

AÇÃO PENAL — PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

DENÚNCIA — Contra Promotor de Justiça — Delitos de usurpação de função pública, abuso de autoridade e denúncia caluniosa — Configuração — Conjunto probatório incriminador — Prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de usurpação da função pública — Reconhecimento — Pena carcerária dos demais delitos substituída por uma multa e uma sanção restritiva de direitos — Ação penal procedente.^(*)

ACÓRDÃO

Ementa oficial:

DENÚNCIA CONTRA PROMOTOR DE JUSTIÇA — FATOS COM APARÊNCIA PENAL DOS DELITOS DE USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA, ABUSO DE AUTORIDADE E DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA — DELITOS CONFIGURADOS.

1. *Usurpação de função pública: havendo dolo do agente em realizar investigação de magistrado em procedimento administrativo, que a lei atribui expressamente a terceiro, tanto mais porque em benefício próprio na medida em que não reverteu em proveito da administração, resta configurado o delito do art. 328, do Código Penal.*

2. *Abuso de autoridade: o envio de policiais militares para a condução de pessoa ao Gabinete do Dr. Promotor de Justiça, sem procedimento em curso e visando satisfação de interesse pessoal, comprova o atentado doloso à liberdade da vítima, caracterizando o delito de abuso de autoridade previsto no art. 3º, "a", da Lei 4.898/65.*

3. *Denúnciação caluniosa: Agente público que, sabendo da inocência da investigada, requisita inquérito policial, pratica o delito do art. 339, do Código Penal.*

4. *Ação penal procedente, pena aplicada, reconhecida, de ofício, em relação ao delito de usurpação da função pública e em face da pena concretizada nesta decisão, a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa. Pena carcerária quanto aos demais crimes substituída por uma multa e uma sanção restritiva de direitos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO PENAL PROCEDIMENTO ORDINÁRIO nº 834198-21.2009.8.26.0000, da Comarca de SÃO PAULO, em que é denunciante a JUSTIÇA PÚBLICA, sendo denunciado A. A. C. F.: (Voto nº 19.996)

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM PROCEDENTE NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM DIVERGÊNCIA DO EXMO. SR. DES. BARRETO FONSECA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A AÇÃO E DO EXMO. SR. DES. SAMUEL JÚNIOR QUE JULGOU PROCEDENTE EM PARTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME e ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO BEDRAN (Presidente, sem voto), SOUSA LIMA, REIS KUNTZ, CORRÊA VIANNA, MAURÍCIO VIDIGAL, DAVID HADDAD, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, LAERTE SAMPAIO, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, ARMANDO TOLEDO, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, JOSÉ SANTANA, JOSÉ REYNALDO, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, GUILHERME G. STRENGER, RUY COPPOLA, RENATO NALINI, CAMPOS MELLO, ROBERTO MAC CRACKEN e ELLIOT AKEL com votos vencedores; SAMUEL JÚNIOR com voto vencido em parte e BARRETO FONSECA com voto vencido.

São Paulo, 22 de junho de 2011.

ARTUR MARQUES, Relator.

VOTO

1. Trata-se de ação penal promovida pela JUSTIÇA PÚBLICA em face de A. A. C. F., como incurso nos artigos 328 e 339, do Código Penal, e artigo 3º, letra “a”, da Lei Federal nº 4.898/65.

Recebida a denúncia em sessão de julgamento realizada no dia 25.11.2009 (fls. 988/997), sobreveio interrogatório do acusado (fls. 1.027/1.052).

Defesa prévia às fls. 1.056/1.058.

Após produção de prova testemunhal (fls. 1.079/1.143, 1.154/1.173 e 1.272/1.295), foram as partes intimadas para os fins do art. 10, da Lei 8.038/90 (fls. 1.259 e 1.303).

Não havendo requerimento de diligências complementares (fls. 1.302 e 1.406), foi aberto prazo para alegações (art. 11, Lei 8.038/90).

A defesa alega preliminar de nulidade e, no mérito, pugna pela absolvição, ao passo que a d. Procuradoria de Justiça requer a procedência integral do pedido deduzido na peça acusatória.

É o relatório.

2. De proêmio, rejeita-se a preliminar de nulidade ventilada nas razões finais da defesa com base na Lei nº 11.313/2006; isto é, sustenta-se que o Ministério Público deveria ter apresentado proposta de suspensão do processo em relação ao delito do art. 328, do Código Penal, ou ter externado sua motivação para deixar de apresentá-la.

De fato, com o advento da citada Lei nº 11.313, de 2006, surgiram questionamentos a respeito da aplicabilidade do instituto da transação penal aos crimes de menor potencial ofensivo conexos aos crimes comuns, em face da Lei dos Juizados Especiais. Sucede que a jurisprudência foi firmando e consolidou a exegese de que “o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.” (Enunciado nº 243 da Súmula do STJ).⁽¹⁾

Destarte, no caso concreto, era de se afastar a possibilidade de suspensão do processo, considerando-se isoladamente o delito capitulado no art. 338, do Código Penal. Não era, ainda, imprescindível que o *Parquet* externasse motivação para deixar de apresentar a proposta a respeito.

3. Superada a querela processual, narra a acusação que em procedimento investigatório iniciado com representação formulada pela Dra. N. A. T. A., MM. Juíza de Direito da Comarca de S. R., imputou-se a responsabilidade criminal do Dr. A. pela prática dos delitos de calúnia, difamação e injúria. Ocorre que, durante as diligências determinadas pela e. Corregedoria-Geral do Ministério Público, e que deram causa à formação de 25 apensos ora arquivados junto ao Cartório deste e. Órgão Especial para facilitar o manuseio dos autos, concluiu-se pela ocorrência, em tese, dos crimes de usurpação de função pública⁽²⁾, denunciação caluniosa⁽³⁾ e abuso de autoridade.⁽⁴⁾

Passa-se ao exame das imputações e das provas.

⁽¹⁾ HC 29.617/SP, Ministro FELIX FISCHER.

⁽²⁾ Art. 328, CP — Usurpar o exercício de função pública: Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único — Se do fato o agente auferir vantagem: Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁽³⁾ Art. 339, CP. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (Redação da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000). Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º — A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º — A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

⁽⁴⁾ Art. 3º, Lei 4.898/65. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; (...).

3.1. Do crime de Usurpação de Função Pública

Segundo se infere dos autos, a Sra. A. C. M., em 02 de maio de 2007, deu à luz a uma criança do sexo masculino e manifestou propósito de entregá-la em adoção. A magistrada da Comarca de S. R., ao tomar conhecimento do fato, colheu o pronunciamento da mãe biológica (fls. 107) e deferiu pedido de guarda da criança formulado por casal pretendente (fls. 121/122 e 128).

