizer, atuando de forma autoritária sem violentar as garantias individuais. Sob este aspecto, o processo é um fator de garantia dos cidadãos, pois limita e disciplina a forma de intervenção estatal na composição das lides.

Destarte, cabe aqui uma pergunta: por que o Estado bitola a sua atividade às regras do processo, por que esta au-

tolimitação? Fácil é a resposta. Se o Estado deseja compor litígios para realizar a paz social, extirpando o conflito do seio da sociedade, evidentemente não atingiria tal desiderato se tomasse esta atuação em fonte de violência e discórdia, de medo e arbítrio. Ademais, precisa o Estado, para bem fazer justiça, conhecer a verdade dos fatos, e isto somente será possível através do "devido processo legal"." (Direito Processual Penal, pp. 93/94, Ed. Forense, 1995)

Ora, na medida em que tomou o Estado, para si, a função de resolver conflitos de interesses, não pode furtar-se ou eximir-se de ver instaurado um processo, quando atendidas todas as condições da ação e verificados os pressupostos processuais, por medida de conveniência e oportunidade, esquivando-se de seu papel jurisdicional, a ser exercitado através do Poder Judiciário, sob pena de estar aviltando, com a sua conduta, princípios constitucionais.

Passou o Estado, ao trazer para si a função de composição dos litígios, principalmente na esfera penal, a vincular-se aos Princípios da Legalidade e da Obrigatoriedade, pois não lhe é possível dispor do que não lhe pertence.

O Professor GIUSEPPE SABATINI, em sua obra *Derecho Procesal Penal* (1975), examina o princípio da obrigatoriedade exatamente como essa consequência lógica e direta de ter o Estado assumido o monopólio do *ius puniendi*, realçando que a processualização do poder punitivo do Estado dá à ação penal um caráter de função necessária e obrigatória para os órgãos públicos (referido POR AFRÂNIO SILVA JARDIM, ob. cit., pp. 156/157).

Também, por observância aos mesmos princípios constitucionais, quais sejam, o do direito à prestação jurisdicional e o do devido processo legal, não se permite ao juiz suprimir atos ou fases de um procedimento, ou inverter a ordem processual, ou mesmo adotar um procedimento por outro previamente estabelecido em lei.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES elucida a questão com muita propriedade:

"Quanto à garantia da observância integral do procedimento não se permite que o juiz possa suprimir atos ou fases do procedimento. Não sendo realizado ato processual, se houver prejuízo às partes, ocorrerá nulidade. Quando se cuidar de supressão de fase procedimental, o prejuízo é imanente à falha, pois ofende-se o devido processo legal. Em regra, haverá cerceamento de ação ou de defesa e, muito comumente, ao direito e à prova das partes.

Não se admite, em face dessa mesma garantia, que o juiz possa, mesmo com a concordância do advogado, adotar

procedimento mais abreviado pois isso resultará na supressão do procedimento ajustado ao caso." (Processo Penal Constitucional, p. 105, Editora Revista dos Tribunais, 1999)

Por outro lado, o Estado assumiu, também, a titularidade da *persecutio criminis in iudicio*, sob a adoção, como regra geral e preponderante para o processo penal, como um todo, e especialmente no Brasil, do sistema acusatório público, de modo a resguardar a imparcialidade e neutralidade do julgador, que só deve se manifestar quando suscitada a jurisdição, através do processo (*ne procedat iudex ex officio*), mas retirando também das mãos da parte ofendida o poder de deflagrar a ação penal, evitando-se, dessa forma, que o processo penal sirva como instrumento de vingança.

Institucionalizou-se, para tal fim, o Ministério Público, como o órgão do Estado responsável pela instauração da ação penal, em sendo esta pública. Porém, como órgão do Estado incumbido de tal titularidade, não lhe é possível, ao contrário do que ocorreria com o ofendido, analisar discricionariamente a oportunidade e conveniência de ver instaurada determinada ação penal, quando presentes indícios mínimos de autoria e materialidade, os quais são verificados, quer através de inquérito policial instaurado, como ocorre na hipótese em tela, quer por meio de peças de informação.

