

Processual Penal — Apelo contra a vontade do réu — Prevalência da manifestação da defesa técnica sobre o desejo do acusado de não recorrer da sentença condenatória — Preliminar de conhecimento do recurso que se argúi para exame do mérito da imputação. Corrupção ativa (art. 333, CP) — Réu detido pela polícia sem flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Réu levado arbitrariamente ao Distrito, quando, então, teria ofertado dinheiro à autoridade para relaxamento da prisão. Crime inconfigurado por falta dos elementos integrantes do tipo. Reforma da sentença que se recomenda para ser o réu absolvido do crime capitulado na denúncia.

Tribunal de Justiça
Quarta Câmara Criminal
Apelação Criminal n° 99.050.00421

Apelante: *Eduardo Cardoso da Silva*
Apelado: *Ministério Público de 1° Grau*

I — *Processo Penal — Constitucional — Apelação contra a vontade do réu — Prevalência da vontade do defensor técnico — Inteligência do art. 261 do CPP e artigo 5°, LV, da CF de 1988 — Recurso que deve ser recepcionado para exame do mérito. Crime praticado por particular contra a Administração em geral — Corrupção ativa (artigo 333 do CP) — Oferecimento de vantagem para obstar ação ilegal de funcionário público — Inexistência do delito — Réu que não foi preso em flagrante pela prática de crime e nem por ordem escrita da autoridade competente — Inteligência dos artigos 290 e 302, I a IV, do Código de Processo Penal e artigo 5°, incisos LIV e LXI da CF de 1988. Acusado que, intimado do *decisum* condenatório, manifesta desejo de não recorrer. Interposição de apelação, entretanto, pela Defensoria Pública do Juízo. Prevalência do interesse do defensor técnico sobre a vontade do acusado leigo em Direito. Recepção do recurso que se recomenda em homenagem à jurisprudência consolidada de nossos Pretórios. STJ: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, 42/ 88-90; STF: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 103/1046, 115/157, 156/1074; JSTF, *Lex*, 193/315-6; *Revista dos Tribunais*, 702/361. Preliminar que se argúi no sentido de se conhecer da apelação para julgamento do mérito como de Direito. 02. Crime de corrupção ativa, artigo 333, CP. Acusado que foi detido pela polícia na Favela do Vidi-*

gal, em São Conrado, sem estar em flagrante delito e sem que portassem os agentes da autoridade pública ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Eventual oferta de dinheiro aos policiais para que fosse relaxada a prisão ilegal desvestida de *tipicidade* porque tendente a obstar ato arbitrário da polícia. Na exata dicção do Tribunal de Justiça de S. Paulo, "*Fica descaracterizado o crime de corrupção ativa se o pagamento efetuado a funcionário público o foi posteriormente à prática de ato de ofício.*" (HC 133.874-3/4, 6ª CC, 11.11.1992, Rel. Des. Alvaro Cury, in *Rev. dos T.*, 699/299). E do mesmo Eg. Pretório: "*Não é crime de corrupção ativa a entrega ou oferta de vantagem a funcionário, quando a ação deste constitui ilegalidade ou abuso de poder.*" (HC118.503, Sessão das Câmaras Conjuntas Criminais, 26.12.1972, Rel. Des. **Carvalho Filho**, *R. dos T.*, 449/362). No mesmo sentido, *R. dos T.*, 385/73, 443/419, 454/354, 467/311, 468/309, 513/380, 534/343, 536/305, 605/301; TJRJ: *R. dos T.*, 522/430, etc. Apelo defensivo que deve ser acolhido para os fins a que se propõe de im procedência da ação penal.

II — Parecer da Procuradoria de Justiça voltado, preliminarmente, para o *conhecimento* do recurso de apelação e, no mérito, por seu *provimento* para ser o réu absolvido da imputação na forma do artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

PARECER

Egrégia Câmara:

01. *Eduardo Cardoso da Silva* foi condenado perante o Juízo de Direito da 19ª Vara Criminal da Comarca da Capital às penas de 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa no valor mínimo legal pela violação do artigo 333, do Código Penal, cumprimento da sanção prisional em *regime semi-aberto*, consoante sentença proferida pelo eminente e culto magistrado dr. *Marcus Costa Ferreira* (fls. 64/69).

