EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 23ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

Ref. Proc. 697/09 (050.10.000008-8)

SPI3 15 2 - 02-08-2010 12:12 CRIM 000 0 1323807B

MAURÍCIO JOSÉ LEMOS FREIRE, por seus advogados, conforme anexa procuração, vem, respeitosamente, em atenção ao r. despacho de fls. 856 e na forma do disposto no artigo 514, do Código de Processo Penal, apresentar sua

RESPOSTA À DENÚNCIA,

nos seguintes termos:

I - A DENÚNCIA

Segundo a denúncia, em síntese, o codenunciado **OSVALDO NEGRINI NETO**, Presidente da Comissão de Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira de Perito Criminal, teria, supostamente, inserido, em 31.5.05, no Diário Oficial do Estado, declaração falsa no sentido de que candidatos ao concurso acima apontado obtiveram notas iguais ou superiores a 67 pontos, nota de corte, com o fim de alterar a verdade sobre a aprovação daqueles candidatos, os quais, segundo a denúncia, não teriam alcançado referida nota, na prova preambular do mencionado concurso público, sendo-lhe imputado o crime do artigo 299, parágrafo único, do Código Penal.

Alega a inicial que a suposta falsificação teria sido percebida pelos demais integrantes da Comissão, os quais teriam elaborado petição, instruída de documentação, sobre a hipotética infração de **NEGRINI**, solicitando providências, dentre

as quais o envio de cópia dos documentos à Corregedoria da Polícia Civil, a Ouvidoria e ao Ministério Público para ser entregue a **MAURÍCIO JOSÉ LEMOS FREIRE**, então Diretor da Academia.

MAURÍCIO, segundo a denúncia, determinado a ocultar a infração de **NEGRINI**, teria pedido aos denunciantes que retirassem da petição o pedido de providências, o que, **aceito pelos integrantes da comissão**, teria motivado a elaboração de nova petição, sem o pedido de envio dos documentos aos órgãos externos. A petição, refeita, teria sido entregue a **MAURÍCIO**, que, então, teria, supostamente, ocultado, sonegado e extraviado a documentação sobre a suposta fraude que teria sido praticada por **NEGRINI**.

Desse modo, **MAURÍCIO** teria deixado de tomar, por si ou por terceiros, providências punitivas em relação aos fatos graves praticados por **NEGRINI**, sendo-lhe imputado o crime previsto no artigo 314, do Código Penal.

II - A RESPOSTA

Como preâmbulo, o Defendente afirma que crime algum praticou, como demonstrará. Afirma, também, sua confiança no elevado critério de justiça de V. Exa., que não permitirá a instauração de ação penal inviável e injusta contra ele.

1. ILICITUDE DA PROVA COLHIDA E FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

O **primeiro interrogatório policial** do Defendente **Maurício**, no dia 23 de dezembro de 2010 (fls. 211/216), constitui prova ilícita, haja vista que foi ilicitamente colhido, conforme se demonstrará. E os demais depoimentos que se seguiram, por dizerem respeito a suposta controvérsia surgida na prova ilícita colhida, estão contaminados, e devem ser reputados prova ilícita, em relação ao Defendente, a teor do art. 157, §1º, do CPP. De tal forma que não há substrato probatório, licitamente colhido, que justifique o recebimento da presente ação penal.

O **Defendente foi convidado, por telefone, pela Senhora Corregedora, em 23.12.09, para mera conversa sobre fatos relacionados a Concurso de Perito 1/2005**. Na realidade, o inesperado chamamento era para que o Defendente fosse interrogado **de surpresa** neste inquérito policial que, naquela altura, **já estava em seu segundo volume e apurava fatos ocorridos cinco anos atrás, em relação**

aos quais o Defendente era investigado e dos quais, por óbvio, tinha dificuldades de se lembrar de pronto.

Isso tudo sem que o Defendente **fosse esclarecido de que era investigado, que tinha direito de ficar calado e que poderia contar com a assistência de advogado**, conforme manda a Constituição Federal (art. 5°, incs. LXIII e LXIV) e o Código de Processo Penal (arts. 6°, V, 185 e 186)

Nas palavras do eminente **Ministro Celso de Mello**, da **Suprema Corte**:

> *"...Sendo ato necessário do processo penal condenatório, o interrogatório (policial ou judicial) está sujeito, quanto à sua validade jurídica, à observância de determinadas formalidades essenciais, dentre as quais avulta, por seu relevo, a advertência de que o réu, regularmente cientificado da acusação, tem o direito de permanecer em silêncio, não estando, em consequência, obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, sem que do exercício legítimo dessa prerrogativa constitucional, possam advir restrições de ordem jurídica em desfavor dos interesses processuais do indiciado ou do acusado..." (HC 75.6161-6, Medida Liminar, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.07.97, DJU 01.08.97, p. 33.535 – grifou-se);*

E que o **direito ao silêncio**:

> *"... traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário..."(HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello – grifou-se).*

O Defendente, atraído para verdadeira e inesperada cilada, foi ouvido, **formalmente, como declarante, mas, na realidade, foi substancialmente interrogado, sem ser advertido da sua condição de investigado, nem de que tinha, em razão disso, direito ao silêncio e ao acompanhamento de advogado.**

Avenida Brasil, 173 – Jardim América – CEP 01431-000 – Pabx (11) 3887-1375 – São Paulo, SP – e-mail: rodrigo@rbsm.adv.br
Rua Conde Afonso Celso, 1313 – Sumaré – CEP 14025-040 – Pabx (16) 3623-0889 – Ribeirão Preto, SP – e-mail: ovidiojr@rbsm.adv.br

Nesse sentido, relatou o Defendente, em seu **segundo interrogatório**, no dia 5 de março de 2010:

> *"... deseja consignar que quando das suas declarações prestadas no dia 23 de dezembro próximo passado, compareceu a esta Casa Censora a pedido da Senhora Corregedora Geral, após atender pedido feito por ligação telefônica, a fim de conversar com a mesma sobre fatos relacionados ao concurso PC-1/2005; que naquela oportunidade o declarante se encontrava em escala de plantão junto ao SAT, sendo responsável pela equipe de vôo, e mesmo assim atendeu aquele pedido, se dirigindo a estas dependências; que aqui chegando, se entrevistou com a Corregedora, e logo depois acompanhou esta Autoridade, que preside o inquérito instaurado sobre os referidos fatos, a fim de que prestasse declarações nos mesmos autos..." (fls. 297/298 – grifou-se).*

O interrogatório do Defendente, para agravar e evidenciar a ilicitude da prova, foi **acompanhado por Promotor de Justiça, que participou ativamente da produção da prova ilícita fazendo pergunta ao Defendente sem adverti-lo de seus direitos constitucionais, embora o membro do Ministério Público tenha obrigação** de fiscalizar a legalidade da atividade policial, nos termos e para os fins do artigo 129, da Constituição Federal.

Note-se que não há, nos autos, qualquer requisição do Defendente Maurício para esse primeiro interrogatório, e que, às fls. 197, consta despacho do delegado, dando a presença do Defendente, em 23.12.09, **para ser "ouvido em declarações", modo eufêmico de dizer interrogatório.**

Nessas circunstâncias, o Defendente, surpreendido, foi interrogado, sem ser advertido de seus direitos (fls. 211/216), **sobre fatos supostamente ocorridos em 2005 dos quais, por óbvio, não se lembrava.**

Aliás, para que não reste dúvida, a **condição de investigado do Defendente**, omitida no primeiro interrogatório, somente pôde ser oficialmente obtida **mediante certidão da Corregedoria Geral da Polícia Civil**, depois do primeiro interrogatório e em atendimento a requerimento expresso àquela unidade policial (doc. 1), circunstância que o levou a constituir, somente então, advogado (fls. 238).

Tanto o Defendente era investigado que, posteriormente, foi regularmente requisitado para acareação (doc. 2), cujo objeto foi suposto ponto controvertido surgido a partir de seu interrogatório, e que, posteriormente, motivou o ajuizamento, sem justa causa, desta ação penal.

Por tudo isso, no dia designado para a acareação, em 5.3.10, o Defendente protestou pela realização de segundo interrogatório (fls. 297/298), ocasião em que, acompanhado de advogado e já conhecedor das imputações que lhe eram dirigidas, protestou contra as ilegalidades praticadas pela Corregedoria no seu primeiro interrogatório, sem **qualquer objeção ou negação do Dr. Delegado presidente do inquérito**, o mesmo que havia presidido o interrogatório anterior. De se anotar, neste ponto, que tanto o primeiro quanto o segundo interrogatório do Defendente foram acompanhados por Promotores de Justiça, sendo que, **no primeiro, o Dr. Promotor participou ativamente da produção da prova ilícita, fazendo pergunta.**

O fato é que, se é permitida a **participação ativa da acusação** na colheita da prova inquisitorial, no âmbito da Corregedoria da Polícia Civil, há que se facultar igualmente ao investigado que dela também participe, no mínimo se fazendo acompanhar de **advogado constituído que lhe esclareça seus direitos**, dentre os quais o de ficar calado e de que o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, máxime quando o interrogado deve falar sobre fatos ocorridos há cinco anos atrás e disso não sabia quando convocado indevidamente por telefone. Assegurar ao interrogado seus direitos não é gentileza das autoridades, é obrigação legal, ignorada e não cumprida.

A ausência de advogado no primeiro interrogatório, por exemplo, proporcionou ao Promotor de Justiça fazer a seguinte afirmação, em forma dissimulada de pergunta :

> ***"... que, indagado pelo Dr. Faggioni por que não adotou as medidas cabíveis de polícia judiciária, vez que recebeu formalizada a notícia de um crime por parte do Perito Negrini..." (fls. 215).***

Essa afirmação, sobre revelar convicção preestabelecida do promotor, embora equivocada, serve, igualmente, para mostrar que se tratava de verdadeiro interrogatório dissimulado de declarações. Diga-se a propósito que o Promotor, ao fazer a afirmação, a pretexto de perguntar, também deixou de informar o Defendente, tal como havia sido feito pelo Delegado que presidia o ato, que ele tinha direitos, previstos na Constituição e na lei, e que poderia exercitá-los.

Ressalte-se que esse mesmo promotor foi um dos subscritores da denúncia de dezessete folhas, que ora se responde, **oferecida no mesmo dia em que o inquérito lhe foi com vista** (fls. 837/838), com celeridade incomum.

Em síntese: o Defendente foi atraído para o seu primeiro interrogatório a respeito de fatos ocorridos cinco anos atrás, de forma sub-reptícia, sem ser legalmente intimado para o ato, sem saber da sua condição de investigado, da acusação, e sem ser advertido do seu direito ao silêncio e ao advogado. Tais direitos foram totalmente ignorados pelas autoridades, **dentre elas, por incrível que pareça, um Promotor de Justiça, ao qual incumbia exatamente zelar pelo cumprimento da lei (art. 129, da Constituição Federal).**

Essas circunstâncias tornam ilícita a prova colhida no **primeiro interrogatório** do Defendente, em 23.12.09 (fls. 211/216), conforme já decidiu o **E. Supremo Tribunal Federal:**

> ***"... O privilégio contra a auto-incriminação – nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. (hoje superada pela nova redação do artigo 186, não vigente à época do acórdão – observação do Defendente)– importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não". (HC 80.949-9/RJ, Min. Rel. Sepúlveda Pertence – grifou-se).***

E, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal:

> **"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."**

Como também contamina as demais provas produzidas, a partir de então, porque todas elas se destinaram a resolver controvérsia surgida no primeiro interrogatório do Defendente, a evidenciar o nexo de causalidade existente entre elas.