Essa é a lição do eminente JULIO FABBRINI MIRABETE:

"Por ser praticamente indispensável que os delitos não fiquem impunes (nec delicta meneant impunita), no momento em que ocorre a infração penal é necessário que o Estado promova o jus puniendi, sem que se conceda aos órgãos encarregados da persecução penal poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade de apresentar sua pretensão punitiva ao Estado-Juiz. O princípio da obrigatoriedade (ou da legalidade) que vigora entre nós, obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública (arts. 5º, 6º, e 24 do Código de Processo Penal). Tal princípio, o mais difundido nas legislações modernas, contrapõe-se ao princípio da oportunidade, em que o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal, uma discricionariedade da utilidade tendo em vista o interesse público. Funda-se este na regra minima non curat praetor, ou seja, o Estado não pode cuidar de coisas insignificantes, podendo deixar de promover o jus puniendi quando verificar que do exer-

cício da ação penal podem advir maiores inconvenientes que vantagens.” (Processo Penal, p. 47, Ed. Atlas, 4ª ed.)

Pelo princípio da obrigatoriedade que rege o Ministério Público na função de autor da ação penal pública, tem ele o dever de promover a ação penal em face de todos os autores, cujos indícios de autoria e prova de materialidade de crime se fizerem presentes nos autos de inquérito policial ou de peças de informação, bem como de deflagrar ação penal por tantos crimes quantos se fizerem presentes indícios de suas autorias e prova de suas materialidades, posto que, como bem analisa AFRÂNIO SILVA JARDIM,

“o princípio da obrigatoriedade não se refere apenas à propositura de ação penal pública, mas à formulação integral na imputação cabível, e, por conseguinte, devida.” (Ob. cit., p. 184).

Pois bem.

No fato ora examinado, ficou, *prima facie*, e, **repita-se**, apenas *prima facie*, apurado que o denunciado teria falsificado dois cheques e, posteriormente, utilizado-se dos mesmos para obter, para si, vantagem ilícita em prejuízo do lesado, como, de fato, obteve.

Diante de tais indícios, e por tudo o que foi exposto, poderia o Ministério Público subtrair da apreciação do Poder Judiciário os crimes de falsificação e de uso de documento falso, perpetrados, em tese, pelo denunciado e oferecer denúncia, tão somente, pelo estelionato, sob o argumento de que a Súmula 17 do STJ determina que, quando o falso se exaurir no estelionato, deve ser por esse consumido?

Data venia, a resposta é imperiosamente negativa.

Não pode o Ministério Público, nesse momento da deflagração da ação penal, analisar possível existência de conflito aparente de normas, posto que os delitos, quaisquer deles, não estão sobejamente demonstrados.

Existem, apenas, indícios de sua existência e perpetração por parte do denunciado.

Mesmo para os operadores do direito que se posicionem em conformidade com o dispositivo da Súmula 17 do STJ — ou seja, de que quando o crime de falso venha a se exaurir num posterior delito de estelionato, sem qualquer outra potencialidade lesiva, deva ser por ele consumido — entendimento esse, aliás, do qual não comunga o subscritor das presentes razões recursais, no fato que ora se apresenta não há ainda prova sobeja, conclusiva e evidente, estreme de dúvida, de que as condutas do autor encaixam-se efetivamente nos crimes de falso, com exaurimento no posterior crime de estelionato, sendo certo que só nessa hipótese de exaurimento do falso no estelionato haveria incidência da referida Súmula.

Adentrar, de forma aprofundada, no exame da prova, de modo a concluir que delitos foram efetivamente perpetrados pelo denunciado; se um deve prevalecer sobre outro ou se deve haver, aqui, aplicação de concurso de crimes, nesse momento, importaria em antecipação de julgamento do feito, antecipação essa que não se admite no direito processual penal pátrio.

A prova definitiva sobre a existência de qualquer dos delitos só virá aos autos através da devida instrução do processo, obedecendo-se o rito procedimental próprio, sob o crivo do contraditório, assistência, pelo acusado, de ampla defesa *etc.*, competindo ao Ministério Público, após a colheita de toda a prova, o aprofundamento do exame da matéria quando do oferecimento de suas Alegações Finais.

Como bem ressaltou AFRÂNIO SILVA JARDIM,

"A prova carreada no inquérito não tem por finalidade o convencimento do juiz, mas apenas dar lastro probatório à eventual ação penal (...); por isso, o inquérito policial é um procedimento administrativo investigatório absolutamente sumário, voltado exclusivamente para a viabilização da ação penal." (ob. cit., p. 66)

Não pode, *data venia*, o Ministério Público, ao oferecer uma denúncia, "escolher" que delitos deva denunciar ou em face de que autores deva fazê-lo, quando estiverem presentes indícios contra todos os eventuais indiciados, ou de diversos crimes; caso contrário, estaria agindo dentro de uma discricionariedade que lhe é vedada.

