

Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE INFRACIONAL

HABEAS CORPUS Nº 0004164-76.2018.8.19.0000

IMPETRANTE: TADEU ANTÔNIO VALVERDE – DP

PACIENTES: F.A.S. E OUTRAS

AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA CAPITAL

RELATORIA: DES. LUIZ N. DANTAS

Parecer Ministerial em ação de *Habeas Corpus*. Ato infracional análogo à conduta do artigo 354 do Código Penal. Pretensão defensiva ao trancamento do processo por atipicidade. Pertinência do *writ*. Figura delitiva com previsão de crime próprio, cuja prática está adstrita a quem ostente a condição jurídica de preso. Hipótese que não contempla adolescente. Ilegalidade pela submissão de adolescente à ação socioeducativa pelo crime do artigo 354 do CP. Parecer pela concessão da ordem.

PARECER

AÇÃO DE *HABEAS CORPUS*. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS ARTIGOS 140, 147, 129, *CAPUT*, 331 E 354, TODOS DO CP. BUSCA DEFENSIVA QUE SE PRENDE À ATIPICIDADE DA CONDUTA DAS ADOLESCENTES FRENTE AO TIPO PENAL DO ARTIGO 354 DO CP. CABIMENTO DO TRANCAMENTO DO FEITO. ADOLESCENTES INTERNADAS EM UNIDADE DO DEGASE. PERTURBAÇÃO DA ORDEM. INOCORRÊNCIA DE CONDUTA QUE SE AMOLDE AO CRIME DO ARTIGO 354 DO CP. TIPO PENAL QUE EXIGE QUALIDADE OU CONDIÇÃO ESPECIAL DO SUJEITO ATIVO, QUAL SEJA, A CONDIÇÃO JURÍDICA DE “PRESO”, QUANDO, EM VERDADE, NEM OS ADOLESCENTES OSTENTAM A CONDIÇÃO DE “PRESOS” NEM MESMO SÃO RECOLHIDOS A ESTABELECIMENTOS QUE SE CLASSIFIQUEM COMO “PRISÕES”, O QUE JÁ DE PLANO AFASTA CABALMENTE A POSSIBILIDADE DE SE APONTAR A SIMILITUDE DA CONDUTA QUE AS PACIENTES LEVARAM A EFEITO PARA COM AQUELA DEFINIDA NO ARTIGO 354 DO CP. EVIDENTE HIPÓTESE DE ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*, CONFIGURANDO OFENSA AO

PRINCÍPIO DA LEGALDADE ESTRITA (CP, ARTIGO 1º). PARECER PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, TORNANDO DEFINITIVOS OS EFEITOS DA LIMINAR PARA TRANCAR O PROCESSO QUANTO AO CRIME DO ARTIGO 354 DO CP, SEGUINDO, TODAVIA, EM SEUS ULTERIORES TERMOS QUANTO ÀS DEMAIS INFRAÇÕES PENAIS.

Egrégia Câmara,

Trata-se de ação de *habeas corpus*, aqui manejada pelo defensor público Tadeu Antônio Valverde, em favor da adolescente F.A.S. e de outras, ao argumento de que as pacientes estariam experimentando constrangimento ilegal por obra do juízo da Infância e da Juventude da Capital, mais precisamente porque teriam sido indevidamente internadas e sujeitas à provisória internação, em razão da suposta prática de atos infracionais análogos às figuras dos artigos 140, 147, 129, *caput*, 331 e 354, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

O pedido, pois, liminarmente, é no sentido da imediata desinternação das pacientes e do sobrestamento do feito (interrupção provisória) quanto ao crime do artigo 354 do CP para, no mérito, se tornarem definitivas tais medidas, procedendo-se ao “trancamento” do processo quanto à representação pelo fato descrito como análogo ao crime do artigo 354 do CP.

Dispensadas as informações, adveio decisão concessiva de liminar, tal como pleiteada na peça inaugural (023).

É o relatório. Passo a opinar.

A hipótese, a meu sentir, é de concessão da ordem.

