



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR.

**Autoridade Coatora: JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE MARÍLIA, ESTADO DE SÃO
PAULO.**

**Processo Originário nº 344.01.2010.004553-4/000000-000 (Controle nº 162/2010-
JECrim), 3ª Vara Criminal da Comarca de Marília – SP.**

CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO, Defensor Público do Estado de São Paulo, exercendo suas atividades funcionais nas dependências da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Regional de Marília, localizada no Fórum desta comarca, na Rua Lourival Freire, 120 - CEP 17.519-902, Fórum da Comarca de Marília – SP, Sala da Defensoria Pública do Estado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e arts. 647 e ss. do Código de Processo Penal, impetrar **HABEAS CORPUS**, em que é paciente ****, (qualificação), em virtude de constrangimento ilegal praticado por ato cometido pelo **JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE MARÍLIA, ESTADO DE SÃO PAULO**, ao proferir a r. decisão de fls. 49/52 e 81, condenando a paciente e indeferindo o pedido de reabertura do prazo para oferecimento de recurso, nos autos do processo em epígrafe, consoante razões de fato e de direito que passa a expor.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

I – Fatos

A paciente foi denunciada como incurso no artigo 42, inciso I, do Decreto-Lei 3688/41, consoante denúncia em anexo.

Regularmente processada, sobreveio r. sentença condenatória que condenou a paciente à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, convertida no pagamento de uma prestação pecuniária no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

A sentença foi prolatada em audiência, realizada em 25.10.2010. Foi certificado o trânsito em julgado no dia 22.11.2010 (fls. 70).

O impetrante protocolou pedido de reabertura do prazo processual, argumentando, em suma, que o processo não ficou disponível para carga, inviabilizando a interposição do recurso, uma vez que pela sistemática dos Juizados Especiais, a petição de interposição deve vir acompanhada com as razões recursais, o que somente se viabiliza com a carga dos autos.

O pedido do impetrante foi indeferido (fls. 81).

É o breve relatório.

II – Mérito

II.1 – Nulidade do processo por cerceamento ao direito de defesa.

O presente remédio constitucional visa demonstrar a nulidade do processo por violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, com a impossibilidade de se fazer carga dos autos durante o curso do prazo recursal e de ter acesso ao conteúdo das provas antes da certificação do trânsito em julgado.

Conquanto a sentença tenha sido prolatada em audiência, é certo que os termos de oitiva das testemunhas foram colhidos pelo sistema da estenotipia e, assim, o processo não ficou disponível para a realização de carga nos dias que se seguiram à realização da audiência. Logo, impossível ao impetrante apresentar o recurso que, conforme impõe o artigo 89, da Lei 9.099/95, deve ser interposto já com as inclusas razões do inconformismo – não satisfaz à lei a mera petição de interposição.

Embora o termo de audiência de instrução, debates e julgamento não informe a forma da colheita dos depoimentos - estenotipia (o que já seria uma



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

irregularidade em relação aos procedimentos previstos em Lei e nas Normas da Corregedoria do TJSP), é certo que os termos de depoimento de fls. 53/69 deixam claro que foi pelo sistema de estenotipia, seja pela própria forma de diálogo transcrito, seja pelo constante do final dos referidos termos: “*A seguir pelo MM. Juiz de Direito foi determinado que as **fitas estenotipadas** fossem arquivadas em cartório, caixa nº 07. Eu, Sandro Oliva Suguitani, escrevente técnico judiciário, **estenotipei, transcrevi e subscrevi**”.*

Nestes termos, contudo, não consta a data em que foram transcritos e juntados aos autos. O termo de audiência de instrução, debates e julgamento também foi omissivo na fixação de prazo para a transcrição e juntada dos depoimentos colhidos pelo sistema da estenotipia, o que também constitui irregularidade no procedimento, ao arrepio da legislação vigente, bem como das normas da Corregedoria Geral de Justiça.

Observem-se o disposto na Lei Estadual nº 3.947/1983:

Lei Estadual nº 3.947, de 8 de dezembro de 1983. Artigo 12

– Poderá ser utilizado nas audiências o serviço de estenotipia, para redução a termo de atos do processo.

§1º – As notas de estenotipia, após lidas, corrigidas e autenticadas, serão juntadas aos autos, mencionado o fato no termo de audiência. Nesta, serão intimadas as partes de que as transcrições das notas serão juntadas aos autos na mesma data, ou dentro de três (3) dias. A transcrição será autenticada pelo estenotipista, com o visto do Juiz.

Vejam, ainda, o que dispõem as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Provimento nº 50/89 – Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça – Tribunal de Justiça de São Paulo.