Pelo Princípio da Obrigatoriedade, impõe-se-lhe o oferecimento de denúncia em face de todos os autores e por todos os delitos, cujos indícios de existência se façam presentes.

Abstraindo-se o fato em tela, já que a discussão acerca do conflito aparente de normas, aqui, é eminentemente jurisprudencial, e não legal, pois não há dúvida, mesmo para aqueles que entendam, como a Súmula, que houve violação a mais de um bem juridicamente tutelado e real enquadramento de mais de um tipo legal, sendo certo que, muitas vezes, o delito consumido é mais grave do que aquele que o consumiu, fato *sui generis* no direito penal, tratando-se de verdadeira medida de política criminal, para alcançarmos a generalidade; mesmo entendendo o Ministério Público tenha ocorrido, pela leitura dos autos de inquérito policial ou de peças de informação, em princípio, conflito aparente de normas sob o aspecto legal, como nos casos, por exemplo, de crime progressivo ou progressão criminosa, ainda que não capitule todos os crimes cujos indícios se façam presentes, é de boa técnica que os narre no corpo da inicial, de modo a possibilitar ao acusado a ampla defesa, mormente porque, se não comprovado, ao final da instrução criminal, o crime-fim, certamente ocorrerá uma desclassificação, devendo o agente ser condenado no crime inicialmente consumido, caso

tenha sido este demonstrado, sem que se possa alegar qualquer surpresa, e portanto cerceamento à defesa, e sem necessidade de aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, considerado de duvidosa constitucionalidade.

A imputação ao acusado, no processo penal, pelo *Parquet*, por ocasião do oferecimento da peça exordial, é de fundamental importância, uma vez que o exercício da ação penal condenatória pressupõe, indelevelmente, a formulação de uma acusação, a qual compõe-se do pedido condenatório, que é sempre genérico, e da causa de pedir, constituindo-se essa justamente na imputação feita ao denunciado.

A imputação é a delimitação, a fixação do *thema decidendum*, isto é, estabelece ela a extensão da prestação jurisdicional, tratando-se a mesma, na lição de AFRÂNIO SILVA JARDIM, da

"atribuição ao réu da prática de determinadas condutas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como de todas as circunstâncias juridicamente relevantes." (ob. cit., p. 218)

Não se oferecendo denúncia por todos os delitos cujos indícios estejam presentes, e em face de todos os indiciados, está o Ministério Público, portanto, delimitando indevidamente o pedido de condenação, subtraindo do Poder Judiciário o conhecimento de todas as condutas delituosas perpetradas, *prima facie*, e ferindo, dessa forma, o princípio da obrigatoriedade que deve observar no momento da deflagração da ação penal.

Assim, caso não ofereça o autor da ação penal a peça inicial, imputando todos os fatos delituosos constantes do inquérito policial ou das peças de informação, ou em face de todos os indiciados, incumbe ao Magistrado, no momento do recebimento da denúncia e em observância ao poder fiscalizatório do mencionado princípio, que lhe foi conferido pelo art. 28 Código de Processo Penal, encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para reexame da matéria.

A respeito, esclarece ADA PELLEGRINI GRINOVER (e outros):

"... em casos de investigação de diversos crimes ou de delitos cometidos por vários agentes, pode ocorrer a falta de descrição de todos os fatos ilícitos ou da referência à participação de todos os indiciados nos mesmos. Nessa hipótese, deve o juiz, antes de receber a denúncia, devolver os autos ao promotor de justiça, a fim de que ele a complete ou peça arquivamento expresse em relação aos fatos omitidos. Cabível, também, com base no art. 28 do CPP, encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça."

Acrescenta ela, ainda, que, na hipótese de não perceber o juiz a falha, ocorreria um arquivamento implícito, o qual poderia não estar em consonância com a prova dos autos, violando-se o princípio da obrigatoriedade pelo Ministério Público.