Contudo, como referido casal não integrava o cadastro de adoções da Comarca, o órgão do Ministério Público oficiante no feito houve por bem apelar (fls. 206/214). Efetuou um procedimento investigatório interno e editou portaria (fls. 202/205) pela qual instaurou processo administrativo visando *"apuração dos fatos e coleta de elementos probatórios destinados a instruir eventual ação civil pública"*.

A peça acusatória parte do pressuposto de que o "denunciado" desbordou da finalidade do procedimento porque o utilizou como forma de apurar a conduta da magistrada local, com o que usurpou função privativa da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Na defesa preliminar, alegou-se que o procedimento não visava apurar a conduta funcional da magistrada, mas as circunstâncias que precederam os atos jurisdicionais por ela presididos. Tal fato estaria evidenciado na cautela do denunciado em noticiar as providências em andamento para a própria juíza de direito, além da Corregedoria e Procuradoria-Geral de Justiça, órgãos legitimados para o exercício da atividade correcional e criminal envolvendo Juízes de Direito. Conclui enfatizando que o procedimento não aferiu a conduta da Juíza e, portanto, ausente subsunção do fato ao tipo penal descrito no art. 328, do Código Penal.

Contudo, respeitado o entendimento expressado pelo digno advogado signatário da peça processual, restou demonstrado o dolo do agente em investigar e, ao final, atribuir à magistrada local a responsabilidade pela adoção havida como irregular.

Com efeito, a acusação (fls. 1.416/1.420) foi conclusiva no sentido de que o procedimento administrativo instaurado pelo acusado, longe de se caracterizar um ato isolado, foi apenas a *última* das ações visando imputar responsabilidade à magistrada local (nos apensos foram contabilizadas outras treze).

Na conclusão de tal procedimento (fls. 216/219), o denunciado externou seu íntimo propósito ao afirmar que *"o presente procedimento aferiu provas suficientes que demonstram a irregularidade da destituição do poder familiar de A. C. M. e a supressão dos direitos dos casais cadastrados para adoção nesta Comarca. Os autores desses atos foram a Magistrada N. T. e M. T. L. S., com a ajuda da Assistente Social R. J. R. T. (...)"*.

A tese de que estaria apurando responsabilidades que precederam a fase judicial não convence porque, durante o interrogatório, afirmou que *"ocorreu*

realmente a irregularidade da assistente social, mas eu não quero mandar isso para os órgãos superiores dela para não gerar desconforto na comarca" (fls. 1.037).

A acusação colaciona, ainda, várias manifestações exaradas pelo denunciado (fls. 1.425/1.428)⁽⁵⁾ que demonstram o propósito deliberado de desviar o procedimento de sua finalidade lícita. A própria conclusão do procedimento, como já transcrito, foi enfática ao imputar responsabilidade à magistrada.

Apenas para reforçar tal exegese, vale transcrever a manifestação de fls. 222/226, pela qual o acusado refere textualmente que, *"conforme cópia do ofício em anexo, este subscritor prestou informações no Prot. 175/07, em razão de ter instaurado o Procedimento Administrativo nº 1/07, contra a Juíza de Direito da Comarca, N. A. T. e funcionários"* (grifo nosso). Em outra passagem dos autos, por ocasião da resposta à representação deduzida pela MM. Juíza de Direito, iníciava-se a explanação com a afirmação de que *"tudo começou quando essa Magistrada entregou um recém-nascido a um casal de Jundiá, prejudicando o direito de casais cadastrados para adoção nesta Comarca e favorecendo este casal de Jundiá"* (fls. 92).

Portanto, o pedido de orientação feito ao Centro de Apoio do Ministério Público representa mera tentativa de legitimar uma investigação que não cabia ao Promotor de Justiça, mas à Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo. Neste aspecto, deve ser esclarecido que a Promotora de Justiça consultada afirmou em seu depoimento que *"em nenhum momento eu passei a orientação que era para investigar absolutamente ninguém, mesmo porque, só se eu fosse burra, primeiro, ele não é o responsável de estar fiscalizando o magistrado; segundo lugar, o que ele fez não é crime, não era irregular. Por que investigar uma coisa que não é irregular?"* (fls. 1.162/1.163).

O tipo penal do art. 328, do Código Penal, segundo Guilherme de Souza Nucci, trata de *"crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a Administração); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ('usurpar' implica em ação)*

⁽⁵⁾ "esta Promotoria da Infância e Juventude tomou ciência ... de que 'foi a Srta. A. C. M. destituída do poder familiar sem o devido processo legal'" (fls. 102).

"O filho de A. fora entregue a um casal residente em outra Comarca, sem que casais inscritos naquela Comarca houvessem sido previamente 'comunicados da existência da referida criança para adoção, tanto pela assistente social, quanto pela Juíza de Direito da Comarca (fls. 203)".

"O Exmo. Sr. Dr. A. A. C. F. ... faz saber ... que perante esta Promotoria de Justiça se processa o procedimento administrativo nº 1/07, que apura a negativa de convocação de casais do cadastro de adoção da Comarca de S. R./SP pela Juíza de Direito" (fls. 201).

"cabe aqui a pergunta: o que faz e qual o motivo que uma assistente social e uma juíza decidam unilateralmente, sobre a vida de um nascituro, desrespeitando preceitos legais?" (fls. 211).

"dessa forma, o presente procedimento aferiu provas suficientes que demonstram a irregularidade da destituição do poder familiar de A. C. M. e a supressão dos direitos dos casais cadastrados para adoção desta Comarca. Os autores desses atos foram a Magistrada N. A. A. e M. T. ..." (fls. 218).

e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta)⁽⁶⁾.

Julio Fabbrini Mirabete⁽⁷⁾, quanto à objetividade jurídica do delito, esclarece que “tutela o interesse relativo ao regular e normal funcionamento da Administração Pública, lesado com a conduta de quem indevidamente exerce funções administrativas sem estar habilitado legalmente para o desempenho dessas atividades. Tal conduta não só compromete a eficiência da Administração, como também ofende o direito exclusivo do Estado de escolher e nomear seus funcionários ou pessoas para desempenharem funções próprias da atividade estatal. (...) Assim, a objetividade jurídica é o interesse na normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro no serviço público (RT 507/257)”.