De tal forma que, toda a instrução que se seguiu, está contaminada, nos termos do art. 157, §1º, do CP.

Falta, portanto, justa causa para a ação penal, conforme jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal:**

> ***"A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subseqüente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes (STF. Segunda Turma. HC 93050/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 142, de 31.07.2008).***

Por todo o exposto, roga, com fundamento no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, e no art. 157, do CPP, o desentranhamento das provas ilicitamente colhidas, para que, inexistindo substrato para a imputação deduzida em face do Defendente, seja rejeitada a denúncia.

2. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO.

A presente ação penal foi proposta por Promotores de Justiça sem atribuição legal, o que viola os princípios da **legalidade** e do **promotor natural.**

A Portaria 10.283/2009, do Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça, juntada a fls. 187, dá atribuição aos Promotores do GECEP para, **em conjunto com o Promotor de Justiça Natural, atuarem nos autos do inquérito policial,** procedimento que terminou com o relatório da Autoridade Policial.

Não concede aos Promotores do GECEP atribuição para **oferecer denúncia**, muito menos isoladamente do Promotor de Justiça Natural.

A denúncia subscrita somente por Promotores de Justiça do GECEP, **no mesmo dia em que tiveram vista dos autos** (fls. 837/838), sem atribuição legal para tanto, deve ser rejeitada.

Como bem observa **PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO**, a

> *"garantia da independência do Ministério Público passa, necessariamente, pela exigência de figurar em cada processo específico, o Promotor ou Procurador, investido de atribuição legal para tal finalidade, e somente ele, ressalvadas, obviamente, as exceções legais que permitem a substituição" (O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural, Atribuições e Conflito. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45).*

Segundo referido autor, o princípio do promotor natural pressupõe

> *"que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá oficiar no processo correspondente" de maneira que a "legalidade e a procedência dos atos praticados no processo pelos órgãos do MP e do Poder Judiciário somente ocorrerão na medida em que os mesmo atuarem, respectivamente, nos limites de suas atribuições e competências. Não basta que uma pessoa investida legalmente no cargo de promotor oficie no processo para se ter como legal a intervenção do MP, mas, sim, que o promotor esteja investido legalmente no seu órgão de atuação e que este contenha atribuição específica para aquele processo, fato que determinará a legalidade da intervenção, seja como parte, seja como fiscal da lei" . (Ob. Cit. pág. 48 - Grifou-se).*

Nesse sentido, já decidiu o E. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**:

> *"O princípio do Promotor Natural se constitui em verdadeira garantia do princípio da independência, visto que o membro do Ministério Público tem suas atribuições predeterminadas por lei – que organiza a instituição e determina os campos de atuação de cada órgão – da qual decorre o direito de atuar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.*
>
> *Este princípio é, ainda, uma verdadeira garantia, também, para o cidadão de ter um determinado órgão do Ministério Público atuando com*

atribuição predeterminada em lei nos processos em que reclama a intervenção ou atuação desse." (Primeira Seção, MS 8349/DF, j. 9.6.2004, Rel. Min. Teoria Albino Zavascki – grifou-se).

Não só isso, a observância do princípio do promotor natural é igualmente importante para o Ministério Público e para o cidadão, como forma de concreção do **princípio da impessoalidade da Administração Pública**, previsto no **art. 37, caput, da Constituição**, nas hipóteses postas em Juízo, como o caso em exame.

Não basta ser promotor para representar o Ministério Público; é preciso ter atribuição específica para o exercício da ação que pretende aforar.

A atuação processual do Promotor de Justiça *sem atribuição específica* concedida para que possa representar a Instituição, assemelha-se à atuação processual do advogado *sem procuração*. Em ambos os casos, em se tratando de inicial, impõe-se a sua rejeição.

Em suma, os ilustres Promotores de Justiça do GECEP **não tinham atribuição** para representar o Ministério Público ao propor esta ação penal, que possui Promotor Natural determinado por distribuição (5ª PJCrim – Cargo 88º - fls. 18 – capa do IP), razão pela qual se impõe a rejeição da denúncia.

3. INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA

A denúncia deve descrever de forma clara e específica, sem imprecisões ou alternatividade, o fato criminoso imputado, possibilitando o direito de defesa ao acusado.

No caso em exame, a denúncia acusou o Defendente do crime previsto no artigo 314, do Código Penal, cujo núcleo do tipo contém três verbos com sentidos diferentes: **extraviar, sonegar** ou **inutilizar.**

Porém, a inicial acusatória imputou ao Defendente genericamente as três condutas expressas pelos verbos, sem especificar e descrever no que consistiu cada uma, como se as três condutas pudessem ser realizadas concomitantemente, o que, com a devida vênia, é absurdo porque impossível.

A denúncia, num parágrafo, diz genericamente que MAURÍCIO, Diretor da Academia, **"já determinado a ocultar o ocorrido"**, teria pedido aos componentes da banca que retirassem da petição o requerimento de encaminhamento à

Corregedoria Geral da Polícia Civil, à Ouvidoria ou ao Ministério Público, o que teria sido feito com a supressão do requerimento de encaminhamento em nova folha impressa e assinada pelos integrantes da banca que concordaram com a sugestão e substituíram a folha antiga.

Noutro parágrafo, a denúncia imputa a **MAURÍCIO genericamente** as três condutas de **ocultar, sonegar e extraviar** a petição e os documentos, "*deixando de adotar qualquer providência em relação aos fatos graves dos quais foi cientificado, não os comunicando à Congregação da Academia de Polícia e não os relatando para a Corregedoria da Polícia Civil ou para o Ministério Público*".