São essas as suas palavras:

“Caso o magistrado não note a falha, vindo a receber a denúncia, tem-se entendido que haveria arquivamento implícito quanto ao fato não descrito ou agente não incluído, sob o argumento de que a não inclusão do fato ou do agente na peça evidencia que o promotor de justiça não encontrou elementos para abrangê-los. Todavia, isso pode não estar em consonância com a realidade do inquérito, que pode conter dados suficientes para demonstração da existência do crime e da sua autoria. A admissão de um arquivamento implícito representaria, ademais, violação à regra da obrigatoriedade da ação penal.” (Ob. cit., pp. 76/77)

Incumbe ao Juiz, no momento do recebimento da denúncia, tão somente a análise das exigências contidas nos arts. 28, 41 e 43 do CPP, na primeira hipótese acima ventilada, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça e, nas demais, faltando qualquer dos requisitos exigidos legalmente para propositura da ação penal, rejeitar a denúncia.

Uma simples leitura do inquérito policial que acompanha a peça exordial, todavia, bem como da própria peça, evidencia que a hipótese não é quer de rejeição, quer de encaminhamento do feito ao Procurador-Geral de Justiça, justamente porque foram apresentados ao Poder Judiciário, para exame e exercício da jurisdição, após o devido processo legal, todos os crimes cujos indícios se fazem presentes, no procedimento inquisitorial, sendo certo que a peça inaugural os narra, um a um, obedecendo-se aos requisitos preceituados no art. 41 do CPP.

Aliás, vale ressaltar, a esse respeito não se manifestou o D. Magistrado de 1º Grau, autorizando-nos a concluir ter ele entendido estar a denúncia em conformidade com os indícios constantes no inquérito policial e atendendo aos requisitos do art. 41 do CPP, como acima explicitado.

A motivação da rejeição parcial da denúncia, na verdade, não encontra amparo no elenco das possibilidades legais.

O embasamento do D. Magistrado *a quo*, qual seja, a impossibilidade de acúmulo material entre os crimes narrados na denúncia, por força da Súmula 17 do STJ, não pode ensejar uma decisão de rejeição parcial da peça exordial oferecida, pois tal decisão apresenta-se como ilegal, padecendo, inclusive, de

vício de inconstitucionalidade, na medida em que pretende excluir da apreciação do Judiciário, através do devido processo legal, momento em que será produzida a prova apta a formar, pelo magistrado, seu juízo de convicção, a pretensão punitiva estatal.

Data maxima venia, não é este o momento correto para análise de eventual consunção de normas, quer pelo Ministério Público, quer pelo Poder Judiciário, competindo ao primeiro a observância do princípio da obrigatoriedade, já exaustivamente examinado e, ao segundo, a análise dos arts. 28, 41 e 43 do CPP, em mero juízo de delibação, sem adentrar no exame aprofundado do mérito da questão.

A decisão judicial de 1ª instância nega ao Estado o direito constitucional de ação, que é, conforme lição do preclaro AFRANIO SILVA JARDIM,

“um direito subjetivo ou poder jurídico de exigir do Estado, em face de uma situação concreta, a prestação jurisdicional prometida em sede constitucional. A ação é movida contra o Estado, em face do réu. O Estado, que monopolizou a Jurisdição, se torna devedor de uma atuação coativa e eficaz necessária ao julgamento das pretensões que lhe são apresentadas pelas partes, exteriorizadas através do pedido.” (Ob. cit., p. 27).

Outrossim, o direito de ação deve ser exercitado sempre através do processo, que suscita a jurisdição e, no processo penal, este visa a satisfação de uma pretensão punitiva, a ser delimitada pela acusação, consubstanciada no pedido e imputação, uma vez que o juiz não pode julgar *ultra petita* ou *extra petita*.

Ora, na medida em que o órgão julgador delimita de plano a imputação do Ministério Público, recebendo a denúncia tão somente em relação ao crime do art. 171 do CP, impede possa o autor da ação penal apurar a verdade dos fatos, como um todo, no curso da instrução penal, na medida em que toda a prova estará limitada a demonstrar se o réu perpetrou, ou não, o crime de estelionato, nada podendo ser apurado além disso, porque restrito ao último delito o *thema decidendum*.

Como já dito acima, a prova ora trazida aos autos não é conclusiva, servindo meramente de lastro à propositura de ação penal pelo Ministério Público.

E, se, ao final da instrução, ficar provado que o denunciado não tinha dolo patrimonial, devendo ser, portanto, excluído o art. 171 do CP da imputação que lhe foi feita inicialmente?

Ou, ao contrário, ficar demonstrado não ter sido o denunciado o autor da falsificação, mas um terceiro, portanto co-autor ou partícipe na conduta delitosa em tela?