E nem se diga que a legitimidade ativa do crime em tela seja privativa do particular, pois na doutrina⁽⁸⁾ e jurisprudência⁽⁹⁾ prepondera exegese no sentido de que “comete o crime aquele que usurpa função pública, sendo, em regra, o particular. Nada impede, porém, que seja sujeito ativo um funcionário público que usurpa função pública que não lhe é atribuída, que não lhe compete”⁽¹⁰⁾. Mesmo para a pequena corrente contrária, existe precedente no sentido de que a legitimação existe quando “se verifica distinção precisa entre a atribuição funcional do agente e a função por ele exercida”⁽¹¹⁾.

O e. Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, já decidiu que, “de fato, o crime de usurpação de função pública, muito embora previsto no capítulo destinado aos crimes praticados por particular contra a Administração Pública, pode ser praticado por funcionário público, porquanto, quando o Código Penal se refere a particular é por que indica que os delitos ali (capítulo II do Título XI), ao contrário do capítulo I, são crimes comuns e não especiais (próprios). Ou, será que funcionário não pode praticar corrupção ativa? Data venia...”⁽¹²⁾.

Havendo dolo do agente em realizar investigação que a lei atribui expressamente a terceiro, tanto mais porque em benefício próprio na medida em que não reverteu em proveito para a administração, resta caracterizado o delito do art. 328, do Código Penal.

⁽⁶⁾ Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2008, pág. 1.094.

⁽⁷⁾ Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 351.

⁽⁸⁾ Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Vol. 9, pág. 406; Faria, Bento de. Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Record, 1959. Vol. 7, pág. 129. Noronha, E. Magalhães. Direito Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4, pág. 399/400. Fragoso, H. Cláudio. Lições de Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1981, vol. 3, pág. 455 (apud Mirabete, Julio Fabbrini, op. cit.).

⁽⁹⁾ RT 402/56, 533/316, RHC/STJ 20.818/AC.

⁽¹⁰⁾ Mirabete, Julio Fabbrini. Op. cit., pág. 352.

⁽¹¹⁾ RT 687/305.

⁽¹²⁾ RHC 20.818.

3.2. Do crime de abuso de autoridade

Afirma a acusação que o denunciado, no dia 22.07.2008, por volta de 17 horas, na Comarca de S. R., extrapolou injustificadamente os limites legais e éticos de seu cargo ao atentar contra a liberdade de locomoção de M. A. G. T. Isso porque, após tomar conhecimento de que havia sido representado por referida senhora junto à Corregedoria do Ministério Público, determinou que policiais militares se dirigissem à sua residência e encaminhassem a seu gabinete para o fim de ser ouvida em declarações.

Argumenta a defesa que o mero convite realizado pelo denunciado para que a Sra. M. A. comparecesse em seu gabinete não caracteriza o crime de abuso de autoridade. Alega-se que a licitude do procedimento já foi objeto de apreciação judicial, ocasião em que se denegou ordem de Habeas Corpus (Proc. nº 990.008.054116-1) com arrimo no art. 104, I, “a”, da Lei Complementar Estadual nº 743/93. A própria Sra. M. A. não teria sido denunciada por desobediência porque o Promotor de Justiça teria se convencido de que o desatendimento a mero “convite” não se amoldava ao referido tipo legal.

No entanto, para melhor compreensão dos fatos, há necessidade de breve digressão.

O denunciado alega que sua esposa teria recebido de pessoa estranha um envelope contendo missiva subscrita por E. J. T. e cópia de documentos (fls. 234/235). Na correspondência, relata-se que a Juíza N. pagaria R\$ 300,00 por mês a um funcionário do Cartório para que fizesse as sentenças criminais. Afirma-se que o livro de carga de processos criminais era manipulado e que os processos permaneciam em carga com a magistrada por até seis meses. Refere-se que alguns advogados da Comarca eram favorecidos no andamento processual, contando com participação direta de dois funcionários do Cartório.

Diante de tal denúncia, determinou o acusado a instauração de inquérito policial (fls. 139/142) para averiguar a conduta dos cartorários, sendo surpreendido com representação junto à Corregedoria-Geral do Ministério Público pela mãe do suposto signatário da missiva, Sra. M. A. G. T., que, ao ser informada pela autoridade policial da denúncia feita por seu filho, trouxe informação de que este foi declarado absolutamente incapaz em processo onde o próprio denunciado atuou como Promotor de Justiça (fls. 318/321).

Ao tomar conhecimento da representação, o denunciado determinou a Policiais Militares que “convidassem” a representante a prestar esclarecimentos em seu gabinete. Diante da recusa, que deu causa inclusive ao ajuizamento de habeas corpus preventivo (fls. 350/353), determinou-se a abertura de novo inquérito policial visando a apuração dos crimes tipificados nos artigos 330, 347, 348 e 349, todos do Código Penal, praticados pela Sr. M. A. G. T. (fls. 332/335).

Diante de tais fatos e, novamente, com a vênua necessária à tese defensiva, está caracterizado abuso de autoridade por parte do acusado.

304

Ao tomar conhecimento de que a Sra. M. A., orientada por sua advogada, não atenderia ao "convite" para comparecer a seu gabinete, o acusado expediu, sucessivamente, duas notificações sem que estivessem legitimadas em protocolo, procedimento administrativo, sindicância ou outro expediente em curso, como determina o art. 24, I, "a", da Lei Orgânica do Ministério Público. Na verdade, a referida senhora foi notificada para tratar de "crime de prevaricação", isto é, a conduta que ela própria havia imputado ao Promotor de Justiça na representação formulada ao órgão correccional.

Com efeito, ao elencar as funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, da Constituição Federal, estatui: "I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II — zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) VI — expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VIII — requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos e suas manifestações processuais; IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

Conclui-se, pois, que a possibilidade de o órgão do Ministério Público notificar pessoas para prestar depoimentos ou esclarecimentos depende da prévia instauração de procedimento, como dispõe a Lei nº 8.625/93⁽¹³⁾ e Lei Complementar Estadual nº 734/93.⁽¹⁴⁾

Por outro lado, como a liberdade de locomoção é regra constitucional (art. 5º, "caput", e incisos XV e LIV, CF), sua limitação deve encontrar espeque em norma de mesma hierarquia (art. 5º, incisos II, LIV e LXI, CF), sob pena de restar caracterizado o atentado de que trata o art. 3º, "a", da Lei nº 4.898/65.

Atentado, como pondera Antonio Cezar Lima de Fonseca, no direito penal "*significa toda espécie de agressão, ataque ou ofensa às pessoas, às coisas ou à moral, ou seja, todo delito que perturbe a ordem social protegida por aquele direito*".⁽¹⁵⁾

⁽¹³⁾ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I — instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; ...

