

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

Direito Penal

PEÇA PROFISSIONAL – PONTO 1

Deve-se interpor recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC), para o STJ (CF, art. 104, II, alínea “a”), tecendo-se os seguintes argumentos.

A exigência de fundamentação do decreto judicial de prisão cautelar, seja temporária ou preventiva, tem atualmente o inegável respaldo da doutrina jurídica mais autorizada e da jurisprudência dos tribunais do país, sendo, em regra, inaceitável que a só gravidade do crime imputada à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação, antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da presunção de inocência.

Por conseguinte, é fora de dúvida que o decreto de prisão cautelar há de explicitar a necessidade dessa medida vexatória, indicando os motivos que a tornam indispensável, entre os elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 do mesmo Código.

Como se verifica da decisão que determinou a prisão cautelar, confirmada pela corte estadual, manteve-se a segregação do acusado sob o argumento de que, provavelmente, o acusado seria soldado do tráfico, fato que justificaria a custódia. Tal fundamento, no entanto, afastado de qualquer circunstância concreta diversa da relativa ao fato delituoso, como se vislumbra *in casu*, não basta para, isoladamente, justificar a prisão cautelar.

Como é cediço, a prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

A mera alusão a requisito legal da segregação cautelar, sem apresentação de fato concreto determinante, não pode servir de motivação à custódia, segundo jurisprudência pacífica do STJ e do STF. A propósito:

HC – Competência originária.

Não pode o STF conhecer originariamente de questões suscitadas pelo impetrante que, sequer submetidas ao STJ, ao qual, por conseguinte, não se pode atribuir a alegada coação. II. Prisão preventiva: fundamentação: inidoneidade. Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade do crime imputado, definido ou não como hediondo, nem os apelos à repercussão dos delitos e à necessidade de acautelar a credibilidade das instituições judiciárias: precedentes. III. Prisão preventiva: ausência de dados concretos que justifiquem a afirmação de que o paciente não se sente inibido à prática de delitos. IV. Decisão judicial: a falta ou inidoneidade da sua fundamentação não pode ser suprida pela decisão do órgão judicial de grau superior ao negar *habeas corpus* ou desprover recurso: precedentes. (STF, HC 85.020/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 25.02.2005).

Processual penal. *Habeas corpus*. Homicídio tentado por duas vezes. Prisão preventiva decretada com base na gravidade do delito. Ausência dos pressupostos e fundamentos legais que autorizam a prisão preventiva. Necessidade concreta da medida restritiva de liberdade não demonstrada. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

O decreto prisional cautelar exarado em desfavor dos pacientes bem como o acórdão que manteve referida decisão não demonstram de forma consistente a presença dos pressupostos e fundamentos que autorizam a custódia preventiva (CPP, art. 312), limitando-se a fazer referência à gravidade do delito imputado na denúncia contra eles ofertada, circunstância que não se mostra suficiente, por si só, para a decretação da referida medida restritiva de liberdade antecipada, que deve reger-se sempre pela demonstração da efetiva necessidade no caso em concreto.

2. A simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições ou pressentimentos, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o referido dispositivo legal não admite conjecturas.

3. Considerando que a denúncia não foi precedida de inquérito policial, mas apenas de procedimento administrativo instaurado no âmbito do Ministério Público Estadual, e que nem mesmo a expedição da precatória destinada à citação dos acusados — para responder à respectiva ação penal iniciada no mesmo instante em que decretada a preventiva — foi efetivada, é prematuro decretar a custódia cautelar fundada na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, quando ausentes quaisquer fatos concretos que justifiquem tal medida preventiva, como fuga ou escusa no atendimento a chamado policial ou judicial.

4. Não se pode acolher sob o manto da ordem pública, que tem sentido muito amplo por estar voltada para a preservação de bens jurídicos essenciais à convivência social, eventual sentimento de vingança ou revolta por interesses ilegítimos contrariados.

5. Ordem concedida para revogar o decreto de prisão preventiva, ressalvada a possibilidade de decretação de nova custódia cautelar por motivo superveniente, caso fique demonstrada concretamente a necessidade da referida medida. (HC 38.397/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 21.03.2005).