Art. 47. Enquanto não provido o serviço de estenotipia da transcrição eletrônica automática, o prazo para transcrição e juntada aos autos será fixado ao término da audiência, segundo o prudente critério do Juízo, não podendo ultrapassar cinco dias.

47.1. A transcrição será subscrita pelo estenotipista e assinada pelo juiz, intimando-se as partes.

NOTA – Segundo reiterada jurisprudência, inclusive do STF, o **prazo para recurso tratando-se de decisão ou sentença estenotipada, começa a correr da intimação da sua transcrição**. STF HC 66.734-1-SP; TACRIM-SP-AI 413.923-1-SP; RT 603/147; 607/112; 619/151 e JTA 93/380.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

Como se pode observar, o termo de audiência omitiu a forma pela qual os depoimentos foram tomados (estenotipia) e o prazo para a transcrição dos depoimentos, deixando em aberto, conseqüentemente, o prazo para a interposição de recurso. Logo, após a juntada dos termos de transcrição da prova oral colhida em audiência, mister se fazia a intimação (pessoal, por ser prerrogativa da função de Defensor Público), contando-se a partir de então o início do prazo recursal. Mas assim não se procedeu.

Finda a audiência, na qual fora prolatada a sentença condenatória, o impetrante solicitou ao seu estagiário que se dirigisse ao Cartório da 3ª Vara Criminal, no dia seguinte, para fazer carga dos autos. Entretanto, não logrou êxito neste intento, pois o processo estava indisponível, o mesmo ocorrendo nos dias subseqüentes, tudo em conformidade com as declarações prestadas por escrito pelo estagiário Rafael Rogério, em documento anexo.

Não se sabe em que data o processo esteve disponível para consulta pelo impetrante, mas provavelmente isso somente se deu após o curso do prazo recursal, se este for contado a partir da data da audiência, como se vê a seguir.

Pelo teor das certidões dos autos (fls. 70), a sentença teria sido registrada depois do trânsito em julgado: o registro da sentença ocorreu no dia 10/11/2010, ao passo que o trânsito em julgado teria ocorrido no dia 05/11/2010.

Isso leva a crer que o processo apenas foi devolvido pelo escrevente responsável pela transcrição das fitas estenotipadas, após o decurso do prazo processual. Outra não seria a explicação para a demora no procedimento do registro da sentença: a sentença fora prolatada na audiência realizada em 25.10.2010, ao passo que o seu registro ocorreu apenas em 10.11.2010.

A questão é simples: o processo não esteve disponível ao impetrante para oferecer as razões recursais, de maneira que ficou impedido de atuar em defesa da paciente, interpondo recurso contra a sentença condenatória.

Houve impedimento de acesso aos autos, de modo que o prazo não corre, em consonância ao disposto no artigo 798, §4º, do Código de Processo Penal:

Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

[...]



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

Conforme entendimento jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal de Justiça, **nos casos em que a sentença, ainda que proferida em audiência, for tomada por estenotipia, o prazo recursal somente pode correr a partir da intimação das fitas estenotipadas.** Neste sentido:

HABEAS CORPUS. Sentença publicada em audiência. Se a sentença é proferida em audiência, mas não exteriorizada na forma escrita, a permitir seu conhecimento pela parte e seu advogado, **o prazo recursal só tem início quando da transcrição dos seus exatos termos com a assinatura do Juiz.** Concedida a ordem para que o E. Tribunal a quo aprecie o mérito do recurso. (STF, HC nº 66734-1. Min. Carlos Madureira. J. 18.11.1988).

STJ. REsp 692819 / RS. Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 11/03/2008. Data da Publicação/Fonte DJe 02/04/2008.

Ementa

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. RECURSO DE APELAÇÃO. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTRA-RAZÕES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIAS DE FATO. SÚMULA 7/STJ.

SENTENÇA PUBLICADA EM AUDIÊNCIA. ANOTAÇÕES PELO SISTEMA DE ESTENOTIPIA. PRAZO PARA TRANSCRIÇÃO DO ATO E SUA IMPUGNAÇÃO. TERMO A QUO DO PRAZO RECURSAL.

[...]