⁽¹⁴⁾ Art. 104. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I — instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; ...

⁽¹⁵⁾ *Abuso de Autoridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pág. 44.

O crime de abuso de autoridade, segundo Damásio E. de Jesus, "*reclama um ânimo próprio, que é o elemento subjetivo do injusto: vontade de praticar as condutas sabendo o agente que está exorbitando do poder. Esse elemento se liga à culpabilidade e à antijuridicidade. Não se trata de dolo específico, em face de não encontrarmos frente àquele fim ulterior, extrínseco ao fato*".⁽¹⁶⁾ A partir de tal elemento é que Gilberto e Vladimir Passos de Freitas advertem que "*nos crimes de abuso de autoridade, o elemento do injusto deve ser apreciado com cuidado, merecendo punição somente as hipóteses em que se constata que o agente agiu com o propósito de vingança, perseguição ou capricho e não no interesse da defesa social*".⁽¹⁷⁾

Referidos autores citam Bardoni, para quem "*o dolo deve consistir no ânimo maldoso, na prepotência, no capricho, no arbítrio e, em geral, em qualquer paixão má: abuso de autoridade é constituído por aqueles atos ou fatos dos funcionários públicos, os quais se viciam de ilegitimidade porque cometidos com dolo, de guisa que representam a positividade da atividade do funcionário como pessoa e não como órgão da Administração Pública, a qual não encontra, para o dano recebido pelo titular de um direito civil ou político, ou de interesse legítimo prejudicado pelos próprios atos, nenhuma responsabilidade*".⁽¹⁸⁾

Note-se, pois, que não apenas a prisão, mas também a condução coercitiva e a detenção encontram subsunção ao tipo legal, bastando a ausência de previsão legal para a limitação da liberdade.⁽¹⁹⁾

Por outro lado, a afirmação de que o simples "convite", porque despido de natureza coercitiva, não caracteriza o delito em tela, não convence.

Primeiro, porque a prova testemunhal caminha em sentido contrário (fls. 1.123), sendo certo que o Oficial de Promotoria afirmou que o acusado lhe informou que "*havia pedido para a Polícia Militar conduzir a senhora M. até a Promotoria de Justiça e, quando ela chegasse, era para comunicá-lo e acomodá-la na minha sala*". Segundo, porque, no interrogatório, o Dr. A. A. foi enfático ao dizer que, diante da recusa da parte em comparecer espontaneamente, expediu intimação para tal finalidade (fls. 1.045) sem que, antes, instaurasse um procedimento especificando a necessidade do ato.

Como ponderado pela acusação, tal providência demonstra que o acusado "*estava inconformado por ter sido acionado por ela perante a Corregedoria-Geral do Ministério Público, e pretendia certamente produzir prova em seu favor perante o órgão correccional, já que a determinação para condução daquela senhora à sua presença se deu entre o recebimento da notificação para apresentar suas informações e o prazo final para fazê-lo*" (fls. 1.437).

⁽¹⁶⁾ *Do Abuso de Autoridade*. In Revista *Justitia* 59/43 apud Freitas, Gilberto Passos de e Freitas, Vladimir Passos. *Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 1999, pág. 27.

⁽¹⁷⁾ *Op. cit.*, pág. 28.

⁽¹⁸⁾ *Op. cit.*, pág. 28.

⁽¹⁹⁾ TARGS-43/112.

Em relação aos efeitos advindos do julgamento colegiado em sede de *habeas corpus* preventivo impetrado pela vítima, referido aresto enfocou apenas a possibilidade genérica de o Promotor de Justiça tomar depoimentos pessoais. Nada se decidiu, portanto, quanto à hipótese específica ocorrida no caso.

Por fim, o fato de a vítima ter desobedecido a ordem ilegal não afasta a consumação do delito porque, “no que tange à tentativa, é de salientar que os ilícitos descritos no art. 3º, não a admitem. Falando o citado dispositivo que ‘constitui abuso de autoridade qualquer atentado’, tem-se que o simples tentar já configura o crime”.⁽²⁰⁾

Portanto, caracterizado o atentado doloso à liberdade da vítima, deve o agente responder pelo delito de abuso de autoridade de que trata o art. 3º, “a”, da Lei 4.898/65.

3.3. Do crime de denunciação caluniosa

Finalmente, afirma-se na peça acusatória que, no dia 04.08.2008, na Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, o acusado deu causa a instauração de investigação policial contra a Sra. M. A. G. T., imputando-lhe falsamente a prática de crimes de que a sabia inocente, quais sejam, fraude processual (art. 347, CP), favorecimento pessoal (art. 348, CP), favorecimento real (art. 349, CP) e desobediência (art. 330, CP).

Em defesa, alega-se que o denunciado optou por requisitar a instauração de inquérito policial para preservar a própria Sra. M. A. G. T., pois, sendo de pouca instrução, poderia estar sendo manipulada por terceiro para macular sua reputação profissional. Destarte, tal providência evitaria o pronto exercício da representação de que trata o art. 145, do Código Penal. Assevera-se que o denunciado teria convidado a referida senhora para que comparecesse ao seu gabinete de trabalho, optando pela instauração do inquérito somente quando frustrada esta tentativa. Aduz, ainda, que, obviamente, na condição de vítima, a eventual demanda criminal haveria de ser avaliada por outro Promotor de Justiça, não havendo, pois, se falar em impedimento. Como o denunciado “tem em sua consciência” que a Sra. M. A., “por si ou com auxílio de terceiro, o caluniou ao imputar a prática de crime de prevaricação”, restaria ausente o elemento subjetivo que integra o tipo do art. 339, do Código Penal.

Ocorre que referida justificativa encontra contradição em si própria, pois, a intenção do promotor de justiça de preservar a vítima de uma representação criminal é incompatível com a requisição de instauração de inquérito policial pela prática de outros quatro delitos.

Ademais, se sabia que a autoria da carta entregue em sua residência havia sido atribuída a pessoa interdita, como poderia sugerir responsabilidade da Sra. M. A. pelo simples fato de ser sua representante legal? Sem qualquer embasa-

⁽²⁰⁾ Freitas, Gilberto e Vladimir Passos de. *Op. cit.*, pág. 29.

mento, na requisição dirigida à autoridade policial local, afirmou que “primeiramente E. assina uma denúncia contra a Juíza da Comarca e funcionários públicos, e agora, representa o subscritor, dizendo que este cometeu um crime de prevaricação. Provavelmente existe a intenção de arrumar mais conflito entre o Ministério Público e o Poder Judiciário local. Assim, há necessidade de abertura de inquérito policial para apurar se a reclamante M. A. T. ou seu filho são os únicos autores destas reclamações...” (fls. 333).