Cada verbo - **ocultar, sonegar e extraviar** – exprime **conduta distinta,** mas está lançado na denúncia apenas em sua **forma infinitiva,** sem especificar em qual das condutas concretamente teria incidido o Defendente, nem descrever no que consistiu cada conduta enunciada por verbo diferente.

O Defendente não poderia, num único ato e no mesmo momento, praticar as três condutas mencionadas com um único e mesmo documento. Isso é materialmente impossível e o Defendente, para que possa se defender, tem o direito de saber qual é a conduta que lhe é efetivamente imputada. Portanto, a denúncia, com a devida vênia, é alternativa.

Ressalte-se, pela relevância, que a denúncia de 17 (dezessete) páginas foi oferecida, num inquérito de cinco volumes, no mesmo dia da vista dos autos ao Ministério Público (fls. 837/838), fato incomum. A inépcia da denúncia ofertada nessas condições não pode ser debitada à conta do Defendente, mas, sim, onerar o Autor que está obrigado a oferecer denúncia apta.

Tratando-se de **denúncia alternativa** e, portanto, **inepta,** o Defendente pede sua rejeição, sob pena de nulidade absoluta do processo.

4. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO

Se vencidas as alegações anteriores, o que se põe como exercício de argumentação, há falta de justa causa para a ação.

Ensina **Frederico Marques** que justa causa consiste:

"no conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva. Somente quando há viabilidade da pretensão é que existe condição para constituir-se um processo justo" (Tratado de Direito Processual Penal, pág. 73, Saraiva,).

A base da acusação articulada na denúncia contra Maurício repousa no suposto fato de que ele teria pedido aos integrantes da Comissão de Concurso a retirada de pedido de encaminhamento a órgãos externos da notícia do alegado crime de falsificação de Negrini, com o propósito de ocultar a suposta infração de outras instituições, o que teria sido aceito e feito pelos membros da comissão de concurso, sendo que Maurício, ao depois, teria extraviado a documentação.

Acontece que não há prova da materialidade do suposto delito, pois inexiste nos autos prova de que o Defendente tenha recebido qualquer documento formalizado versando sobre a suposta fraude praticada no concurso.

A cópia da petição de fls. 62/64 não foi protocolizada e inexiste prova de que ela, apresentada por cópia não autenticada, ficou na guarda do Defendente Maurício, ainda que tivesse sido deixada, o que se põe para argumentar, na diretoria da Academia. Diretoria, espaço físico, não se confunde com diretor, pessoa física.

Como se constata, sempre pedindo a máxima vênia, no caso em exame sequer há **prova de materialidade** do delito imputado pela denúncia.

Além disso, devem ser levadas em consideração as circunstâncias do aparecimento de alegada cópia da petição (fl. 62/64) nos autos do inquérito e dos depoimentos a respeito da suposta retirada dela de pedido do seu encaminhamento a órgãos externos.

A cópia não autenticada da petição de fls. 62/64, que não possui valor de documento original (art. 232, par. único, do CPP), datada de 7 de novembro de 2005, foi apresentada aos autos, em 3 de dezembro de 2009, **mais de quatro anos após os supostos fatos**, pela Delegada Rosemary Sinibaldi de Carvalho (fls. 10), **lotada na Corregedoria da Polícia Civil, mesmo órgão no qual foi produzida prova ilícita contra Maurício.** Ao apresentar o documento, Rosemary nada falou sobre a hipotética supressão do suposto pedido de Maurício de exclusão de parte da petição da solicitação de seu encaminhamento a órgãos externos. Quando da acareação com Maurício, o segundo depoimento de Rosemary, ela também nada falou sobre o fato.

Todavia, nessa mesma ocasião, ela afirmou que "*...deseja consignar que se arrepende profundamente de não ter autuado em flagrante o perito OSWALDO NEGRINI pela conduta adotada por ele em relação ao Concurso PC – 1/2005*" (fls. 306), afirmação ignorada, não se sabe o motivo, pelo Ministério Público.

Repita-se, pela importância, que quando do segundo depoimento, Rosemary, apesar de se lembrar até do arrependimento não eficaz, estranhamente nada falou da alegada alteração na petição a pedido de Maurício. Este fato, curiosamente relembrado **somente no terceiro depoimento de Rosemary**, foi oportuno e fundamental para o oferecimento da denúncia, haja vista que o Ministério Público o narra como fundamento da inicial.

Cumpre notar que o suposto fato de alteração do documento para ocultar o hipotético ilícito praticado por Negrini, **base da acusação contra Maurício na denúncia**, somente veio à lembrança de Rosemary depois **dela ter admitido, no depoimento anterior, que se arrependia de não ter prendido em flagrante o perito NEGRINI.**

Por isso que a repentina lembrança de fato relevante, até então esquecido, **base da narrativa da denúncia no suposto crime atribuído a Maurício,** deve ser recebida com a necessária reserva, assim como a imparcialidade da testemunha.

Aliás, o terceiro depoimento de Rosemary curiosamente reavivou também a memória dos demais integrantes da banca, **igual e somente no terceiro depoimento,** quando chamados pelo presidente do inquérito e questionados sobre a súbita lembrança de Rosemary, que fora até então esquecida por todos. A capitulação do inquérito policial, como se pode notar da leitura da capa do 1° volume, era corrupção, falsidade ideológica e formação de quadrilha (fraude em concurso).

Releva notar que o Ministério Público ignorou total e igualmente, a conduta dos demais membros da banca em retirar os supostos dizeres de envio da documentação a órgãos externos, *in verbis*: *"com a concordância de todos os integrantes da banca ali presentes"* (fls. 725, 734,737, 742 e 746), o que, em tese, caracterizaria participação consentida de integrantes da banca para a suposta ocultação.