4. "A sentença que, embora proferida em audiência, dependia de formalidades posteriores para existir nos autos, gera incerteza quanto ao início do prazo recursal, pois inviabiliza a recorribilidade imediata." (REsp 714810/RS, 4ª T., Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 29.05.2006). Nessas situações, **o prazo recursal deve começar a fluir no momento de concretização de tais formalidades.**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

5. No caso, tendo sido determinada a juntada da transcrição do termo de audiência com a sentença nele proferida, bem como oportunizada a impugnação dessa transcrição, o prazo para interposição de recurso tem início na conclusão dessas diligências e não da data da audiência.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

Decisão Monocrática nº 70033982018 de Tribunal de Justiça do RS, Sétima Câmara Cível, 21 de Dezembro de 2009
AGRAVO DE INSTRUMENTO. MONOCRÁTICA. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. SENTENÇA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA PELO SISTEMA DE ESTENOTIPIA. CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. **Tendo sido a sentença proferida oralmente em audiência, mediante registro pelo sistema de estenotipia, o prazo recursal inicia com a juntada aos autos da sentença escrita, considerando que não se pode exigir da parte a interposição do recurso somente com a fundamentação oral da decisão impugnada.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70033982018, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 21/12/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. SISTEMA DE ESTENOTIPIA. APELAÇÃO. PRAZO. Consoante estabelece o art. 506, I, do CPC, o prazo recursal flui da leitura da sentença em audiência ou, quando utilizado o sistema de estenotipia, a partir da intimação das partes da disponibilidade da transcrição datilografada. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (Agravado de Instrumento Nº 70035994391, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 23/06/2010)

Acórdão nº 70031930456 de Tribunal de Justiça do RS, Nona Câmara Cível, 11 de Novembro de 2009
AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. PRAZO PARA APELAR. SENTENÇA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. SISTEMA DE ESTENOTIPIA. CONFORME PRECEDENTE DESTA COLEGIADO, **"EM SENDO PROLATADA A SENTENÇA EM AUDIÊNCIA, ATRAVÉS DO SISTEMA DE ESTENOTIPIA, O PRAZO RECURSAL TEM SEU INÍCIO APÓS A DISPONIBILIZAÇÃO DA**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

TRANSCRIÇÃO ÀS PARTES". RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70031930456, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 11/11/2009)

Embora tais precedentes digam respeito ao caso de sentença proferida verbalmente e colhida por meio de estenotipia (o que não é o caso dos autos, uma vez que a sentença foi ditada e consta do próprio termo), é certo que o fundamento da exigência da transcrição da sentença para o início do prazo recursal também se aplica para a transcrição dos termos de depoimento das testemunhas e do interrogatório. Ora, da mesma forma como não se pode conceber o prazo de recurso em curso enquanto não materializado o ato impugnado (a sentença), também **não se concebe a apresentação de recurso (com as razões inclusas) sem que se possa ter acesso à prova colhida em juízo e que alicerça a sentença impugnada.**

Veja-se o inteiro teor do precedente que segue, que abrange a necessidade de transcrição tanto da sentença, como das provas colhidas em audiência:

ESTENOTIPIA - SISTEMA PROCESSUAL E CONTAGEM DO PRAZO PARA RECURSO - FLUÊNCIA DEPOIS DA INTIMAÇÃO DA TRANSCRIÇÃO. (1º TACIVIL - 2ª Câmara; AI nº 413.923-1-SP; rel. Juiz Barreto de Moura; j. 12.04.1989, v.u.). BAASP, 1587/118, de 24.05.1989.

- ANULAÇÃO DOS ATOS POSTERIORES À SENTENÇA ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos...

ACORDAM, em Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento para anular os atos posteriores à sentença.

Agravado de instrumento contra a r. decisão que se prolatou em audiência, em que, adotado o sistema de estenotipia, ordenou-se que o prazo recursal se contaria a partir do recebimento da prolatada sentença, em Cartório, onde os autos permaneceram para a devida transcrição, diminuindo, assim, o prazo para que fosse exercitado o recurso cabente, com prejuízo à desfavorecida pelo resultado sentencial, assim nulos os atos do processo de então para frente, inclusive a elaborada e homologada conta de liquidação.

Inapresentada a contraminuta, manteve-se, entretanto, o juízo de irretratação.

Este o relatório.

Com a razão a agravante.

Efetivamente, em seguida ao ditado da r. sentença que na Sala das Audiências se colheu pelo sistema de estenotipia, deliberou o d. Magistrado que o início do prazo recursal (fosse o recurso



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

exercitado) se contaria do recebimento do expediente xerocopiado em Cartório. E essa determinação restou fielmente cumprida, cf. se vê das 2ª e 3ª a certidões, de fls. 16 (aqui por cópia). Apenas quando intimada da conta de liquidação, face ao requerimento da agravada (fls. 18) que restou deferido (fls. 19), é que a devedora se insurgiu contra a forma como caracterizado o trânsito em julgado da r. sentença copiada às fls. 11 a 13 destes autos. **Justa essa sua insurgência, porque se tem entendido, praticamente à unanimidade, que "o prazo para recurso, tratando-se de sentença estenotipada, começa a correr da intimação de sua transcrição", cf. RT 603/147, 607/112, 619/151, JTA 93/380, etc.**

Como inocorreu essa modalidade intimatória, dá-se provimento ao agravo a que sejam as partes intimadas da transcrição da r. prolação sentencial, nulos os atos praticados de então para frente, inclusive a homologada conta de liquidação, c/ devolução do prazo recursal.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Juiz Sena Rebouças e dele participou o Juiz Bruno Netto.