Intimado pessoalmente o réu proclamou a concordância com o juízo de reprovação (fl. 72), mas a Defensoria Pública interpôs, no prazo legal, recurso de apelação (v. fl. 74), recebida pelo dr. Juiz *a quo* (v. fl. 75). Em razões recursais, então, a nobre e culta Defensora Pública sustenta a inconfirmação do delito de corrupção ativa face à ilegalidade na prisão do réu o

que tornou atípica sua conduta de acordo com precedentes jurisprudenciais que aponta. Refere ser precária a prova colhida no processo porque assentada em depoimentos de policiais; requer alternativamente a redução da pena para o mínimo legal cominado ao tipo, com *regime aberto* para o cumprimento da pena corporal com a aplicação ao réu de *sursis* por estarem previstos os requisitos contidos no artigo 77 do Código Penal (fls. 77/84).

O dr. Promotor de Justiça, em resposta, opinou no sentido do *provisamento parcial* do apelo para ser devidamente adequada a pena reclusiva ao mínimo legal previsto pelo tipo de que se trata (fls. 87/89).

02. Preliminarmente, há que examinar o pressuposto da interposição recursal face à concordância do acusado com a emissão da sentença condenatória e o apelo manifestado pela Defensoria Pública contra a vontade do apenado. Com o devido respeito àqueles que se posicionam em sentido contrário, somos pela *recepção* do presente recurso face à análise conjugada dos artigos 261 e 263, do Código de Processo Penal, e artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Ao tratar de tema assaz delicado, assim se pronuncia o ínclito e culto Procurador de Justiça dr. SERGIO DEMORO HAMILTON, Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, *verbis*:

“*Omissis*

(...) sempre defendi, no exercício da Procuradoria de Justiça, quer perante o Tribunal de Alçada Criminal-RJ, quer perante o Tribunal de Justiça-RJ, em linha de preliminar, que o apelo interposto pela defesa técnica, contrariando a vontade expressa do réu no sentido de que não desejava apelar, não merecia conhecimento, eis que, em última análise, o acusado é o senhor primeiro do seu direito de liberdade, bem como que o Código de Processo Penal adotou, como regra, o princípio da voluntariedade dos recursos (artigo 574 do CPP).”

“4. Hoje assim não penso. Meditando mais atentamente sobre a matéria, parece-me que a melhor posição é a esposada por aqueles que sustentam a prevalência da vontade da defesa técnica no caso de colidência com a manifestação do réu, devendo, em tal hipótese, ser conhecida a apelação.”

“Desde logo, impõe-se uma observação que deve ser feita em relação à legitimidade do defensor para recorrer. Nessa ordem de idéias, não me

sabe acertada a afirmação de que a titularidade do direito de recorrer pertence somente ao imputado e não ao defensor. Tal colocação encontra formal desmentido na própria lei processual, pois nela está dito, com todas as letras, que o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor (artigo 577 do CPP, grifos meus). Em outras palavras: tanto o réu, em defesa material, pode apelar da sentença como o seu defensor, seja ele constituído ou dativo. É caso de interpretação literal da lei, que, no seu entendimento, não comporta tergiversação. Aliás, é por tal razão que o artigo 392, incisos II e III do CPP determina a intimação do réu e do defensor constituído para ciência da sentença, conforme o caso. Não teria sentido tal dispositivo caso o defensor não tivesse legitimidade para recorrer no caso de silêncio ou de recusa do réu em apelar. Para que, então intimá-lo? Observe-se, por oportuno, que, na atualidade, a jurisprudência, ampliando os estreitos limites da lei processual, e a meu ver com inteiro acerto, consagra que, em qualquer caso, devem sempre ser intimados da sentença condenatória o réu e seu defensor, constituído ou dativo. Não teria sentido manter-se a limitação contida no artigo 392 da Lei de Ritos diante do preceito constitucional da garantia da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, LV da Constituição Federal, grifos meus)."