Ainda, se apenas “convidou” a Sra. M. A. para comparecer a seu gabinete, posto inexistente qualquer procedimento em curso, como pode sugerir a prática de crime de desobediência? A justificativa, segundo consta da requisição, foi a de que “para tentar esclarecer os fatos acima, foram expedidas duas intimações para a reclamante comparecer na Promotoria, mas esta se esquivou (...) necessitando investigar se ocorreu o crime de desobediência por parte de M. A. G. T.” (fls. 334).

Na verdade, como bem observado pelos Promotores de Justiça atuantes na Corregedoria-Geral do Ministério Público, o acusado “valendo-se de suas prerrogativas legais, requisitou a instauração de inquérito policial, ato por si só constrangedor à investigada, dizendo-se vítima. Se era vítima, como afirmou em sua requisição, não poderia, desde o início, ter pretendido agir como Promotor de Justiça e requisitado a instauração de inquérito policial, imputando a M. A. G. T. a prática de diversos crimes (...). Seria indevido uso, em favor próprio, de poder a ele outorgado por lei, para escorreito cumprimento de suas atribuições legais” (fls. 1.457).

Pondera a doutrina que “a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a titularidade, exclusiva, da ação penal pública e o poder-dever de requisitar a instauração de inquérito policial (art. 129, incisos I e VII). No exercício destas funções institucionais, o promotor de Justiça pode incidir na sanção do art. 339 do Código Penal (cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, JULIO FABBRINI MIRABETE e E. MAGALHÃES NORONHA), desde que fique evidenciada, sem margem de dúvida, a sua má-fé porque a ‘presunção que o cobre, de servir à Justiça Pública, terá de ceder ante a prova inconcussa de que agiu apenas vexationis causa’ (cf. NELSON HUNGRIA)”.⁽²¹⁾

Gilberto Callado de Oliveira cita Santo Tomás de Aquino, para quem “o acusador no processo criminal pode cometer três injustiças: a acusação caluniosa, a prevaricadora e a temerária”.⁽²²⁾ Destarte, a acusação caluniosa do acusado, como esclarece Heleno Cláudio Fragoso, ocorreu porque o membro do Ministério Público, “inteiramente fora da realidade e sem qualquer elemento de convicção, inicia o procedimento criminal”.⁽²³⁾

⁽²¹⁾ Maluly, Jorge Assaf. *Denunciação Caluniosa*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, pág. 47.

⁽²²⁾ O conceito de acusação. São Paulo: RT, 1996, *apud* Maluly, Jorge Assaf. *Op. cit.* pág. 48.

⁽²³⁾ Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva, *apud* Maluly, Jorge Assaf, *op. cit.*

É verdade que existe posição restritiva em relação à legitimação ativa do crime de denúncia caluniosa envolvendo promotores de justiça. Queiroz de Moraes entende que o delito em tela ocorre apenas quando *“o propósito criminoso não nasceu do exame de qualquer documento ou representação que recebeu na qualidade de Promotor de Justiça, se não era obrigado em virtude das funções de seu cargo a manifestar-se sobre o assunto, foi então no caráter de simples particular que o concebeu, utilizando-se depois de sua privilegiada posição para executá-lo”*.⁽²⁴⁾

Nada obstante, ainda se deva guardar reserva a tal entendimento, posto expressar posição minoritária da doutrina, a conduta do acusado a ela se subsume, pois, a uma, não havia qualquer representação ou documento que ensejasse a formação de sua convicção e, a duas, não poderia fazer uso de suas atribuições funcionais para investigar um crime do qual alega ser a própria vítima.

Hugo Nigro Mazzili, no tocante à inviolabilidade e à independência funcional do promotor de justiça (art. 41, V, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), adverte que *“essa importante e até imprescindível garantia de indenidade não é nem pode ser absoluta: não pode acobertar ações irregulares praticadas como aquelas praticadas com dolo, fraude ou abuso de poder... Tudo é questão de examinar caso a caso”*.⁽²⁵⁾ Portanto, resta claro que o *“Promotor de Justiça pode ser responsabilizado pelo delito de denúncia caluniosa, da mesma forma, se der causa à instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-se crime de que o sabe inocente”*.⁽²⁶⁾

Porque restou demonstrado o dolo do acusado em requisitar a instauração de inquérito policial envolvendo vítima que sabia ser inocente dos crimes a ela imputados, resta caracterizado o delito do art. 339, do Código Penal.

4. Em sequência, passa-se à dosimetria da pena.

Ainda não se tenha solicitado expedição de ofício requisitando a ficha de antecedentes criminais do acusado, por se tratar de membro do Ministério Público, sede onde existe rigoroso controle do histórico de seus integrantes, concebe-se a omissão como sinal indicativo de sua primariedade e de seus bons antecedentes.

Nada existe nos autos, ainda, desabonando o agente em relação à sua conduta social, de modo que as máculas a lhe serem imputadas guardam relação direta com sua postura no exercício do cargo público e que constituem o elemento subjetivo das condutas.

Destarte, havendo prevalência das circunstâncias atenuantes pessoais do art. 59, do Código Penal, é caso de se manter a pena-base no piso legal.

⁽²⁴⁾ *Denúncia Caluniosa*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Penal. USP, apud Maluly, Jorge Assaf. *Op. cit.*

⁽²⁵⁾ Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1995, apud Maluly, Jorge Assaf. *Op. cit.*

⁽²⁶⁾ Maluly, Jorge Assaf, *op. cit.*, pág. 56/57.

No que toca às agravantes, ainda exista subsunção dos fatos à hipótese do art. 61, alínea “f”, do Código Penal, *“não é possível a exasperação quando o autor do crime foi punido também pelo crime de abuso de autoridade definido na Lei nº 4.898, de 9-12-65”*.⁽²⁷⁾

Ausente, por outro lado, qualquer circunstância atenuante, nominada ou inominada, a ser considerada.

Por fim, inexistindo causas de aumento ou diminuição da pena, deve o acusado ser apertado com: **a)** 3 meses de detenção e 10 dias-multa pelo crime de usurpação de função pública, em regime inicial aberto (art. 328, do Código Penal); **b)** 2 anos de reclusão e 10 dias-multa pelo crime de denúncia caluniosa, em regime inicial aberto (art. 339, do Código Penal); **c)** 10 dias de detenção e 10 dias-multa⁽²⁸⁾ pelo crime de abuso de autoridade, em regime inicial aberto (art. 4º “a”, Lei 4.898/65).