Anote-se, ainda, que, por ocasião do julgamento da ADIN 3.112-1/DF, do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, considerou-se inconstitucional o disposto no art. 21 da Lei 10.826/2003, que proibia a liberdade provisória no caso dos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

A questão foi retirada da jurisprudência do STJ:

Recurso em *habeas corpus* nº 23.344 – RJ (2008/0071349-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão em flagrante. Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, com a numeração raspada. Indeferimento do pedido de liberdade provisória. Ausência de justificativa idônea amparada em fatos concretos. Constrangimento ilegal evidenciado.

Precedentes do STJ e do STF. Recurso provido.

É fora de dúvida que o decreto de prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, há de explicitar a necessidade da medida, indicando os motivos que a tornam indispensável, dentre os elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 do mesmo Código.

Como se verifica da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, confirmada pela corte estadual, manteve-se a segregação do acusado sob o argumento de que, provavelmente, **os acusados são soldados do tráfico**, fato que justificaria a custódia; todavia, tal fundamento, afastado de qualquer circunstância concreta diversa da relativa ao fato delituoso, é insuficiente para, isoladamente, justificar a segregação provisória.

Anote-se, ainda, que, por ocasião do julgamento da ADIN 3.112-1/DF, do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, considerou-se inconstitucional o disposto no art. 21 da Lei 10.826/2003, que proibia a liberdade provisória no caso dos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

Recurso provido, mas apenas e somente para deferir o pedido de liberdade provisória ao paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de nova decretação, com base em fundamentação concreta, em consonância com o parecer do MPF.

PEÇA PROFISSIONAL – PONTO 2

No caso em comento, a peça processual cabível é o relaxamento de prisão, em face do art. 5.º, LXV, da Constituição Federal, que determina que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

[O examinando que fizer *habeas corpus* (peça não privativa de advogado) deve obter a nota zero no quesito raciocínio jurídico.

Frise-se que, devido a ilegalidade no flagrante, não é a liberdade provisória o meio tecnicamente correto para obter-se a soltura de Pedro Paulo e, sim, o relaxamento de prisão. Na prática, porém, é comum que os advogados cumulem o pedido de relaxamento de prisão com o de liberdade provisória, o que poderá ser aceito.

Aqueles que se limitarem à liberdade provisória, deverão perder ponto no quesito domínio do raciocínio jurídico.

Prender em flagrante é capturar alguém no momento em que comete um crime. O que é flagrante é o delito; a flagrância é uma qualidade da infração: o sujeito é preso ao perpetrar o crime, preso em (a comissão de) um crime flagrante, isto é, atual. É o delito que está se consumando. Prisão em flagrante delito é a prisão daquele que é surpreendido cometendo uma infração penal.

Não obstante seja esse o seu preciso significado, o certo é que as legislações alargaram um pouco esse conceito, estendendo-o a outras situações.

Daí dizer o art. 302 do CPP que se considera em flagrante delito quem:

I) está cometendo a infração penal; II) acaba de cometê-la; III) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em qualquer situação que faça presumir ser o autor da infração; IV) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ele o autor da infração.

As duas primeiras modalidades são consideradas flagrante próprio, a terceira, flagrante impróprio ou quase flagrante e, finalmente, a última, flagrante presumido.

Ora, das três modalidades acima expostas, nenhuma destas ocorreu no caso em tela, conforme pode-se observar da situação narrada.

Com efeito, no momento em que foi detido pela polícia, Pedro Paulo não estava cometendo a infração penal, nem havia acabado de cometê-la (flagrante próprio); não foi perseguido pela polícia ou por qualquer

pessoa, logo após, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração (flagrante impróprio), nem foi encontrado, logo depois, com nenhum objeto que faça presumir ser ele autor da infração que lhe foi imputada.

Se há indícios, ou não, de seu envolvimento no crime de furto qualificado, isso terá que ser apurado durante a instrução criminal, com obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, não podendo, todavia, os fatos apurados sustentar uma prisão em flagrante.