O Ministério Público não abordou a questão na denúncia nem na manifestação de oferecimento da inicial. Esse fato é tecnicamente estranho, dados os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública

incondicionada, que obriga o Ministério Público, pelo menos, a esclarecer ao Juízo por que denunciou apenas um e excluiu outros da acusação de hipotética colaboração na ocultação da suposta fraude no concurso. Esse silêncio processual ministerial permite, sempre pedindo a devida vênia, supor que o Ministério Público olvidou princípios aos quais está vinculado por força de lei. Ou, o que é pior ainda, que o Ministério Público não está convencido de que houve, de fato, o suposto delito.

Fique bem claro que não se está aqui acusando, sequer em tese e quem quer que seja do crime de ocultação. Aliás, a prática do crime é exaustivamente negada nesta peça. E os argumentos deduzidos para a negativa do crime aproveitam tanto a Maurício como aos integrantes da banca. Enfim, o que o Defendente afirma é que não houve crime. E, inexistindo crime, não há falar em autor, coautor ou partícipe.

Está-se, apenas, levantando questão processual ao Juízo, no momento em que este verificará as condições de admissibilidade da denúncia, dentre elas os pressupostos processuais e as condições da ação. E a cautela judicial, no exame da admissibilidade da inicial acusatória, neste caso, deve aumentar, tendo em vista que a **denúncia de 17 folhas** foi oferecida **no mesmo dia** em que o Ministério Público teve **vista do complexo inquérito de cinco volumes**, o que, repita-se, não é comum (fls. 837/838).

O tempo, senhor da razão, certamente explicará a pressa ministerial em denunciar – e mal - o Defendente Maurício.

Nessas circunstâncias, embora sem qualquer prova da materialidade de crime, é que apareceu, de última hora e de forma estranha, nos autos a notícia do suposta alteração do documento, feita com a finalidade de ocultar a suposta fraude no concurso, notícia esta utilizada pela denúncia como base de sua narrativa.

Pondere-se que, além da inexistência de prova da materialidade, a ausência de justa causa decorre também da atipia da conduta.

Diz o artigo 314, do Código Penal:

> *"Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente"(gifrou-se).*

O verbo guardar, do qual deriva o substantivo guarda (ato ou efeito de guardar), significa "*conservar em poder próprio, manter*" (Novo Dicionário Aurélio, 2ª edição, pág. 874).

A guarda, portanto, pressupõe necessariamente a prévia posse do documento, pois não se pode manter o que não se tem.

Importa ressaltar que a denúncia – e é da descrição dela, que delimita o contorno da imputação, que o acusado se defende – acusa o Defendente de **ocultar, sonegar ou extraviar** documento determinado, qual seja, a petição que supostamente continha, inicialmente, pedido de encaminhamento à Corregedoria Geral da Polícia Civil, à Ouvidoria ou Ministério Público, e que teria sido alterada a pedido do Defendente, com a concordância dos subscritores, quanto ao seu encaminhamento a órgãos externos.

Desse documento específico, ao qual se juntariam outros não modificados, cuida a inicial acusatória.

Daí porque é mister saber se, nos autos, há comprovação de que esta documentação ficou na posse e, portanto, na **guarda** do Defendente, haja vista que o **sujeito ativo** do artigo 314, do Código Penal, é "*só funcionário que tem a guarda do livro oficial ou documento, em razão do cargo (ratione officit). Ninguém a não ser ele poderá ser sujeito ativo do delito*" (**Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr.**, ob. Cit. Pág. 75 – grifou-se).

No mesmo sentido, a lição de **Sylvio do Amaral** e de **Ovídio Rocha Barros Sandoval**, relativamente ao artigo 314 ("extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento"):

> ***"Visa a lei proteger a regularidade da administração, punindo o funcionário que <u>oculta o documento de que tem a guarda</u> e viola, desse modo, o dever do seu cargo. O dolo do agente não vai além da consciência de infringir a obrigação funcional e da vontade de praticar a infração contra a boa ordem da administração pública. Se outros, mais especificados, foram os propósitos de funcionário, diverso será o crime praticado." (Falsidade Documental, pág. 203/204 – grifou-se).***

E, nos autos, não há prova alguma de que o Defendente **MAURÍCIO** teve a guarda do documento.

Maurício nunca admitiu ter ficado com a petição e/ou documentos em seu poder, muito menos que solicitou qualquer alteração no conteúdo do documento.

Tanto que nem mesmo a denúncia afirma expressamente que Maurício tinha a **guarda** do documento, tal como exigida pela lei penal, uma vez que disso não há prova nos autos.

No inquérito, falou-se que o documento ficou na diretoria, sem ser protocolizado, e não com o diretor da Academia de Polícia. Não há confundir **Gabinete do Diretor com o Diretor da Academia**, este, sim, pessoa física e, como tal, o único que pode ser sujeito ativo do tipo penal. Tanto mais porque, no gabinete do Diretor, não trabalhava exclusivamente o Defendente.

Donde concluir que não havendo prova mínima de que **MAURÍCIO** teve a **guarda** do documento, o fato que lhe foi imputado na denúncia é atípico.

Demais disso, no caso em exame, se Maurício **já teria o propósito determinado de ocultar o documento**, conforme narrou a denúncia, para ele não faria diferença se esse mesmo documento fosse alterado, ou não, haja vista que o documento jamais apareceria. Então, para Maurício, não haveria diferença em ocultar o documento com ou sem alteração. É mais um *non sense* , a mostrar o caráter teratológico da imputação.

Para a constatação do alegado basta mera leitura dos autos, sem necessidade de qualquer incursão mais profunda na prova, pela ausência de controvérsia. Não se trata de discussão de prova, mas, sim, de constatação de prova.

Neste ponto, vale invocar a lição do saudoso Ministro Orozimbo Nonato, do Supremo Tribunal Federal, e relator do HC 32.303, no sentido de que há falta de justa causa quando a versão acusatória constitui ***"pura criação mental da acusação"*** (Rev. Forense, 150/393).