Cumprido ressaltar que a possibilidade de cumulação de penas no crime de abuso de autoridade é expressamente previsto no art. 6º, § 4º, da Lei nº 4.898/64, sendo certo que a gravidade da conduta justifica sua necessidade. Destarte, em razão do exposto, inviável a conversão de que trata o art. 60, § 2º, do Código Penal, em face da exegese firmada na Súmula nº 171, do e. Superior Tribunal de Justiça.

Ainda no tocante ao delito de abuso de autoridade, deixa-se de aplicar sanção de natureza administrativa na medida em que foi aplicada ao Promotor de Justiça a pena de remoção compulsória pela e. Corregedoria-Geral do Ministério Público (fls. 643). Ademais, a Lei Orgânica do Ministério Público atribui ao Colégio de Procuradores de Justiça a competência para deliberar sobre a imposição de sanções mais severas (art. 22, XII).

O valor do dia-multa, considerando a capacidade econômica do acusado (art. 60, CP), é fixado em 5/30 do salário-mínimo vigente por ocasião da última conduta criminosa, corrigida desde então. Referida quantia, em comparação com os subsídios auferidos para o exercício do cargo público, guarda relação de proporcionalidade e razoabilidade, podendo por ele ser suportada.

Fixadas as penas, a proposta original era de substituir as **três** privativas de liberdade por duas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária).

Iniciado o julgamento, sucederam-se declarações de votos parcialmente divergentes que assim podem ser resumidos:

a) para o em. Des. **Mário Devienne Ferraz**, o crime de usurpação de função pública encontra-se prescrito e, quanto à substituição das penas privativas de liberdade, não caberia duas restritivas de direitos, mas uma restritiva de direitos e uma multa;

⁽²⁷⁾ Mirabete, Julio Fabbrini. *Op. cit.* Vol. I, pág. 296.

⁽²⁸⁾ Lei 7.209/84, art. 2º.

b) o em. Des. Antônio Carlos Malheiros entende que o crime de abuso de autoridade e o de usurpação de função pública estão prescritos e, quanto ao delito de denunciação caluniosa, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direitos, no caso limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade;

c) o em. Des. Walter de Almeida Guilherme entende que não é caso de imposição de duas penas restritivas de direitos, mas uma restritiva de direitos e uma multa;

d) o em. des. Samuel Júnior, por fim, entende que as penas privativas de liberdade devem ser individualizadas para cada crime, razão pela qual a pena privativa de liberdade do crime de abuso de autoridade deve ser substituída por multa e a do delito de denunciação caluniosa, por uma restritiva de direitos e uma multa.

Após a primeira divergência, alterei a proposta inicial de forma a reconhecer que o crime de usurpação de função pública encontra-se prescrito porque transcorridos mais de dois anos (art. 109, VI, CP) entre a data dos fatos (ocorridos entre 09 de agosto e 03 de novembro de 2007, segundo a acusação) e o recebimento da denúncia por este e. Órgão Especial (25 de novembro de 2009). Registre-se, porque oportuno, que o despacho remetendo a denúncia para apreciação deste e. colegiado é datada de 18 de agosto de 2009, portanto, três meses antes do termo final do referido prazo.

Portanto, considerando a pena *in concreto*, de ofício, como determina o artigo 61 do Código de Processo Penal, e com fundamento nos art. 107, inc. IV, art. 109, inc. VI (observada sua antiga redação, pois a modificação legislativa introduzida pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, não se aplica à hipótese, por constituir lei penal mais gravosa), art. 110, “*caput*” e seu § 2º, e art. 114, todos do Código Penal, é caso de se julgar extinta a punibilidade do acusado, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa, em relação ao delito de usurpação da função pública.

Não sendo casos de aplicação de *sursis* e sendo favoráveis as circunstâncias dos arts. 44 e 59, do Código Penal,⁽²⁹⁾ alterei minha posição inicial para substituir a pena privativa de liberdade imposta pelas demais infrações por uma multa (10 dias-multa, no valor unitário de 5/30 do salário-mínimo vigente por ocasião da última infração, corrigida desde então, observada a situação econômica do acusado) e uma sanção restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo do montante da pena privativa de liberdade fixada, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução.

⁽²⁹⁾ “Possibilita-se a substituição da pena privativa de liberdade nos termos do artigo 44 quando a soma das penas cumulativas não for superior a quatro anos, não terem sido os crimes praticados com violência ou ameaça à pessoa e não ser o condenado reincidente e doloso, tal como previsto no art. 44, com redação determinada na Lei nº 9.714/98 (Júlio Fabbrini Marabete — Código Penal Interpretado — 2ª edição, p. 458)”. (apud Apelação Criminal Com Revisão nº 990.08.050244-1, ocasião em que se decidiu: “para a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade, deverá ser levado em conta a soma das penas aplicadas e não o ‘quantum’ isolado de cada reprimenda”).

Assim se delibera porque, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, aplicável à hipótese por força do inciso IV, reproduzidas parcialmente no art. 44, inciso III, do mesmo dispositivo legal, não se justifica a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, prevalecendo a conjugação menos afiativa para o acusado, no caso, uma restritiva de direito e multa.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade no caso de concurso material de crimes, existem duas correntes bem definidas na doutrina:

a) Celso Delmanto⁽³⁰⁾ entende que “... a somatória das penas encontradas em concurso material (não superior a quatro anos), para efeito de substituição, será sempre mais benéfica do que eventual substituição isolada. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de serem aplicadas, em concurso material, uma pena de dois anos de reclusão e outra de um ano e meio. Se consideradas isoladamente, a substituição de cada uma delas se daria por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito, resultando num total de quatro restritivas de direitos ou, então, três restritivas mais uma multa. Já se observado o critério de soma das penas privativas de liberdade aplicadas em concurso material, o total de três anos e meio de reclusão poderá ser substituído por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, tudo nos termos do art. 44, § 2º, segunda parte, do CP”;

b) Julio Fabbrini Mirabete⁽³¹⁾, por outro lado, afirma que, “havendo concurso de crimes, a substituição é possível quando o total das penas não ultrapassa o limite mencionado, de quatro anos (com exceção dos crimes culposos). Quando se trata de concurso formal ou crime continuado em ilícitos dolosos, a substituição deve ser feita por uma só pena restritiva de direito ou multa, mas, no caso de concurso material, a substituição poderá ser efetuada por duas ou mais penas alternativas idênticas (quando os crimes forem idênticos), ou mesmo por penas substitutivas diversas (se não o forem). Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais (art. 69, § 2º)”.