Ressalte-se que não houve flagrante nenhum com relação a Pedro Paulo, uma vez que o mesmo, conforme se verifica do auto de prisão em flagrante, “foi convidado para que se fizesse presente naquela delegacia de polícia, o que o fez, imediata e espontaneamente”.

Está, assim, Pedro Paulo sofrendo coação por parte da Autoridade Policial, uma vez que o mesmo não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal.

De tal entendimento não discrepam nossos tribunais, senão vejamos:

“Prisão em flagrante — Inocorrência — Agente que não foi surpreendido cometendo a infração penal, nem tampouco perseguido imediatamente após sua prática, não sendo encontrado, ademais, em situação que autorizasse presunção de ser o seu autor.” (TJSP - Câ. Crim. h.c. n.º 128.260, RJTJESP 39/256)

“Prisão em flagrante — Inocorrência — Inteligência dos arts. 302 e 317 do CPP — O caráter de flagrante não se coaduna com a apresentação espontânea do acusado à autoridade policial. Inexiste prisão em tais circunstâncias.” (TJSP Câ. Crim. h.c. n.º 126.351, RT 82/296)

Em verdade, a apresentação espontânea do requerente desfigura, por imprópria, a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Nesse sentido, a doutrina de Magalhães Noronha nos ensina que:

“apresentando-se o acusado, nem por isso a autoridade poderá prendê-lo: deverá mandar lavrar o auto de apresentação, ouvi-lo-á e representará ao juiz quanto à necessidade de decretar a custódia preventiva. Inexiste prisão por apresentação” (*in Curso de Direito Processual Penal*).

Assim, por todo o exposto, deve-se requerer o relaxamento da prisão em flagrante delito levada a efeito, uma vez ser esta totalmente nula, o que constitui prisão ilegal.

Não obstante ser necessária, para a prisão cautelar, apenas a existência da materialidade do crime e indícios da autoria, não se pode, por outro lado, desconsiderar que a autoria deve vir ao menos comprovada com o mínimo de prova — leiam-se aí indícios idôneos — pois, em caso contrário, o *jus libertatis* estaria seriamente comprometido, e, reflexamente, o Estado Democrático de Direito.

Por fim, a reincidência não poderá prejudicar o pedido de relaxamento de prisão, com base na periculosidade presumida do indiciado, segundo jurisprudência do STJ:

A Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).

Em resumo, nos casos de presunção “*juris tantum*” da desnecessidade da custódia cautelar, quais sejam, de réu solto, primário e de bons antecedentes, como na Lei, ou de réu que responde, solto, ao processo da ação penal, ainda que de maus antecedentes e reincidente, como na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a sua prisão, até o trânsito em julgado de sua condenação, somente será legal e conforme a

Constituição da República, se demonstrada a sua necessidade pelo Juiz.(AgRg na MC 6576 / PR Agravo regimental na medida cautelar 2003/0105593-0)

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007).

Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares (Súmula n.º 09/STJ), por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC 89501/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5.º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007).

Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007). Não se exige, contudo, fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007).

Desse modo, deve ser expedido em favor de Pedro Paulo o competente alvará de soltura.

PEÇA PROFISSIONAL – PONTO 3

Deve-se interpor recurso de apelação, com fundamento no art. 593, I, do CPP, para o TJSP.

Com efeito, o artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 prevê:

“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

“§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

E o artigo 40, III, da Lei n.º 11.343/06 prescreve:

“As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

III a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.”

No caso, deve-se alegar que houve, por parte de Vânia, o erro de tipo determinado por terceiro (artigo 20, § 2.º, do Código Penal).

Segundo Damásio E. de Jesus, em Código Penal Anotado, em hipóteses como essa, o terceiro que provocou o erro responde pelo crime a título de dolo ou de culpa. Já a pessoa que foi provocada, tratando-se de erro invencível, não responde pelo crime cometido, quer a título de dolo ou culpa; tratando-se de provocação de erro vencível (aquele que poderia ser evitado pelo homem médio, naquelas circunstâncias), não responde pelo crime a título de dolo, subsistindo a modalidade culposa, se prevista em lei.

Restou comprovado nos autos, especialmente diante dos depoimentos das testemunhas, que a acusada não tinha consciência do seu proceder.