Não é viável, pois, a pretensão punitiva deduzida na denúncia.

Com todo o respeito, é de se lembrar as palavras do ilustre **Min. Luiz Vicente Cernicchiaro:**

> *"Não é possível considerar a denúncia como ótima oportunidade para a pessoa demonstrar inocência." (Trecho reproduzido do acórdão do HC nº 70.763-7 DF, do STF).*

Ora, inexistindo qualquer base probatória da materialidade do crime e de que Mauricio teve **a guarda** do documento, a pretensão punitiva decorrente de acusação de prática do disposto no artigo 314, do Código Penal, é inviável e enseja a rejeição da denúncia, que ora se requer, pela ausência de justa causa.

5. NECESSIDADE DA CORRETA CLASSIFICAÇÃO, PELO JUÍZO, DO CRIME, EM TESE, NARRADO, PELO ACUSADOR E CONSEQUENTE RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO

Caso não acolhida a rejeição, pela ilicitude da prova, pela inépcia formal da denúncia, pela falta de atribuição dos Promotores de Justiça denunciantes ou pela ausência de justa causa para a ação penal, o que se põe apenas por hipótese, a inicial acusatória descreve fato que não constitui o crime a que se refere em relação ao Denunciado, mas, sim, outro delito, **já alcançado pela prescrição**, o que enseja a rejeição da inicial.

Ainda que se aceite, em tese e apenas para argumentar, a narrativa da denúncia, em todos os seus termos, tal como ofertada, sem qualquer discussão ou exame de prova, constata-se que a inicial acusatória imputou ao Defendente **o crime de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento público**, previsto no artigo 314, do Código

Penal, mas narra, embora de modo formalmente defeituoso, o **crime condescendência criminosa**, capitulado no artigo 320, do mesmo código.

Para poupar o ilustre e culto Magistrado de nova leitura da denúncia, toma-se a liberdade de transcrever, com as mesmas letras, o que ela, em essência, diz a respeito do Defendente **MAURÍCIO** para lhe imputar a infração ao artigo 314, do Código Penal:

> *"À época dos fatos era Diretor da Academia de Polícia e Presidente da Congregação o Delegado de Polícia Mauricio José Lemos Freire.*
>
> *Os integrantes da comissão de concurso Antonio Vitório Cecere, Conrado Pires, Virgínia Lúcia Camargo Nardy Telles, Paulo Sergio do Amaral, Claudemir Costa Santos e Rosemary Sinibaldi de Carvalho, de posse da petição, instruída com os documentos fotocopiados a fls. 22-64, foram pessoalmente até o Diretor da Academia de Polícia e Presidente da Congregação, o Delegado de Polícia Mauricio José Lemos Freire, a ele entregando a petição, instruída com os documentos probatórios da fraude praticada por Negrini.*
>
> *Já determinado a ocultar o ocorrido, Diretor da Academia de Polícia e Presidente da Congregação, o Delegado de Polícia Maurício José Lemos Freire solicitou aos componentes da banca que não encaminhassem cópia da petição para a Corregedoria Geral da Polícia Civil, para a Ouvidoria ou para o Ministério Público, retirando da petição a menção de que o fariam.*
>
> *Ato contínuo, recebendo a petição e os elementos de prova a ele pessoalmente entregues por aqueles membros da comissão de concurso, violando o dever de fidelidade que mantinha para com a administração, dever este de primeira ordem dado o cargo de Delegado de Polícia que exercia, Mauricio José Lemos Freire ocultou, sonegou e extraviou a petição e os documentos, deixando de adotar qualquer providência em relação aos fatos graves dos quais foi cientificado, não os comunicando à Congregação da Academia de Polícia e não os relatando para a Corregedoria da Polícia Civil ou para o Ministério Público". (fls. 12/14 -grifou-se).*

Da narrativa transcrita, extrai-se que o Defendente **MAURÍCIO**, Diretor da Academia de Polícia Civil e Presidente da Congregação da Academia, **com o propósito predeterminado de ocultar suposta fraude**, ocorrida durante a fase da prova preambular e supostamente **praticada pelo perito NEGRINI**, Presidente da Banca de Concurso de Perito de 2005, hipoteticamente ocultou, sonegou e extraviou petição e documentos que lhes foram entregues pelos demais integrantes da banca, **deixando de**

adotar qualquer providência, por si ou por terceiros, em relação aos fatos graves dos quais teria sido cientificado. É, em suma, o que está narrado na denúncia.

As supostas providências não adotadas por Maurício, pela alegada **ocultação ou extravio dos documentos**, teriam como **finalidade** favorecer o codenunciado **NEGRINI, que deixaria de ser responsabilizado pela suposta fraude, haja vista que a denúncia não imputa a MAURÍCIO qualquer participação na hipotética ação fraudulenta.**

NEGRINI, como professor e presidente de Banca na Academia de Polícia, era subordinado de **MAURÍCIO** naquela escola superior, tanto que a denúncia imputa a **MAURÍCIO** o fato de não ter tomado providências contra a infração do subordinado.

Nesse contexto descritivo da inicial acusatória, para não responsabilizar **NEGRINI** da suposta fraude, **MAURÍCIO** teria necessariamente de ocultar o documento. Logo, a suposta ocultação ou extravio do documento foi o **meio executivo** utilizado por **MAURÍCIO** para **deixar de responsabilizar, por si ou por terceiros, NEGRINI**, resultado final pretendido.

Como acima se vê, a denúncia narra o crime de condescendência criminosa, definido pelo artigo 320, do Código Penal, para a qual o crime de ocultação de documento teria sido antefato necessário.