Primeiramente, cabe esclarecer que as pacientes são adolescentes em conflito com a lei, é dizer, jovens que, por motivos que não cabe aqui revisitar, se encontravam em determinada Unidade do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE), sendo certo que, neste contexto, teriam se reunido para protestar contra a administração daquela unidade, daí advindo a prática de fatos, segundo a representação, análogos às infrações penais descritas nos artigos 140, 147, 129, *caput*, 331 e 354, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

De fato, o *Parquet* estadual entendeu que, entre outras práticas, as pacientes teriam “se amotinado, perturbando a ordem ou a disciplina do local onde se encontravam internadas”, em quadro de analogia à figura do artigo 354 do CP.

Aqui, todavia, reside exatamente a minha discordância para com o entendimento esposado pela combativa Promotora de Justiça, subscritora da representação.

Como é sabido, a prática de ato infracional, considerando-se, segundo redação do artigo 103 da Lei nº 8.069/90, a conduta descrita como crime ou contravenção penal, sujeita os adolescentes às medidas previstas no artigo 112 da Lei nº 8.069/90, variando tal consequência desde uma simples admoestação à internação.

Contudo, à evidência que a imposição de qualquer das medidas do referido artigo 112, porque dotadas de uma forte dose de violência estatal, ainda que, muitas vezes, necessária, certamente não prescinde de um juízo sobre a adequação típica da conduta levada a efeito pelo adolescente, pena de ofensa a um dos postulados básicos do estado democrático de direito, é dizer, o princípio da legalidade estrita (CP, art. 1º).

No caso *sub examine*, apontam-se as adolescentes autoras da infração penal do artigo 354 do CP, que confere relevância penal à conduta de “amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão”.

Trata o tipo penal em comento de espécie de crime próprio, “que só pode ser realizado por ‘presos’, não se excluindo a participação de terceiros, estranhos ao cumprimento da pena.”¹ (Grifo no original)

Ao comentar a tipologia do artigo 354 do CP, leciona Bitencourt, com apoio em Magalhães Noronha, que “sujeitos ativos somente podem ser pessoas presas (crime próprio), sendo indispensável a pluralidade de sujeitos ativos, configurando crime de *concurso necessário*.”²

Como se vê, o tipo penal em comento exige qualidade ou condição especial do sujeito ativo, qual seja, a condição jurídica de “preso”, quando, em verdade, nem os adolescentes ostentam a condição de “presos” nem mesmo são recolhidos a estabelecimentos que se classifiquem como “prisões”, o que já de plano afasta cabalmente a possibilidade de se apontar a similitude da conduta que as pacientes levaram a efeito para com aquela definida no artigo 354 do CP.

Com efeito, tendo equiparado as pacientes a quem ostenta a condição de “preso”, a imputação se deu em evidente e descabida analogia *in malam partem*, sabidamente proscriita no ordenamento jurídico brasileiro, tendo o já citado professor Damásio de Jesus advertido que: “A aplicação do procedimento analógico no Direito Penal é objeto de tratamento particular. Encontra-se proibida em relação às normas penais em sentido estrito, quais sejam, as que definem infrações e cominam penas (as denominadas normas penais incriminadoras). Não pode a analogia criar figura delitiva não prevista expressamente ou pena que o legislador não haja determinado. Contra ela vige a regra de reserva legal em relação aos preceitos primário e secundário das normas definidoras de condutas puníveis.”³

O tipo do artigo 354 do CP é destinado exclusivamente a “presos”, daí se excluindo a possibilidade de se dizerem os adolescentes autores de ato infracional análogo⁴.

Portanto, parece-me prenhe de razões o impetrante, que busca o trancamento do processo quanto à suposta prática de ato infracional análogo à figura do artigo 354 do CP.

¹ DE JESUS, Damásio Evangelista. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 19ª edição, 2009, p.1116.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 5. São Paulo: Ed. Saraiva, 6ª edição, revista e ampliada, 2012, p.428.

³ DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Ed. Saraiva, 31ª edição, 2010, p.96/97.

⁴ Também está excluído do alcance da norma, pela mesma lógica, quem cumpre medida de segurança.

Nestas condições, o parecer desta Procuradoria de Justiça é pela concessão da ordem, é dizer, pelo trancamento do processo relativo à ação socioeducativa pela prática de fato análogo à conduta descrita no artigo 354 do CP, com todos os seus consectários lógicos, seguindo o feito, quanto aos demais atos infracionais, os seus ulteriores termos.

Rio de Janeiro, 18 de março de 2018.

DENNIS ACETI B. FERREIRA

Procurador de Justiça