Acatando-se o entendimento do Magistrado, em sua R. decisão de fls., e prosseguindo-se a ação penal tão somente para apuração em juízo do delito de estelionato, nada mais poderá ser feito, ao final da instrução, senão absolver-se o acusado, pelo delito que lhe é imputado.

Ou, *ad argumentandum*, ainda que demonstrados todos os delitos capitulados na exordial, exatamente na forma da imputação inicial, caso, ao prolatar o R. *decisum*, entenda o eminente julgador pela aplicação da Súmula 17 do STJ, nada impede discorde o Ministério Público, no mérito, do teor da Súmula e, tratando-se de dissensão jurisprudencial, submeta a matéria, através de interposição de recurso de apelo, ao duplo grau de jurisdição, direito também constitucionalmente garantido às partes, considerando-se que, malgrado a discussão hoje existente, ainda não está em vigor a denominada súmula vinculante.

Decidindo o juiz, nesse momento, precipitadamente, a questão, estaria efetivando coisa julgada e impedindo eventual recurso do *Parquet* no momento propício.

Tal atitude, por parte do magistrado, importa em violação a todos os princípios constitucionais decorrentes do devido processo legal, quais sejam, do contraditório, da ampla acusação e da busca da verdade real, na medida em que não permite ao Ministério Público produzir a prova a respeito de todas as condutas delitivas, cujos indícios são imputados ao denunciado, bem como o absolve sumariamente de alguns crimes em detrimento de outros, proferindo juízo de convicção acerca do mérito do processo sem ter elementos de convicção adequados para tal fim, julgando antes de estar sequer instaurado o devido processo legal e realizando, prematuramente, coisa julgada acerca de um problema que está longe de ser pacífico, impossibilitando, desse modo, futura interposição de apelação pelo Ministério Público sobre o tema ora abordado.

Data venia, apenas à guisa de esclarecimento, a jurisprudência apresentada pelo MM. Juiz *a quo* (RHC 69.578-7 PE), do STF, que pretendeu justificar a R. decisão de fls., não se enquadra à espécie, pois, naquele julgamento, não se analisava prova contida nos autos ou eventual conflito de normas, adentrando-se, dessa forma, no mérito do processo, mas se examinava a falta de justa causa e inépcia da peça exordial, como demonstra o voto do Relator, Ministro **Sepúlveda Pertence**, cujo teor passo a transcrever para melhor elucidação da matéria:

“Cuidando-se de denúncia que cumula uma série de imputações de fatos distintos, embora atribuídos a um só acusado em concurso material, nada autoriza, data venia, a afirmação do acórdão impugnado de sua indivisibilidade, de sorte a impossibilitar o recebimento ou rejeição parcial.

De qualquer modo, para mim, no caso concreto, esse problema nem se põe: malgrado o esforço de ambos os pareceres do Ministério Público para salvar algumas imputações, o certo é que nenhuma delas responde à exigência

legal de "exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", de modo a precisar o objeto do processo e possibilitar a defesa do acusado.

Evidenciar, na espécie, a inaptidão de cada uma das acusações é enfrentar "a tarefa penosa e sem termo de demonstrar a obviedade", a que se referia FRANCISCO CAMPOS.

Na medida do possível, o recurso ordinário saiu-se airoosamente da empreitada. Da análise a que nele se procedeu de cada um dos itens da denúncia, extraio algumas passagens significativas (f. 91 ss):

"No presente Habeas Corpus, a denúncia, instauradora da ação penal, é vaga e imprecisa. Apresentada em cinco itens, não consegue, em qualquer deles, explicitar a acusação, de molde a permitir a ampla defesa do indigitado denunciado.

(...)

Vejamos:

"1. Desviou em proveito próprio nos anos de 1985/86, recursos do MEC no valor de CZ\$ 101.000,00 (cento e hum mil cruzados), vez que não os aplicou em tempo e forma devidos." (denúncia, cópia anexa).

Como é que pode a denúncia afirmar que houve desvio, e em proveito próprio, se não há explicitação a respeito?

Quanto teria sido desviado em 1985?

E em 1986?

Qual teria sido o "tempo e a forma devidos" para aplicação dos recursos?

Não aplicar os recursos "em tempo e forma devidos", equivale a desviar esses recursos em proveito próprio?

Qual seria, a final, a acusação que se faz na denúncia? Desviar os recursos em proveito próprio, ou aplicar os mesmos, fora do "tempo e forma devidos"?