São Paulo, 12 de abril de 1989.

Barreto de Moura - Relator.

Sena Rebouças - Vencedor, com declaração de voto em separado.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR O agravo é cabal, devendo ser provido, inclusive para anular os atos posteriores à sentença que, ditada no sistema de estenotipia, exigia que as partes fossem intimadas da respectiva transcrição nos autos, o que não foi feito.

Por ocasião da histórica implantação do sistema na comarca de São Paulo, a primeira do País a adotá-lo (v. crônica que publiquei na RJTJSP, 71/13, na RT-INFORMA, 175/15, p. 43, no jornal "O Estado de S. Paulo" de 30.07.81, p. 38 v. tb. estudo do Juiz Sidnei Agostinho Beneti, no jornal "O Estado de S. Paulo", edição de 04.12.87, p. 33), estabeleceu-se, como norma básica, a obrigatoriedade da intimação da transcrição. Isto porque o emprego da estenotipia não pode acarretar prejuízo às partes.

A adoção do novo método de documentação da prova, embora permitida pela lei do processo (CPC, arts. 164 e 170), altera o normal desenvolvimento dos atos processuais, pois, a transcrição neles insere ato não previsto. Quando a decisão é proferida na audiência (é o caso dos autos), o tempo necessário para a transcrição e o prazo de recurso passam a fluir juntos.

Ora, não é razoável que as partes devam recorrer antes de transcritas nos autos a prova e a sentença. Um advogado constituído depois da audiência, por exemplo, jamais poderia fazê-lo. É claro que as partes devem esperar a transcrição, sem



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

que isso possa prejudicá-las, hipótese de justa causa que enseja a restituição do prazo ou a assinação de outro pelo Juiz (CPC, art. 183, § 2º). No processo penal, motivos de força maior também obstam à fluência dos prazos (CPP, art. 798, § 4º).

Daí porque, com base na previsão expressa da lei processual, **o termo da audiência deverá conter a assinação de novo prazo para o recurso, ou a sua restituição, sempre que a transcrição da prova colhida for posterior à prolação da sentença, ou seja, sempre que a sentença for proferida na audiência.**

Para isso, o juiz nada mais emprega que um poder a ele concedido na lei federal.

O prazo legal passa a ser judicial (Moniz de Aragão, "Comentários ao CPC", 1979, vol. II, § 119, p. 127), não havendo aí qualquer arbítrio (Pontes de Miranda, "Comentários ao CPC", 1974, tomo III/139).

Normalmente, a perda do prazo precede a alegação da justa causa e o seu reconhecimento. Mas, nada impede que, havendo obstáculo judicial ou qualquer outro fato extraordinário não imputável às partes, o juiz se antecipe e reconheça um ou outro como justa causa, antes mesmo da fluência do prazo, admitindo "a priori" o que se alegaria "a posteriori", com economia processual. Disto, as partes podem auferir vantagem, não prejuízo.

Tive eu a oportunidade e a honra de apresentar à Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo um anteprojeto de disciplina do serviço de estenotipia judiciária, onde deixei expressas essas considerações (Processo GP-29 (Estenotipia), ofício de 12 de outubro de 1982, dirigido ao Corregedor Bruno Affonso de André).

Nesses termos, dou provimento ao agravo, para anular os atos executórios posteriores à sentença, devendo as partes receber intimação da transcrição da prova e da sentença, restituído o prazo de apelação da sentença.

Des. Sena Rebouças.

Já o precedente que segue, trata justamente da transcrição dos depoimentos colhidos, independente da forma como foi prolata a sentença, como se pode observar:

TRF3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 212847: AG 42671
SP 2004.03.00.042671-7. Relator(a): JUIZ GALVÃO
MIRANDA. Julgamento: 30/11/2004. Publicação: DJU
DATA:10/01/2005 PÁGINA: 159

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.
APELAÇÃO. RECEBIMENTO. DEPOIMENTOS DAS
TESTEMUNHAS COLHIDOS POR ESTENOTIPIA.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

1. Não estando regularizados os autos, com a transcrição dos depoimentos colhidos, quando da leitura da sentença, não se pode a partir deste momento contar o prazo para interposição de recurso, sem que desde então tenha-se acesso pleno a cada um dos relatos testemunhais, pois para enfrentar a matéria em suas razões recursais, a parte vencida necessita da transcrição dos depoimentos, não podendo o prazo recursal se iniciar sem que os autos estejam regularizados, prontos para o exame.
2. Agravo de instrumento provido.