Até mesmo as testemunhas arroladas pela acusação relataram que, somente após a perfuração da sola do tênis, com um facão, puderam verificar a existência da droga. Informaram, por fim, que a abordagem da ré se deu de modo aleatório, visto que Vânia passou caminhando calmamente pela guarita policial, sem demonstrar nervosismo ou medo.

Ademais, a acusada, durante toda a persecução criminal, afirmou uma única versão para os fatos.

O quadro probatório, portanto, contém elementos de convicção, de molde a não deixar dúvidas sobre a inocência da ré quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, razão pela qual se deve requerer o conhecimento e provimento do recurso de apelação, reformando-se a sentença condenatória integralmente, de modo que a ré seja absolvida da imputação constante na denúncia.

Subsidiariamente, em caso de o TJSP negar provimento à apelação, deve-se requerer o reconhecimento da causa de diminuição do artigo 33, § 4.º, da nova lei de combate às drogas, e a fixação de regime inicial menos severo, haja vista que Vânia é primária, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. Frise-se que a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado declarada pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* HC 82.959/SP e, em seguida, a Lei n.º 11.464/07 (Nova Lei dos Crimes Hediondos) possibilitaram a progressão de regime no cumprimento da pena e afastaram o óbice legal para permitir o regime inicial aberto ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mediante minuciosa análise das peculiaridades de cada caso.

QUESTÃO 1

O art. 312 do CP prevê o crime de peculato.

Analogamente ao furto de uso, o peculato de uso também não configura ilícito penal, tão-somente administrativo.

A situação narra o peculato de uso, consubstanciado no uso indevido de veículo oficial, que não é crime. No caso, não se trata de peculato desvio. Desviar é desencaminhar e distrair. É a destinação diversa que o agente dá à coisa, em proveito seu ou de outrem.

Ao invés do destino certo e determinado do bem de que tem a posse e que se exsurge como pressuposto do crime, o agente lhe dá outro, no interesse próprio ou de terceiro, já que, se for em proveito da própria administração, poderá haver desvio de verba. Esse é o ensinamento de Alberto Silva Franco (**Código Penal e sua Interpretação**, p. 1437).

Nesse sentido:

Processual penal. *Habeas corpus*. Peculato. Favorecimento da prostituição. Exercício arbitrário ou abuso de poder. Trancamento da ação penal. Peculato de uso. Ausência de tipicidade na conduta de prática de ato sexual. Revogação do artigo 350 do CP pela Lei 4.898/1965. Preenchimento dos pressupostos do artigo 41 do CPP. Inexistência de constrangimento ilegal. Prosseguimento da ação. Ordem denegada.

O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independentemente de investigação probatória, incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

Analogamente ao furto de uso, o peculato de uso também não configura ilícito penal, tão-somente administrativo. Todavia, o peculato desvio é modalidade típica, submetendo o autor do fato à pena do artigo 312 do Código Penal. Cabe à instrução probatória delimitar qual conduta praticou o paciente. (...)

(HC 94.168/MG, Rel. Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 01.04.2008, DJ 22.04.2008, p. 1)

QUESTÃO 2

O juiz agiu incorretamente, ante a existência de flagrante ilegalidade, a qual merece ser sanada de ofício, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP.

Tal ilegalidade remete à audiência de apresentação e consiste na dispensa de dilação probatória pelo juízo, ante a confissão do adolescente e a desistência das partes quanto à produção de outras provas.

Com efeito, a aplicação da medida socioeducativa de internação fundada na mera confissão do menor, sem a devida instrução probatória, encontra-se absolutamente divorciada do entendimento pacificado no âmbito do STJ.

O direito de defesa é consagrado na Constituição Federal e a tutela do direito de impugnar acusação de eventual prática de delitos ou, como ocorre no presente caso, de ato infracional, interessa, também, ao Estado, na medida em que se procura esclarecer os fatos em busca da verdade real.

A prerrogativa constitucional é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita a acusação e pretenda cumprir a pena.