(...)

O mesmo se diga em relação ao item 2 da malfadada denúncia:

"2. Desviou em proveito próprio, no ano de

1986, a importância de CZ\$ 5.382.340,24, correspondente a transferência de recursos que deveria fazer a Prefeitura para a Câmara Municipal e para a Empresa de Urbanização de Jabotão, escriturando-a como feita, porém não transferindo os recursos." (denúncia, cópia anexa).

Não diz, mesmo porque não pode, quanto deveria ser transferido para a Câmara e quanto deveria ser transferido para a Empresa de Urbanização de Jabotão; quanto foi escriturado para uma e quanto foi escriturado para outra.

Por mera conjectura, diz que houve desvio — e em proveito próprio — desses recursos, sem, ao menos, explicitar a origem dos mesmos. Há de se ver que não transferir os recursos não pode ser entendido como desvio e em proveito próprio.

(...)

O item seguinte é, também, tão imprestável quanto os anteriores:

"3. Desviou, em proveito próprio, recursos advindos do convênio AIS, num total de CZ\$ 381.795,67, não consignados em qualquer balancete financeiro" (denúncia, cópia anexa).

Reproduz, apenas, enunciado do texto legal.

Não diz, ao menos, a data ou período em que teria ocorrido o fato tido como criminoso. E nem como teria acontecido, certo que não consignar "em qualquer balancete financeiro", não pode corresponder, necessariamente, a desviar e, muito menos, em proveito próprio.

(...)

O item 4 da denúncia é, também, ilegítimo para embasar a instauração de uma ação penal:

"4. Solicitou para si, utilizando-se do cargo de prefeito, vantagem financeira pessoal, escrevendo cartas em que pedia depositassem dinheiro em sua conta particular, aberta na agência Bradesco na Rua do Imperador, envi-

ando-as a amigos e correligionários.” (denúncia, cópia anexa).

O fato, como narrado, é atípico.

Quais foram as cartas? Que teor? Quantas cartas? Dirigidas a quem? Qual correligionário que recebeu tal solicitação? Em que data teria se passado tal fato?

A imprecisão — e generalidade — da peça vestibular, além de dificultar a defesa do paciente, narra um fato atípico. Só maledicência, não legitima a propositura de ação penal.

O último item da denúncia, é, a exemplo dos anteriores, ilegítimo para embasar a propositura da ação penal.

“5. Realizou inúmeros contratos ilegais em que houve mal versação (sic) do dinheiro público.” (denúncia, cópia anexa).

Difícil, para não dizer impossível, alguém se defender com eficácia de acusação tão vaga e imprecisa. Não diz quantos contratos tidos como ilegais o recorrente realizou (!?), nem tampouco, quais foram esses contratos.”

5. Estou em que procedem as críticas do recorrente à denúncia, que — não obstante subscrita por jurista ilustríssimo — é exemplarmente imprecisa.

6. Reafirmo o que assentamos nesta Turma no HC 69.047, invocado na discussão desta causa: “Não pode a denúncia resumir-se a asseverar ter sido o autor sujeito da ação típica, limitada a descrição deste ao seu enunciação legal e abstrato.”

7. Não se afasta a pertinência do precedente que, na espécie, algumas das imputações contenham esse ou aquele pormenor do fato concreto — como o valor global dos alegados desvios, se lhes faltam outros dados essenciais à substantivação do tipo.

Defiro a ordem para cassar o recebimento da denúncia, sem prejuízo, é claro, da apresentação de outra que venha em termos: é o meu voto.”

Vê-se, portanto, que a jurisprudência citada não se aplica à hipótese em questão, pois os fatos aqui estão devidamente narrados, com todas as suas circunstâncias, e encontram apoio na prova indiciária colhida no inquérito policial.

Face a todo o exposto, requer o Ministério Público seja reformada a r. decisão de 1º grau, recebendo esta E. Corte integralmente a denúncia de fl. 2, a fim de que seja instaurada a ação penal, com a conseqüente instrução, até final, quando poderão tanto o Ministério Público quanto o Judiciário formar seu juízo de convicção para fins de condenação e até de eventual oferecimento do benefício do art. 89 da Lei 9099/95, se cabível diante da prova produzida.

Rio de Janeiro, 28 de janeiro de 2000.

SIMONE BENICIO FEROLLA
Promotora de Justiça