Ora, por motivos óbvios, não se pode conceber que o prazo recursal corra enquanto não transcrita toda a prova oral colhida em juízo!

Isso é especialmente verdadeiro no caso da Lei 9.099/95, com a sistemática recursal que lhe é peculiar, exigindo a apresentação de recurso com suas inclusas razões, como é o caso dos autos. Ao contrário do procedimento comum, no rito sumariíssimo não existe a possibilidade de atravessar mera petição de interposição e posteriormente apresentar as razões de recurso – é necessário apresentar, desde a interposição, as razões de recurso, sob pena de preclusão (consumativa). O artigo 82, §1º, da Lei 9.099/95 é explícito neste sentido, não sendo o caso de aplicação do estatuído no artigo 600 do Código de Processo Penal. E, por óbvio, para apresentar as razões de recurso, o Defensor necessita ter acesso aos autos, com toda a prova produzida a disposição para análise (não bastam as tiras de estenotipia, que não são passíveis de conhecimento imediato – salvo para aqueles que detém o conhecimento técnico em estenotipia. Neste sentido, julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Juizado Especial Criminal - Condenação penal - Interposição do recurso de apelação - Petição recursal da qual devem constar as razões e o pedido do recorrente (Lei 9.099/95, art. 82, §1º) – Razões de apelação apresentadas fora do prazo legal - Recurso insuscetível de conhecimento - "Hábeas corpus" indeferido" - "Revela-se insuscetível de conhecimento o recurso de apelação cujas razões são apresentadas fora do prazo a que se refere o artigo 82, §1º, da Lei 9.099/95, pois, no sistema dos Juizados Especiais Criminais, a legislação estabelece um só prazo - que é de dez (10) dias - para recorrer e para arazoar. As normas gerais do Código de Processo Penal somente terão aplicação subsidiária nos pontos em que não se mostrarem incompatíveis com o que dispõe a Lei 9.099/95 (art. 92), pois, havendo antinomia entre a legislação processual penal comum (*lex*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

generalis) e o Estatuto dos Juizados Especiais (*lex specialis*), deverão prevalecer as regras constantes deste último diploma legislativo (Lei 9.099/95), em face das diretrizes fundadas no critério da especialidade. As regras consubstanciadas nos arts. 600 e 601 do CPP, no ponto em que dispõem sobre a oportunidade do oferecimento das razões de apelação, são inaplicáveis ao procedimento recursal instaurado com fundamento na Lei 9.099/95 (art. 82, §1º). É que, na perspectiva do Estatuto dos Juizados Especiais, não basta à parte, em sede penal, somente manifestar a intenção de recorrer. Mais do que isso, impõe-se-lhe o ônus de produzir, dentro do prazo legal e juntamente com a petição recursal, as razões justificadoras da pretendida reforma da sentença que impugna. Doutrina" (STF - HC 79.843-8 - Rel. Celso de Mello - DJU 30.06.2000, p. 41).

Mas não é só isso, pois além de não ter havido a transcrição dos termos de depoimento, outro motivo impedia que o prazo processual se iniciasse na data da audiência: o próprio caderno processual ainda se encontrava inacessível! Obviamente, impossível cogitar do transcurso do prazo processual neste ínterim.

Não se pode admitir que o Defensor seja obrigado a comparecer diariamente ao Cartório para saber se o processo já está disponível (ainda mais enquanto o seu prazo se esvai!). A imensidão de processos que lhe compete, que justifica a sua prerrogativa funcional da intimação pessoal de todos os atos do processo, impede que tenha tamanha dedicação a um único caso.

Sobre a prerrogativa da intimação pessoal do Defensor Público, não é demais trazer o posicionamento pacífico da jurisprudência:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. APELAÇÃO. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE DO JULGAMENTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA IN CONCRETO. OCORRÊNCIA.

1. **É prerrogativa do defensor público, ou de quem lhe faça as vezes, a intimação pessoal de todos os atos e termos do processo (Intelecção do artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.871/89), pena de nulidade.**

2. Anulado o julgamento da apelação do réu, relativo a sentença que se fez trãnsita em julgado para o Ministério Público, é de se declarar a extinção da punibilidade do crime pela prescrição da pretensão punitiva, quando realizado o tempo extintivo,



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

informado pela pena em concreto, que não pode ultrapassar o quantum contido na sentença, por força da *ne reformatio in pejus* indireta.

3. Ordem concedida.” (HC 35847 / SP ; HABEAS CORPUS 2004/0076674-8 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 07/10/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 13.12.2004 p. 462 Ementa).

Não é por outro motivo que o Ofício da 2ª Vara Criminal da Comarca de Marília, onde o Defensor Público impetrante desempenha as suas funções, adota procedimento distinto, de modo a somente dar início à contagem do prazo recursal depois de realizada intimação pessoal do Defensor Público da juntada dos termos transcritos e da sentença.