Assim, o **fato antecedente**, suposta ocultação de documento, foi cometido, segundo a denúncia, como meio utilizado por **MAURÍCIO** para a consecução do **fato posterior** de deixar de responsabilizar o subordinado **NEGRINI**. E teriam sido cometidos **pelo mesmo motivo e para um único resultado penal final**, caracterizando, em tese, **o crime de condescendência criminosa capitulado no artigo 320, do Código Penal, já prescrito em abstrato, e não crime autônomo de ocultação de documento, constante do artigo 314, do mesmo código, como classificou a denúncia.**

E não há falar em concurso de crimes.

Isso porque a suposta ocultação do documento, como meio executivo da condescendência criminosa, foi **antefato não punível** e não crime autônomo de ocultação de documento, tendo em vista o princípio da **consunção** no direito penal que dirime o concurso aparente de normas penais.

A respeito do princípio da consunção vale transcrever a lição de **OSCAR STEVENSON**, no ponto em que fala sobre o antefato e o pós-fato não punível, no seu memorável artigo "**Concurso Aparente de Normas Penais**", *in verbis*:

> *"Trata-se do fato ou fatos anteriores ou posteriores à execução de determinado delito, mas previstos como infrações por outra norma, as quais o agente perpetra em virtude da mesma e única qualidade.*
>
> *A norma ou normas que os inscrevem como delito deixa de apreciar-se, dada a prevalência da norma consuntiva.*
>
> *Torna-se, pois, impunível, ou melhor, um indiferente penal o ante ou o pós-fato."*

Acrescentando que "*esse fato se liga intimamente ao procedimento ulterior, como meio indispensável, exigido pelo mesmo fim. Tanto o fato antecedente como o principal são cometidos na dependência de motivo e para um único resultado final*" (*Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, págs. 42/43).

O princípio da consunção é expressamente admitido pelo do E. **Superior Tribunal de Justiça**, por suas duas Turmas que tratam de direito penal.

Pela Quinta Turma, num caso em que houve a **consunção do falso pelo crime previsto no artigo 282, do Código Penal** (exercício ilegal da medicina), declarando que "*a falsificação de documentos públicos (diploma de conclusão do curso superior de medicina) visando ao exercício ilegal da profissão de médico, consubstanciado no requerimento de exames clínicos, prescrição de medicamentos e de realização de plantões médicos em hospital,* ***constitui crime-meio, que deve ser absorvido pelo crime-fim, pois a falsificação em questão se exauriu no exercício ilegal da medicina,*** *sem mais potencialidade lesiva*" (HC 138221/RS, Quinta Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ , julg. Em 29/09/2009 – grifou-se).

E, pela Sexta Turma, noutro caso em que "*...o mesmo agente pratica os crimes de falsificação e de uso de documento falso, responde apenas por um crime,* ***tendo os crimes contra a fé pública se prestado apenas para lastrear o crime***

fim, de estelionato, restam por este absorvidos" (STJ, HC 146521, Sexta Turma, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julg. em 15/04/2010 – grifou-se).

Lembre-se, também, da **SÚMULA 17**, do **Superior Tribunal de Justiça** com o seguinte enunciado:

> " Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido."

E, torne-se a dizer, pela importância, o princípio da consunção aplica-se ao caso em exame, em que a denúncia descreve o suposto crime de ocultação ou extravio de documento como **crime-meio** para a prática do suposto **crime-fim** de condescendência criminosa, restando por este absorvido.

Antonio Pagliaro e **Paulo José da Costa Jr.** ensinam, sobre o crime de **condescendência criminosa**, que a sua objetividade jurídica

> ***"...é tutelar o bom andamento da Administração Pública, pois o funcionário hierarquicamente superior não pode tolerar os abusos dos seus subordinados, ainda que movido pela indulgência...",***

ressaltando que o seu **sujeito ativo**

> ***"é o funcionário hierarquicamente superior ao funcionário que cometeu a infração a seus deveres. Não é necessário que tenha ele competência para responsabilizar seu dependente, bastando ter a possibilidade de denunciar o fato à autoridade competente." (Dos Crimes Contra a Administração Pública, Malheiros Editores, 2ª Edição, pág. 147 - grifou-se).***

Os mesmos autores, discorrendo sobre o crime de prevaricação, afirmam que

> ***"não se deve excluir a possibilidade de a omissão do ato ser efetuada pelo funcionário, colocando-se ele na impossibilidade material de executar o ato devido. <u>Por exemplo, destruindo os documentos que lhe permitiriam executar o ato</u>" (Ob. cit., pág.137-grifou-se).***

Essa lição sobre a prevaricação, em que a destruição de documento é meio para este crime, aplica-se, por óbvio e também, para o crime de condescendência criminosa, pois onde há a mesma razão de ser, há a mesma razão jurídica. No caso, sem a suposta destruição ou ocultação dos documentos (crime-meio), não seria possível, repita-se, **MAURÍCIO** deixar de responsabilizar, em tese, por si ou por terceiros, o perito **NEGRINI** (crime-fim).

Nem se alegue que o crime do artigo 314, do Código Penal, em razão da cláusula "*se o fato não constitui crime mais grave*", impediria que a ocultação de documento fosse meio executivo de condescendência criminosa (art. 320), delito menos grave e com penas menores, já prescritas, pois:

> *"...a mencionada cláusula só tem uma razão de ser: estabelecer que, quando o fato definido como crime é elemento constitutivo de outro crime, o agente responde somente por este, e não pelos dois, em concurso, como poderia ser entendido, se a ressalva não figurasse na lei" (Sylvio do Amaral e Ovídio Rocha Barros Sandoval, Falsidade Documental, pág. 204).*

A hipótese descrita em tese na denúncia, por qualquer ângulo que se examine, é de condescendência criminosa (art. 320, do CP) e não de ocultação ou extravio de documento (art. 314, do CP), como classificado na denúncia.