No caso em apreço, ainda fosse o caso de seguir o critério proposto por Mirabete, existe o empecilho de que cuida o teor da Súmula nº 171, do e. Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso, a adoção da soma benéfica proposta por Delmanto melhor se adequa ao caso concreto, tanto mais porque, favoráveis as

⁽³⁰⁾ Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 227.

⁽³¹⁾ Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 267.

LEA - 364

circunstâncias dos arts. 59, *caput*, e 44, inciso III, ambos do Código Penal, a reprimenda alternativa efetivamente imposta se revela suficiente para substituir as penas privativas de liberdade.

5. Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação penal para o fim de declarar o acusado A. A. C. F. como incurso nos crimes previstos nos artigos 328 e 339, do Código Penal e art. 3º, "a", da Lei nº 4.898/65, fixando-lhe a pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e dez dias-multa, pelo delito de denúncia caluniosa; dez dias de detenção, em regime aberto, e dez dias-multa, pelo crime de abuso de autoridade; e 3 meses de detenção, em regime aberto, e dez dias-multa, pela infração de usurpação da função pública, sendo que, em relação a esta última, de ofício, julga-se extinta a punibilidade do acusado, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, substituindo-se as sanções carcerárias remanescentes, por dez dias-multa e uma pena restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução. O valor unitário de cada dia-multa imposta será de 5/30 do salário-mínimo vigente à época da última infração cometida e corrigido desde então.

DECLARAÇÃO DE VOTO
VENCEDOR DO DES.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME

I — Esta é a denúncia:

1) O acusado editou Portaria, dando origem a procedimento administrativo para apuração do fato e da conduta da Juíza, que deferiu pedido de guarda de criança cuja mãe biológica manifestara propósito de dá-la em adoção.

Usurpou, assim, função pública do DD. Presidente do Tribunal de Justiça e do DD. Corregedor-Geral de Justiça, pois se entendesse o denunciado que a magistrada, além da questão jurisdicional, havia cometido possível infração aos deveres do cargo, sua obrigação funcional era de comunicar o fato àquelas autoridades (art. 328 do CP).

2) Determinou o réu que policiais militares dirigissem-se à residência da M. A. G. T. e a encaminhassem ao seu gabinete, para ser ouvida em declarações. Frustrada a condução, o denunciado expediu notificação para que Maria Aparecida comparecesse ao seu gabinete, para tratar do "assunto: crime de prevaricação" (atentado contra a liberdade de locomoção de Maria Aparecida — art. 3º, a, da Lei nº 4.898/65).

3) Requisitou o acusado abertura de inquérito policial contra Maria Aparecida, atribuindo-lhe a prática de crimes de fraude processual, favorecimento pessoal, favorecimento real e desobediência, dos quais a sabia inocente (art. 339 do CP).

II — Voto do relator, Desembargador ARTUR MARQUES: julga procedente a ação penal, condenando o réu pelos crimes de usurpação de função pública, abuso de autoridade e denúncia caluniosa, aplicando pena de 3 meses de detenção e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, pelo primeiro, 10 dias de detenção e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, pelo segundo, e 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, pelo terceiro. Substitui a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 10 salários-mínimos). O dia-multa é fixado em 5/30 do salário-mínimo.

III — O voto do revisor, Desembargador CAUDURO PADIN, segue o do relator.

IV — O voto do Desembargador LAERTE SAMPAIO acompanha o do relator.

V — O voto do Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ reconhece a prescrição relativamente ao crime de usurpação de função pública e substitui a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito e multa.

VI — Voto do Desembargador ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS:

a) prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de abuso de autoridade, considerada a pena em abstrato.

b) prescrição, na forma retroativa, referentemente ao crime de usurpação de função pública, tendo em vista a pena em concreto.

c) condenação pelo crime de denúncia caluniosa, aplicando as penas de 2 anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana), e 10 dias-multa, de valor unitário correspondente a meio salário-mínimo.

VII — O voto do Desembargador GUILHERME STRENGER acompanha o do relator.

VIII — Meu voto.

1 — Crime de usurpação de função pública.

Considerando que o acusado foi apenado com 3 meses de detenção e multa e que entre a data do fato (período compreendido entre 09 de agosto de 2007 e 3 de novembro de 2007) e a do recebimento da denúncia (25 de novembro de 2009) decorreu mais de dois anos, nos termos do art. 107, IV, art. 109, VI (com redação anterior àquela conferida pela Lei nº 12.234/2010) e art. 117, I, do Código Penal, tenho que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, pelo que a reconheço, declarando extinta a punibilidade do acusado.

2 — Crime de abuso de autoridade.

A) Considerando que o réu foi apenado com 10 dias de detenção e multa e que entre a data do fato (22 de julho de 2008) e a do recebimento da denúncia (25 de novembro de 2009) e entre a deste e o momento presente não se passaram dois anos, não tenho por verificada a prescrição da pretensão punitiva.

B) A Lei Complementar Estadual nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo) prescreve, no artigo 104, I, a, que “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I — instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei.”.

Dito dispositivo está em consonância com o artigo 129 da Constituição da República que estabelece, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a de, inciso VI, “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

Parece claro que a expedição de notificação para comparecimento só se legitima, com o intuito de instruí-lo, ante prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo. Inexistente este, a expedição de notificação, como *in casu*, configura ilegal coerção.

Não importa o que os policiais militares disseram a M. A. ao notificá-la para comparecer, por ordem deste, ao gabinete do acusado, isto é, se meramente a “convidaram” ou havia a determinação para comparecimento obrigatório. Tanto M. A. se sentiu coagida que, convicta da ilegalidade do ato, não atendendo a ordem, impetrou *habeas corpus* preventivo.

Note-se que o desatendimento da notificação não descaracteriza o delito, pois sua expedição pelo Promotor de Justiça já constituía “atentado à liberdade de locomoção”.

É significativo, aliás, que na notificação constasse a nota: “assunto: crime de prevaricação”. Ora, estando o mencionado delito alocado no capítulo atinente aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral e tipificado como “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, é óbvio que o assunto não poderia ser aquele, e bem ciente disso estava o acusado.

Afirmou com todas as letras a Corregedoria-Geral do Ministério Público:

“Evidente que com sua conduta, truculenta por sinal, o Promotor de Justiça sindicado pretendia obter vantagem, atemorizando a pessoa que o representou junto a esta Corregedoria-Geral. Segundo afirmou, queria saber quem estava por trás dessa senhora e seu filho.”.