O Defensor Público ora impetrante, que acompanhou a paciente na audiência de instrução, debates e julgamento, o fez em substituição ao colega, titular da 3ª Vara Criminal, que estava em período de férias. Como se pode perceber, não agiu com qualquer interesse frívolo ao pedir a devolução do prazo processual: ele havia confiado que o Cartório proporcionaria ciência após a juntada da prova, com a transcrição dos termos estenotipados. O impetrante agiu com boa fé, pois desconhecia por completo a *práxis* adotada pela 3ª Vara Criminal, diversa daquela adotada na Vara onde oficia.

Desta forma, e por todos os motivos acima explanados, mister se faz o reconhecimento de nulidade processual, que ocasionou prejuízo (o cerceamento do direito ao recurso) à paciente, para o fim de devolver o prazo recursal, dando-se vista dos autos ao impetrante para que possa apresentar a petição de interposição juntamente com as razões de recurso.

II.2 – Da não-recepção da Lei de Contravenções Penais pela Constituição Federal

A Lei de Contravenções Penais, conforme Guilherme de Souza Nucci (*in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: RT, 2008. p. 140), é totalmente inconstitucional (leia-se: não foi recepcionada pela constituição federal), senão vejamos:

Princípio penal da intervenção mínima e contravenção penal: o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade significa que o Direito Penal, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, deve intervir minimamente na vida privada do cidadão, vale dizer, os conflitos sociais existentes, na sua grande maioria, precisam ser solucionados por outros



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

ramos do ordenamento jurídico (civil, trabalhista, tributário, administrativo etc.). A norma penal incriminadora, impositiva de sanção, deve ser a última *ratio*, ou seja, a última hipótese que o Estado utiliza para punir o infrator da lei. Logo, o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar infração penal uma série de situações ainda hoje tipificadas como tal.

Exemplo maior do que nós defendemos é a **Lei das Contravenções Penais**. Seus tipos penais são, na maioria absoluta, ultrapassados, vestutos e antidemocráticos.

Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais, no campo penal. Pensamos que não haveria nenhum prejuízo houvesse a simples revogação da Lei das Contravenções Penais, transferindo para o âmbito administrativo determinados ilícitos e a sua punição, sem que se utilize da Justiça Criminal para compor eventuais conflitos de interesses, como, por exemplo, uma ínfima contrariedade entre vizinhos porque um deles está com um aparelho sonoro ligado acima do permitido (art. 42, III, LCP). Ao longo dos comentários, pretendemos demonstrar a inadequação desta lei, bem como os tipos penais que se tornaram, em face da nova Constituição Federal de 1988, inaplicáveis, pois **inconstitucionais**.

Mesmo referido doutrinador entendendo pela inconstitucionalidade, melhor falar em não-recepção pela nova ordem constitucional, eis que a Lei de Contravenções Penais é anterior à Constituição.

A norma prevista em qualquer dispositivo da lei de contravenções penais, apesar de formalmente devidos, são materialmente (conteúdo) indevidos. Seu conteúdo é inconstitucional, e não sua forma (que respeitou o devido processo legal legislativo-constitucional da época).

Explica-se.

Apesar de respeitar o devido processo legal formal, não respeita o devido processo legal em sua dimensão material ou substantiva (conteúdo).

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado, conforme já decidiu o STF, ao *substantive due process of law*, ou seja, à dimensão material do devido processo legal.

O princípio da proporcionalidade tem três subprincípios: a) necessidade; b) adequação; c) proporcionalidade em sentido restrito.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

Uma norma que não é proporcional é inconstitucional, eis que fere de morte a dimensão subjetiva do devido processo legal.

Uma norma é necessária quando capaz de atingir seu objetivo que, no caso da Lei das Contravenções Penais, é evitar certas condutas sociais.

Uma norma é adequada, quando tem mais bônus do que ônus, ou seja, quando é, dentre as várias hipóteses possíveis, a medida menos gravosa para atingir determinado objetivo. A Lei de Contravenções Penais é, dentre as várias medidas possíveis para se evitar determinada conduta, uma das mais gravosas.

Uma norma é proporcional em sentido restrito quando for razoável. Certamente, considerando que outros ramos do Direito poderiam evitar a prática das condutas proibitivas previstas na LCP, prever prisão simples privativa de liberdade para tais condutas é totalmente desproporcional.

No mais, como visto, tal lei fere o princípio constitucional da intervenção mínima do Direito Penal.