É cediço que o Poder Judiciário pode examinar a classificação jurídica dos fatos dada pela denúncia.

A esse respeito, vem preciosa e didática lição do E. **Supremo Tribunal Federal:**

> ***"...II - Rejeição vestibular da denúncia, à falta de justa causa. A regra segundo a qual a denúncia pode ser liminarmente rejeitada se o fato narrado não constituir crime há de ser lida como significando que o juiz pode rejeitar a denúncia, se o fato narrado evidentemente não constitui o crime a que se refere o acusador. Habeas Corpus concedido, para restabelecer a decisão do juiz de primeiro grau, que rejeitou a denúncia.***
>
> ***Entender que só a absoluta atipicidade do fato narrado autoriza a rejeição vestibular da denúncia, seria afirmar que o juiz está obrigado a recebê-la <u>mesmo quando o promotor descreve um adultério e acusa o réu de homicídio, ou historia uma receptação culposa e capitula como</u>***

<u>incêndio doloso. Há um justo limite para a prerrogativa acusatória de divorciar a capitulação inicial da narrativa que pretende servir-lhe de base</u>" (Min. Francisco Rezek - HC nº 68.966-RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 146/579 – grifou-se).

Os fatos, tais como descritos na denúncia, não constituem o crime de ocultação de documento a que se refere o acusador, mas, sim e em tese, o crime de condescendência criminosa, já prescrito, em abstrato, antes mesmo do oferecimento da denúncia.

O crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320, do Código Penal, é apenado com detenção de 15 (quinze dias) a um mês, ou multa.

Considerando que o suposto fato imputado **teria ocorrido em 7 de novembro de 2005**, ultrapassando o prazo prescricional de dois anos (art. 109, VI, do CP), ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, motivo pelo qual o Defendente **MAURÍCIO** roga seja decretada extinta sua punibilidade, com base no artigo 107, IV, do Código Penal, rejeitando-se, em consequência, a **denúncia**, pela ocorrência da prescrição.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num passado não distante, altas autoridades da República instituíram o método de vazar notícia para a imprensa e, ao depois, com base na notícia vazada e publicada na imprensa, instaurar investigação. O método terminou descoberto e as autoridades foram punidas. Trata-se de fato amplamente divulgado e como decorrência da traumática experiência anterior o exame judicial de investigações iniciadas por denúncias anônimas merecem extrema cautela.

O Defendente Maurício José Lemos Freire é Delegado de Polícia de Classe Especial. Ingressou na carreira, em 1982, tendo galgado todos os cargos da carreira, até o seu topo.

Foi Delegado Geral de Polícia, cargo máximo de sua Instituição, demonstrando o reconhecimento do seu sucesso profissional.

Foi Presidente do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil do Brasil, o que mostra seu prestígio nacional.

É o único policial não americano credenciado como Instrutor de SWAT do Departamento de Polícia de Miami – MPD, revelando seu prestígio internacional.

Possui invejável *Curriculum Vitae*, com imensa folha de serviços prestados à Polícia Civil de São Paulo; inúmeros cursos, no Brasil e no exterior; e numerosos títulos e condecorações (doc. 3).

Durante quase trinta anos de polícia, nunca teve qualquer punição administrativa ou judicial (Doc. 2).

Como diz o eminente Ministro **Gilmar Mendes**, ao trancar ação penal, *"não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso"* (Supremo Tribunal Federal, trecho da ementa do HC 84.409, DJ de 19/08/05).

Não é demais repetir que o só sujeitamento de pessoa idônea, como o Defendente, às malhas do inquérito policial e, agora, da denúncia oferecida é, por si só, grave punição imerecida, já sofrida.

Tanto mais quando se considera que a Corregedoria da Polícia Civil, como já narrado anteriormente, não hesitou em produzir prova ilícita contra ele (Item I, supra).

Não é razoável, dada a máxima vênia, que o Defendente aguarde até o final da ação penal, para que só então venha a ser reconhecida sua inocência, tanto que o artigo art. 516, do Código de Processo Penal, permite ao Juiz rejeitar a denúncia, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.

Ressalte-se que, ainda que se admita a hipótese do artigo 314, do Código Penal, na improvável possibilidade de condenação, o que se põe como

mero argumento, seria necessário que o Magistrado aplicasse ao Defendente mais que o dobro da pena mínima de 1 (um) ano para afastar a prescrição.

Quanto ao artigo 320, do Código Penal, como acima demonstrado, já ocorreu prescrição em abstrato, tudo num procedimento em que falta justa causa para a ação penal..

A rejeição da denúncia fará justiça e restabelecerá também a normalidade da vida desse bom cidadão e Delegado, seriamente abalada, pessoal e profissionalmente, pela ação proposta.

É preciso sempre ter em conta que a injustiça para um é perigo para todos.

Por todo o exposto, o Defendente, confiante no elevado senso de justiça de V.Exa., **requer o desentranhamento da prova ilícita produzida e a posterior rejeição da denúncia ou improcedência da ação proposta, pelos vários fundamentos deduzidos nesta resposta**, nos termos do artigo 516, do CPP, como medida da mais lídima JUSTIÇA.

São Paulo, 2 de Agosto de 2010.

Ronaldo Augusto Bretas Marzagão
OAB/SP 123.723

Rodrigo Otávio Bretas Marzagão
OAB/SP 185.070

Luis Felipe Bretas Marzagão
OAB/SP 207.169

Avenida Brasil, 173 – Jardim América – CEP 01431-000 – Pabx (11) 3887-1375 – São Paulo, SP – e-mail: rodrigo@rbsm.adv.br
Rua Conde Afonso Celso, 1313 – Sumaré – CEP 14025-040 – Pabx (16) 3623-0889 – Ribeirão Preto, SP – e-mail: ovidiojr@rbsm.adv.br