Em verdade, e nestes autos o fato revela-se, o réu não foi apenas truculento e estava imbuído apenas do intuito de obter vantagem, senão que praticou o crime de abuso de autoridade, na forma que constou da denúncia.

O acusado foi apenado minimamente, substituída a privativa de liberdade por restritiva de direito, e não por multa em face do que dispõe a Súmula nº 171, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“Lei Especial — Penas Privativas de Liberdade e Pecuniária — Cominação Cumulativa — Substituição. Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

O dia-multa foi fixado em 5/30 do salário-mínimo.

Em suma, sigo o voto do relator.

3 — Crime de denunciação caluniosa.

Concordo com o Relator ao dar por demonstrada a prática delitiva.

No que concerne à possibilidade de ser o Promotor de Justiça sujeito ativo do crime de denunciação criminosa, tenho que **sim**.

Eis o tipo penal: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente” (art. 339 do Código Penal).

Dentre as funções institucionais do Ministério Público está a de requisitar a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII), função essa que se concretiza com o disposto no artigo 5º do Código de Processo Penal ao prescrever que, nos crimes de ação pública, o inquérito policial será iniciado... “II — mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público...”.

Se assim é, pode perfeitamente, em tese, o Promotor de Justiça reproduzir o ato incriminado na lei penal.

Verdadeiramente, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito. Também o Juiz de Direito, o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia, desde que deem causa à investigação por meio de uma das modalidades previstas na Lei 10.028/2000, sabendo não ser criminosa a pessoa apontada. Nesse passo, é certo que inclusive o advogado pode ser agente em tal delito caso tenha consciência que a denúncia feita por seu cliente, imputando crime a pessoa inocente, é falsa.

Fixou o relator a pena em seu grau mínimo, substituindo a privativa de liberdade, de acordo com o artigo 44 do Código Penal, por duas restritivas de direito.

Nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, tendo em vista serem favoráveis as circunstâncias, divergindo, respeitosamente, do relator, substituo a privativa de liberdade por restritiva de direito e multa, lembrando que a pena restritiva de direito de prestação pecuniária é mais gravosa, pois pode ser convertida em pena privativa de liberdade, e a multa substitutiva não.

DECLARAÇÃO DE VOTO
DO DES.
ANTONIO CARLOS MALHEIROS

Ousei divergir do voto do d. relator e demais votos, pelas razões que passo a expor a seguir.

Trata-se de ação penal promovida pela Justiça Pública em face de Alexandre Augusto da Cruz Feliciano, como incurso nos artigos 328 e 339 do Código Penal, e artigo 3º, letra “a”, da Lei Federal nº 4.898/65.

Os fatos narrados na exordial dão conta que os eventos delituosos ocorreram no período compreendido entre 09 de agosto de 2007 e 03 de novembro, do mesmo ano.

A presente ação foi proposta em 29 de maio de 2009, tendo sido recebida a denúncia em sessão de julgamento realizada no dia 25.11.2009 (fls. 988/997).

Devidamente processados, os autos foram remetidos à mesa para julgamento que se iniciou em sessão datada de 11 de maio de 2011.

Tem-se que o crime de abuso de autoridade (art. 3º, alínea “a”, da Lei nº 4.898/65), encontrava-se tingido pela prescrição da pretensão punitiva, antes mesmo do recebimento da denúncia, em razão da pena cominada em abstrato (detenção de 10 dias a 6 meses, na forma do art. 6º, § 3º, alínea “b”, da mesma lei), pois na forma dos artigos 107, inciso IV, combinado com o art. 109, inciso IV, com redação anterior à Lei nº 12.234, de 05.05.2010, o delito em questão prescreveu em 2 (dois) anos, já que o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. Nesse sentido, reconhece-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, pelo máximo em abstrato aplicado ao caso.

De outro lado, no que diz respeito aos crimes de Usurpação de Função Pública (art. 328 do Código Penal) e Denúncia Caluniosa (art. 339 do Código Penal), quando levamos em conta as datas da propositura da ação e do recebimento da denúncia, em relação à data do início do julgamento, já não se vislumbrava a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desses delitos, tendo em vista as penas em abstrato (detenção de 3 meses a 2 anos e multa, e reclusão de 2 a 8 anos e multa, respectivamente).

No entanto, diante da pena aplicada pelo Eminent Relator: “... a pena de 2 anos de reclusão, 3 meses e dez dias de detenção e 30 (trinta) dias-multa, substituindo as penas privativas de liberdade por prestação de serviços e prestação pecuniária de 10 (dez) salários-mínimos vigentes por ocasião da última infração”, é de rigor, em relação ao crime de Usurpação da Função Pública, reconhecer que se encontra atingido pela prescrição retroativa, na forma prevista no art. 110, § 2º, do Código Penal, na redação anterior àquela dada pela Lei nº 12.234, de 05.05.2010, isto porque a pena cominada em concreto foi de

3 meses de detenção, período inferior a 02 (dois) anos, lapso que prescreve nos termos do art. 109, VI, do Código Penal, com a redação anterior à dada pela Lei nº 12.234, de 05.05.2010.

Resta, portanto, que somente o crime de Denúncia Caluniosa é que pode ser reconhecido e, efetivamente, apenado.

Desta feita, analisando os requisitos do art. 59, do Código Penal, analisando a culpabilidade do interessado, seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade e as consequências do delito, fixo a pena para a violação ao art. 339, do Código Penal, em 2 (dois) anos de reclusão, e multa de 10 (dez) dias.

O valor de cada dia-multa será de 1/2 (meio) salário-mínimo, tendo em conta a informação sobre os dados da vida pregressa do interessado, a fls.

Assim sendo, pelo meu voto, reconheço a prescrição da pena em abstrato do crime de Abuso de Autoridade, a prescrição em concreto do crime de Usurpação de Função Pública, e julgo parcialmente procedente a ação para condenar o réu A. A. C. F. como incurso no crime previsto no artigo 339, do Código Penal, fixando-lhe a pena de 2 anos de reclusão, substituindo-a, na forma do art. 44, § 2º, do Código Penal, por duas medidas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade, na razão do art. 46, do Código Penal, e limitação de finais de semana, também pelo período de 2 (dois) anos, permanecendo a multa que foi aplicada, tendo em vista as consequências de seu delito, bem como, informação sobre a vida pregressa do acusado, além, é claro, em virtude do seu ganho mensal relatado nesse documento.