Assim, considerando ser a Lei de Contravenções Penais medida inadequada e desarrazoada para prevenir e punir determinadas condutas, ferindo o princípio da proporcionalidade, que por sua vez fere o princípio do devido processo legal substantivo que, também por sua vez, fere o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e, por fim, fere a Constituição da República Federativa do Brasil, devendo ser declarada, incidentalmente (controle difuso e concreto de constitucionalidade), inconstitucional ou, caso se entenda, e esta é a conclusão mais correta, INAPLICÁVEL, eis que não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

Não entendendo desta forma, seguem outros argumentos que sustentam a absolvição do recorrente.

II.3 – Da atipicidade formal e material da conduta.

Todavia, ainda que não se entenda desta forma, é certo que a r. sentença condenatória há de ser cassada, uma vez que os fatos narrados na denúncia não se revestem de tipicidade, formal e material.

Conforme julgado do Supremo Tribunal Federal, cujo inteiro teor segue em anexo, a conduta somente é típica se atenta contra a paz social, e não a particulares específicos, como é o caso dos autos.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

HC 85032 / RJ - RIO DE JANEIRO

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 17/05/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma

Habeas Corpus. 2. Contravenção Penal. 3. Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios. 4. Atipicidade da conduta. 5. Ausência de perturbação à paz social. 6. Falta de justa causa. 7. Ordem concedida.

Esclarece o V. Acórdão supra que, como é cediço, o bem jurídico tutelado é a paz pública, a tranqüilidade da coletividade, não existindo a contravenção quando o fato afeta o repouso individual – a objetividade do tipo penal restringe-se às condutas que atinjam a coletividade.

Com efeito, não são protegidas pelo Direito Penal, que deve sempre ser a *ultima ratio*, as suscetibilidades ou sensibilidades excessivas de particulares. Este parece ser o caso dos autos, pois a única prova produzida pela acusação quanto ao alegado foi o relato das vítimas, três senhoras já com idade um pouco avançada (Adelaide conta com 79 anos; Maria Santos Meza, com 65; Maria Ferreira Passos Prado Marques, com 54). Frise-se, apenas a título de argumentação, que as testemunhas apresentadas pela Defesa, e que participavam das confraternizações eventualmente realizadas na casa da paciente, refutaram a alegação de que haveria perturbação ao sossego público. Mas a análise das provas não é o que se busca (pois inviável na via estreita do *habeas corpus*): quer se demonstrar que a denúncia narra fato atípico, uma vez que **a suposta perturbação descrita não se mostra apta a ofender a coletividade, mas somente três pessoas específicas, possivelmente com hipersensibilidade. O Direito Penal deve ter por parâmetro a sensibilidade (e a tolerância) média dos cidadãos.**

No mesmo sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Habeas Corpus – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – Ausência de justa causa – Atipicidade da conduta – Perturbação do sossego alheio com gritaria e algazarra e abusando de instrumentos sonoros e sinais acústicos – Ar. 42, incisos I e III. Lei de Contravenções Penais – Reconhecimento de falta de justa causa quando, sem análise profunda do conjunto probatório, verifica-se a inocência do paciente, a atipicidade da conduta, ausência de indícios de autoria ou se estiver extinta a punibilidade – **Bem jurídico tutelado é a paz pública, a tranqüilidade da coletividade e não uma única pessoa – Conduta descrita na denúncia atípica – Apenas se baseou**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

na representação da vítima e não trouxe prova consistente da materialidade quanto à perturbação coletiva – Laudo pericial que afastou qualquer indício da prática da contravenção penal – Ordem concedida. (TJSP, HC nº 990.09.030092-2. 6ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Machado de Andrade. J. 16.04.2009, v.u.).

Não diverge a jurisprudência de outras Cortes, *verbia gratia*:

Ante sua destinação, a contravenção de perturbação ao trabalho ou sossego alheios **somente se aperfeiçoa se alcança indistintamente a coletividade**, entendida esta como determinada comunidade integrante de um grupo enlçado por um liame de fato. Ainda que o ocorrido tenha sido apto a macular a tranqüilidade, a paz ou o sossego de uma única ou, mesmo, de duas pessoas, não enseja sua qualificação, pois não se implementara o fato que, impregnado na gênese da sua tipificação, ensejara seu enquadramento como ilícito contravencional. É isso porque, se apenas um ou alguns indivíduos isolados se sentiram ofendidos em seu sossego, o fato não fora apto a afetar a sensibilidade própria do homem médio e macular a paz do corpo social em cujo seio se verificara. Conseqüentemente, não se destinando a norma a tutelar suscetibilidades impregnadas na epiderme, intolerâncias não resolvidas ou irritabilidades crônicas, não pode ser enquadrado na emolduração legal, preservando-se, assim, sua destinação originária, que é resguardar a paz pública. (TJDF – HC 2006.01.6.000703-0, publicado em 29/08/2006).