Mesmo que a defesa se manifeste no sentido de não ter provas a produzir no início do processo, sendo acompanhada pelo Ministério Público, este fato não dá ao magistrado o poder de prolatar a sentença imediatamente, deixando de realizar os atos processuais subseqüentes, sob pena de nulidade da decisão.

Nesse sentido, os seguintes julgados, *in verbis* :

Criminal. HC. ECA. Ato infracional equiparado a roubo qualificado. Internação por prazo indeterminado. Nulidade flagrante verificada. Confissão. Homologação da desistência de produção de outras provas. Prolação de sentença. Internação. Cerceamento do direito de defesa, que é irrenunciável. Princípio constitucional. Supressão de fases processuais. Constrangimento ilegal caracterizado. Inadequação da internação. Pleito prejudicado. Ordem concedida de ofício.

I Hipótese na qual o magistrado de 1.º grau, na audiência de apresentação, diante da confissão do adolescente, bem como da concordância das partes de renunciarem ao seu direito de produzir provas, julgou-a de imediato procedente, aplicando a medida de internação sem prazo determinado, contra a qual se insurge a impetração.

II Nulidade flagrante verificada, hábil a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício e tornar prejudicada a análise das alegações do *writ*.

III O direito de defesa é consagrado na Constituição Federal e a tutela do direito de impugnar acusação de eventual prática de delitos ou, como ocorre no presente caso, de ato infracional, interessa, também, ao Estado, na medida em que se procura esclarecer os fatos em busca da verdade real.

IV A prerrogativa constitucional é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita a acusação e pretenda cumprir a pena.

V Visualizada, na audiência de apresentação, a possibilidade de aplicação ao adolescente de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, os §§ 2.º, 3.º e 4.º do art. 186 da Lei n.º 8.069/90 determinam à autoridade judiciária a designação, desde logo, de audiência em continuação, bem como a abertura de vista dos autos para a apresentação de defesa prévia pelo defensor.

VI Mesmo que a defesa se manifeste no sentido de não ter provas a produzir no início do processo, sendo acompanhada pelo Ministério Público, este fato não dá ao magistrado o poder de prolatar a sentença imediatamente, deixando de realizar os atos processuais subseqüentes, sob pena de nulidade da decisão.

VII Deve ser anulada a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra o paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, mediante a realização da audiência em continuação, determinando-se que o adolescente aguarde o desfecho do processo em liberdade assistida.

VIII Anulada a sentença monocrática, resta prejudicada a alegação de inadequação da imposição de internação ao menor. IX. Ordem concedida de ofício, nos termos do voto do Relator. (HC 48.180/SP, Rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 2/5/2006).

QUESTÃO 3

Sim, Antônio praticou o delito previsto no art. 168, §1.º, inciso III, do Código Penal ao apropriar-se da quantia de R\$ 7.829,11, pertencente a Sônia, da qual tinha posse em razão de sua profissão de advogado.

A questão está de acordo com a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação Criminal n.º 993.08.017337-0 – Itapetininga.

A ofendida somente recebeu a integralidade dos valores em razão de seqüestro judicial e não por ato voluntário de Antônio, o que demonstra inequivocamente sua vontade de se apropriar dos valores.

Igualmente, a devolução posterior dos valores - por meio do seqüestro judicial — não é idônea a descaracterizar o crime de apropriação indébita, já que este foi consumado quando da inversão do ânimo da posse dos valores levantados, configurado pela recusa em entregar os valores à vítima.

A jurisprudência se manifesta neste sentido:

“Com base no art. 168, § 1.º, III, do CP, responde por apropriação indébita o advogado que levanta quantia pertencente a seu cliente, e, injustificadamente, não lhe encaminha, imediatamente, o numerário, ainda que posteriormente venha a restituir o dinheiro.” STJ - RHC - Rel. Félix Fischer - j. 01.09.1998 - RT 760/574.

“Quem, aproveitando-se de sua condição de advogado constituído, levanta quantia depositada em cartório por causa ganha e a retém injustificadamente, protelando sua entrega ao cliente, comete o crime de apropriação indébita, que não será descaracterizado com o pagamento do débito após instauração da ação penal.” TAMG - AC - Rei. Joaquim Alves - RJTAMG 30/274.