"Outra afirmação que me soa temerária é a de que o direito de recorrer, sendo renunciável, não pode admitir oposição à vontade do réu quando ele afirma que não deseja apelar. É meu pensar que irrenunciável, isto sim, é o direito à liberdade, assegurado pela Constituição Federal (artigo 5º, XV, LXI, LXVII e LXVIII que, a toda evidência, há de sobrepor-se a qualquer outra limitação advinda de lei ordinária."

"Merece destaque, da mesma maneira, o argumento segundo o qual o réu, como leigo, não dispõe de condições para aquilatar a extensão da renúncia ao apelo. Como um leigo pode avaliar da

necessidade ou mesmo da conveniência a respeito da interposição de um recurso? Como? Esta, aliás, é a razão mais sufragada pela jurisprudência em favor da prevalência da vontade da defesa técnica sobre a vontade do réu."

"*Omissis*

Mas há outros, muitos outros argumentos que validam o entendimento aqui defendido."

"O primeiro deles reside no fato de que enquanto a autodefesa é dispensável, em seu exercício, a defesa técnica não comporta abstenção. Queira ou não, o réu contará sempre com a defesa do técnico em direito no processo penal. Na verdade, segundo estabelece a lei processual penal, nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (artigo 261 do CPP), complementando-se tal dispositivo pelas regras imperativas constantes dos artigos 263 a 265 c/c 564, III, "c" do mesmo Código, todas no sentido de assegurar a presença efetiva de defesa técnica, atuando em favor do réu. Tais mandamentos legais, de natureza processual, nada mais são que um desdobramento da norma constitucional que assegura aos acusados em geral a garantia da ampla defesa (artigo 5º, LV da Constituição Federal). E ela não existiria sem a presença do experto em direito ao lado do imputado no decorrer de todo o processo (...)" (In *Temas de Processo Penal*, Ed. Lumen Juris, Rio, 1998, pgs. 123-124). (Todos os destaques são da publicação.)

Convém fique registrado que o direito pretoriano se apresenta consolidado com exposição doutrinária assumida pelo ilustre Prof. e Procurador de Justiça Dr. SÉRGIO DEMORO HAMILTON. Cf., v. g., STJ: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 42/88-90; no STF: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vs. 103/1046, 115/157, 156/1074. Não faz muito, o Col. Supremo Tribunal Federal decidiu que:

"*Habeas corpus*. Apelação interposta por Defensor Público, que não foi conhecida, por falta de legitimidade para o recurso, tendo em conta que o

réu, ao tomar ciência da sentença, sem assistência do Defensor Público, afirmou que dela não recorria. Intimação do Defensor Público, realizada posteriormente, vindo a interpor o recurso, por considerá-lo aconselhável aos interesses do acusado... "A declaração do réu, feita sem a assistência do defensor, no sentido de que não deseja recorrer da sentença condenatória, não deve, por si só, produzir efeitos definitivos. O Defensor Público não só pode como deve esgotar, a favor do réu, todos os recursos legais que garantam a ampla defesa. Sem assistência do defensor, nem sempre o réu está plenamente capacitado a avaliar as possibilidades de sua defesa. *Habeas Corpus* deferido para que, afastada a preliminar de ilegitimidade do Defensor Público, julgue o Tribunal indigitado coator a apelação do réu como entender de direito." (HC nº 70-444-1/130-RJ, ac. un. da Segunda Turma, em 29.03.1994, Rel. Min. Néri da Silveira, in *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Lex, v. 193/316).