HABEAS CORPUS - AÇÃO PENAL - CONTRAVENÇÃO PENAL - PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO OU DO TRABALHO ALHEIOS - TRANCAMENTO - VIABILIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - DENÚNCIA DESCREVENDO FATOS ATÍPICOS.

- O tipo previsto no art. 42 da LCP, somente se aperfeiçoa quando o fato atinge o sossego de um número indeterminado de pessoas. Assim, a mera susceptibilidade de um indivíduo ou a irritabilidade de um neurastênico não conta, não sendo o bastante para caracterizar a contravenção em discussão.

- O simples gargalhar, ainda que em tom mais alto, não pode ser confundido com algazarra ou gritaria. Trata-se de manifestação alegria, incapaz de perturbar o sossego ou o trabalho de quem que seja, nem mesmo das pessoas com sensibilidade mais afluada.

- Evidenciada a atipicidade da conduta, impende reconhecer a falta de justa causa para a ação penal.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

(TJMG, Acórdão nº 1.0000.07.466705-6/000(1) de TJMG. Rel. Beatriz Pinheiro Caires, 31 de Janeiro de 2008)

A conduta, pois, é atípica, uma vez que os fatos narrados na exordial acusatória referem-se a pessoas específicas, e não a um conjunto de pessoas indeterminadas, à coletividade. Daí falar-se que não existe justa causa para a demanda, uma vez que o fato é atípico.

Todavia, ainda que assim não se entenda, ou seja, admitindo-se por hipótese que se considere a conduta formalmente adequada ao tipo penal em comento, é certo que **não há tipicidade material**: inexistente motivo para a repressão penal da conduta imputada à paciente, pois **o problema pode ser relegado à esfera cível (direito de vizinhança) e administrativo (com a normatização do silêncio urbano)**. Como se sabe, é possível, inclusive, estabelecer sanções em decorrência do ilícito civil ou administrativo. Condutas banais, como a descrita nos autos, não merecem a atenção do Direito Repressor, levando-se em conta os princípios que devem regê-lo (fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade).

Pelo exposto, não há justa causa para a demanda: o fato é atípico (formal e materialmente), razão pela qual deve ser cassada a r. sentença condenatória e trancado o processo.

III – Concessão de Medida Liminar

A despeito da celeridade do rito procedimental dado ao *mandamus*, necessária se faz a concessão de medida liminar para afastar *incontinenti* o constrangimento que vem sofrendo o paciente.

Indubitável existirem *fumus boni juris* e *periculum in libertatis* para que, desde antes da decisão coletiva a ser proferida por esta Colenda Corte, sejam assegurados ao paciente os efeitos da tutela ora pretendida nesta ação, para que, liminarmente, **seja suspensa a execução definitiva ou provisória, a fim de que seja impedido o início da execução da pena até o julgamento do mérito do mandamus**.

Ora, o *fumus boni juris* reside no que até aqui foi exposto, ou seja, na ilegalidade da decisão que cerceou o direito ao recurso da paciente, contando-se o prazo enquanto toda a prova oral produzida ainda não havia sido juntada aos autos (aguardando-se a transcrição da estenotipia) e o processo estava indisponível para realizar



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

carga – conforme, inclusive, termo de declarações em anexo. Outrossim, a alegação da não recepção da Lei de Contravenções Penais e da atipicidade da conduta, com arrimo em doutrina séria e farta jurisprudência (inclusive, do Supremo Tribunal Federal), também demonstram a fumaça do bom direito.

O *periculum in mora*, por seu turno, é verificado pelos efeitos da sentença condenatória. Frise-se que, embora tenha sido fixada pena restritiva de direitos, em caso de descumprimento, poderá ser aplicada pena corporal, razão pela qual mister se faz a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento final do presente *mandamus*, resguardando-se o direito de liberdade da paciente enquanto não analisado o mérito deste *habeas corpus*.

IV – Pedido

Em face do exposto, **pede-se** a concessão liminar de ordem de *Habeas Corpus* para o fim de suspender a execução definitiva ou provisória, a fim de que seja impedido o início da execução da pena e, posteriormente, **a ordem definitiva** para que seja reconhecida a nulidade do v. Acórdão, proferido pelo **Colégio Recursal da Circunscrição Judiciária de Marília, estado de São Paulo**, por ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como ao artigo 231, do Código de Processo Penal, **determinando-se que o início da execução seja suspenso ou a expedição de alvará de soltura**, enquanto outro acórdão não for proferido após o deferimento da juntada dos documentos em anexo, requerendo ainda o desentranhamento do v. Acórdão declarado nulo.

Nestes termos, pede Deferimento.

Marília, 15 de março de 2011.

CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO

3º Defensor Público do Estado em Marília