QUESTÃO 4

O advogado de Carlos da Silva deve impetrar MANDADO DE SEGURANÇA, a fim de que lhe seja garantido o direito líquido e certo de examinar a peça inquisitorial, com fundamento no artigo 7.º, inciso XIV, da Lei n.º 8.906/1994 (legal) e artigos 5.º, inciso LXIII, e 133 (opcional para o examinando), ambos da Carta Constitucional.

Acentue-se, ainda, que Carlos está sendo alvo de investigações policiais, o que, por si só, garante ao seu advogado o direito a ter vista dos autos.

Antes da Constituição atual, já havia a previsão da incumbência do advogado de defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e rápida administração da justiça, bem como de contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (artigo 89, inciso 1, da Lei n.º 4.215/63), sendo reconhecida, portanto, a importância da atuação advocatícia para a boa administração da justiça. E o artigo 133 da atual Carta Magna eleva a atuação profissional do advogado à condição de indispensável à administração da justiça, garantindo-lhe inviolabilidade por seus atos e manifestação, enquanto nos limites estabelecidos em lei.

Procurou, em verdade, o legislador constitucional resguardar as prerrogativas do advogado, de modo a garantir, efetivamente, o respeito aos princípios norteadores das garantias e liberdades individuais, mormente o princípio da ampla defesa.

Proibir o advogado legalmente constituído de ter vista dos autos de inquérito policial é, sem sombra de dúvidas, impedir a atividade da advocacia, bem como maltratar a Lei n.º 8.906/1994, que dispõe:

Art. 7.º - São direitos do advogado:

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Segundo o STF, do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado — interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial —, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994, art. 7.º, XIV), da qual — ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas — não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve, em favor da prerrogativa do defensor, o

eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5.º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

Caberia, ainda, impetração de *HABEAS CORPUS* pela ofensa evidente e clara do contraditório e ampla defesa do réu.

Nesse sentido:

HC 90232 / AM - Amazonas *Habeas corpus*

Relator(a): min. Sepúlveda Pertence

Julgamento: 18/12/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 02-03-2007 PP-00038 Ement vol-02266-04 PP-00720 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 469-480. Parte.(s): Sandoval Cardoso Freitas ou Sandoval Fernando Cardoso de Freitas ou Sandoval Cardoso de Freitas Impte.(s) : Délio Lins e Silva e outro(a/s) Coator(a/s)(es) : Relator do *habeas corpus* n.º 71.330 do Superior Tribunal de Justiça

Ementa: I. *Habeas corpus*: inviabilidade: incidência da Súmula 691 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”). II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado — interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial —, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7.º, XIV), da qual — ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas — não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve, em favor da prerrogativa do defensor, o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5.º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência, a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. *Habeas corpus* de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas.

QUESTÃO 5

A questão está de acordo com o art. 171, § 2.º, V, do CP: fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro. Assim, é típica a conduta narrada.

“A tutela penal recai sobre o patrimônio das empresas de seguro e sobre os institutos de previdência social em tal proteção.

As ações incriminadas são destruir (arruinar), total ou parcialmente, ou ocultar (esconder) coisa própria, ou lesar (ferir) o próprio corpo ou a saúde, ou agravar (tornar mais grave) as conseqüências de lesão ou doença, com o intuito de obter indenizações ou valor de seguro (elementos normativos jurídicos — montante a ser pago pelo segurador ao segurado caso ocorra o sinistro).

O objeto material do delito é a coisa assegurada contra acidentes e, inclusive, pode ser a própria pessoa, igualmente assegurada contra acidentes.

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, acrescido do elemento subjetivo do injusto — com o intuito de obter indenização ou valor de seguro.

Consuma-se o delito quando o agente pratica a ação incriminada, independente da obtenção da vantagem patrimonial objetivada (delito de mera atividade e de consumação antecipada). Admite-se a tentativa (delito plurissubsistente)”.

A esse respeito, consulte-se Luiz Regis Prado. **Direito penal. Parte especial. Arts. 121 a 196.** São Paulo: RT, 2008.