Em outros Colégios Judicantes a jurisprudência caminha pelo mesmo leito de interpretação. Cf. *Revista dos Tribunais*, vs. 520/423, 538/371, 543/363, 545/379, 597/289, 602/365, 617/287, 638/316, 639/285, 702/361, etc. Este processo é um exemplo edificante de que os epígonos da prevalência da vontade do réu sobre a defesa técnica para interposição de recurso não têm razão. O acusado renunciou ao apelo sem saber que o seu comportamento no episódio foi atípico, eis que não se pode vislumbrar a figura do crime previsto pelo artigo 333 do Código Penal que pressupõe a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, o que pressupõe a legalidade da atuação do agente público. Não fosse o espírito atilado da ilustrada Dra. Defensora Pública, atenta aos verdadeiros interesses do réu e da própria distribuição da Justiça, estaríamos diante de sentença condenatória *transitada em julgado* por fato indiferente ao direito penal! Assim, à vista da posição doutrinária e da jurisprudência iterativa de nossos Tribunais, com ressonância nos umbrais da Suprema Corte do País, somos por que o recurso deva ser decepcionado para exame do mérito da causa.

03. No que tange ao mérito da ação penal, *data maxima venia* do eminente dr. Juiz *a quo* e do ilustre dr. Promotor de Justiça, subscritor das contrarrazões recursais, o apelo defensivo está a requerer pleno êxito nesta Col. Turma Julgadora. Vê-se pela prova recolhida ao processo que o acusado foi

detido pela polícia na Favela do Vidigal, em São Conrado, *sem estar em flagrante delito* e sem que os agentes da autoridade pública portassem *ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária* em frontal violação aos artigos 290 e 302, incs. I a IV, do Código de Processo Penal e artigo 5º, incisos LIV e LXI, da Constituição Federal de 1988. Já no “ato flagrancial” os policiais informaram ao dr. Delegado que estavam em diligências no Morro do Vidigal para prender o principal traficante do Morro, conhecido como *Corvo* e que é o acusado *Eduardo Cardoso da Silva*. Ao ser conduzido à Delegacia da Metrópol, do Leblon, teria o r. apelante oferecido aos policiais certa importância — R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e uns fuzis “para não pegar vinte anos de prisão” (fls. 05). Durante a instrução do feito, ambas as testemunhas policiais admitiram “*que na ocasião da prisão do acusado não existia qualquer mandado judicial*” (v. fls. 43 e 45). Ora, se o r. apelante não estava em *flagrante delito* e nem mesmo havia determinação judicial para sua prisão pelos agentes policiais, é de evidência solar que o recorrente foi alvo de arbitrariedade policial porque coartado em sua liberdade individual em infração à Lei Maior do País e aos dispositivos pertinentes de nosso Código de Ritos. Admitindo-se, *ad argumentandum tantum*, a oferta de vantagem indevida aos policiais, e se os agentes da lei já haviam executado *ato de ofício* com a detenção do recorrente, inócua seria qualquer oferta de recompensa, posto que *consumada* a atividade dos policiais. Por isso, o Col. Tribunal de Justiça de S. Paulo, examinando hipótese objetivamente similar a esta, emitiu julgado nestes termos:

“Corrupção ativa.”

“O delito de corrupção ativa só se aperfeiçoa quando a promessa ou oferta de vantagem indevida tem por objetivo evitar que o funcionário público, no exercício de sua função, pratique, omita ou retarde ato de ofício. E não é, evidentemente, ato de ofício o praticado contra as normas vigentes ou a sistemática habitual.” (Ap. nº 56.843-3, ac. un. da 6ª Câmara Criminal, em 27.4.1988, Rel. Des. **Djalma Lofrano**, in *Revista dos Tribunais*, vol. 630/292).

Mais recentemente temos deste mesmo Colégio Sodalício o seguinte pronunciamento:

Corrupção – Descaracterização.

“Fica descaracterizado o crime de corrupção ativa se o pagamento efetuado ao funcionário público o foi posteriormente à prática do ato de ofício.”

(HC nº 133.874-3/4, ac. un. da 6ª Câmara Criminal, em 11.11.1992, Rel. Des. Alvaro Cury, in *Revista dos Tribunais*, vol. 699/299).

A oferta de *vantagem indevida* a funcionário público *posteriormente* à emissão do ato de ofício é irrelevante ao direito penal, como visto, porque inexistente na conduta do acusado a tipicidade, por ausência dos elementos normativos do delito. *In casu*, a *ilegalidade* flagrante na detenção do recorrente constitui óbice à integração do crime de que se cuida. Nesse sentido é a orientação pacificada da jurisprudência como a seguir demonstrado:

Corrupção ativa — Delito não configurado.

“Se ilegal a prisão do acusado nenhuma infração comete ele ao oferecer dinheiro ao seu defensor para relaxá-la.” (TJSP: Ap. nº 114.258, ac. un. da 2ª Câmara Criminal, em 14.08.1972, Rel. Des. Jurandyr Nilson, in *Revista dos Tribunais*, v. 448/316).

“Não é crime de corrupção ativa a entrega ou oferta de vantagem a funcionário quando a ação deste constitui ilegalidade ou abuso de poder.” (TJSP: HC nº 118.503, ac. un. das Câmaras Conjuntas Criminais, em 26.12.1972, Rel. Des. Carvalho Filho, in *Revista dos Tribunais*, v. 449/362).

Corrupção ativa — Delito não configurado.

“Prisão ilegal do acusado. Oferta de dinheiro ao policial para o seu relaxamento. Circunstância irrelevante. Absolvição mantida. Inteligência do artigo 333 do Código Penal.” (TJSP: Ap. nº 115.805, ac. un. da 1ª Câmara Criminal, em 27.11.1972, Rel. Des. Marcio Bonilha, in *Revista dos Tribunais*, v. 452/336).

No mesmo sentido, cf. *Revista dos Tribunais*, vs. 443/419, 449/362, 454/354, 467/311, 468/309, 504/301, 513/380, 534/343, 536/305, 605/301; no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*, v. 522/430; *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo*, Ed. Lex, vs. 05/332-333, 08/466, 21/212, 25/509, 114/475 etc. Ilegal é a prisão efetuada sem flagrante ou ordem escrita da autoridade competente, não constituindo, pois, corrupção ativa a oferta de dinheiro a policial para o seu relaxamento (TJSP:

Revista dos Tribunais v. 385/73). Para justificar a “prisão em flagrante” do r. apelante, os policiais referiram que estavam no Morro para “prender o principal traficante no morro e que tinha participado em crime de seqüestro recentemente ocorrido onde foi vítima *Mariana Roquete Pinto*” (fl. 05 *in medio*). A denúncia situa os acontecimentos deste processo no dia 25 de julho de 1998 (v. fl. 02). Mas a diligência determinada pelo eminente e culto dr. Juiz *a quo* dá certeza de que o Inquérito 037/98 para apurar crime do artigo 159, § 1º, do Código Penal foi instaurado em 22.07.1998, com prisão preventiva decretada contra o indiciado (*Eduardo*) em 18.09.1998 (v. fl. 62), ou seja, quando do aprisionamento do r. apelante a autoridade policial não possuía *mandado de prisão* assinada pela autoridade competente! Provido eventualmente este recurso, há que se providenciar extração das peças de fls. 02, 05/06, 07/07 vº, 22, 32/33, 42/45, 59, 62, 64/69 para a devida apuração da responsabilidade dos policiais envolvidos no episódio (v. artigo 40, do Código de Processo Penal). A oferta de dinheiro pelo réu aos policiais para que fosse relaxada prisão ilegal mostra-se desvestida de *tipicidade* porque tendente a obstar ato arbitrário da polícia. Forçoso, assim, reconhecer que o apelo defensivo deve ser acolhido para os fins a que se propõe de improcedência da ação penal.

Nessas condições, e em face do que exposto ficou, o parecer da Procuradoria de Justiça está voltado, preliminarmente, para o *conhecimento* do recurso de apelação e, no mérito, por seu *provimento* para ser o réu absolvido da imputação na forma do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 1999

LUIZ BRANDÃO GATTI
Procurador de Justiça