



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: **COLÉGIO RECURSAL DA 31ª CIRCUNSCRIÇÃO
JUDICIÁRIA DE MARÍLIA, ESTADO DE SÃO PAULO.**

Recurso nº 068/2009

Processo Originário nº 344.01.2008.008251-0/000000-000 (Controle nº 497/08-
JECrim), 2ª 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 **COLÉGIO RECURSAL DA 31ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE MARÍLIA, ESTADO DE SÃO PAULO**, ao proferir o v. acórdão no **Recurso nº 068/2009**, nos autos do processo originário nº 344.01.2008.008251-0/000000-000 (Controle nº 497/08-



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

JECrim), 2ª Vara Criminal da Comarca de Marília – SP, consoante razões de fato e de direito que passa a expor.

I – Fatos

O paciente foi denunciado como incurso no artigo 303, *caput*, da Lei 9.503/97, consoante denúncia em anexo.

Regularmente processado, sobreveio r. sentença condenatória que condenou o paciente à pena de 01 (um) salário mínimo de prestação pecuniária, a ser pago à vítima como forma de antecipação de indenização, bem como à pena de 02 (dois) meses de suspensão da habilitação para dirigir automotores.

Inconformado com a r. sentença condenatória foi interposto recurso pela defesa do ora paciente.

Após a apresentação das razões e contrarrazões recursais, o recurso foi remetido ao Egrégio Colégio Recursal de Marília – SP, sendo designada data para julgamento.

Assim que foi intimada da data de julgamento (175), a defesa do paciente interpôs petição, pedindo a juntada de novas provas em defesa deste, ou seja, documentos referentes ao processo nº 312/08, da 1ª Vara Cível de Marília, que versa sobre os mesmos fatos apurados no processo criminal em epígrafe.

Todavia, a MM. Juíza Relatora, Dra. Renata Biagioni, **indeferiu a juntada dos documentos apresentados pelo recorrente, determinando seu desentranhamento e entrega à subscritora**, “*posto que a análise dos mesmos acarretaria a supressão de um grau de jurisdição, o que é vedado pelo direito positivo vigente*”.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

Em julgamento realizado em 1º de abril de 2009, a Colenda Turma do Egrégio Colégio Recursal da Circunscrição Judiciária de Marília negou provimento ao recurso.

A defesa do paciente interpôs embargos declaratórios alegando que o V. Acórdão de fls. 156/157 não analisou todas as teses defensivas. A MM. Juíza Relatora conheceu dos embargos, mas negou-lhes provimento, observando a insistência da Defensora em anexar aos autos documentos que o Juízo determinou o desentranhamento, uma vez que importaria em supressão de um grau de jurisdição, bem como que *“não se deve olvidar que a decisão prolatada no juízo criminal faz coisa julgada no juízo cível e não o inverso conforme pretende a Defesa”*.

Diante desta decisão, a Advogada do ora paciente interpôs Recurso Extraordinário (fls. 186/189), pleiteando a nulidade do V. Acórdão, diante do cerceamento imposto à defesa pelo indeferimento da juntada das provas.

O Recurso foi contrarrazoado pelo Ministério Público (fls. 192/199), sustentando, em preliminar, o não conhecimento do recurso por falta de pré-questionamento, bem como pela ausência de repercussão geral; no mérito, opinou pelo provimento do recurso, por assistir razão ao recorrente.

Todavia, o douto Juiz Presidente do Colégio Recursal de Marília negou seguimento ao recurso, fundamentando que *“a pretensão pela qual se bate o recorrente não tem a conotação constitucional que este lhe empresta. Com efeito, o item LV do artigo V da Carta Magna assegura aos litigantes o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Todavia, tal abrangência não significa que mera questão de natureza processual possa ser objeto de avaliação pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, exatamente porque não cuida a questão decidida pela MMª Juíza Relatora (fls. 183/184) de assunto que configure controvérsia constitucional. Destarte, não há como se admitir a pretensão do recorrente”*.

Foi interposto agravo de instrumento (fls. 203/208), objetivando o recebimento do Recurso Extraordinário.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

Todavia, o douto Juiz Presidente do Colégio Recursal de Marília determinou certifique-se a ocorrência do trânsito em julgado às partes, uma vez que “*a petição do agravo foi apresentada no E. Tribunal de Justiça e como até a presente data não deu entrada neste Colégio Recursal conforme certidão supra, e tendo em vista que para fins de aferição de tempestividade do recurso conta-se da data de oferecimento no tribunal competente, houve decurso do prazo em 15/06/09, vez que a publicação da decisão agravada se deu em 03/06/09 (fls. 201vº)*” (fls. 210).

A Defesa do paciente ainda interpôs pedido de reconsideração da r. decisão retro, invocando o conteúdo da Súmula 727, do E. STF, argumentando que não possui o Colégio Recursal condão de analisar requisitos de admissibilidade do recurso, por qualquer que seja o fundamento, devendo este somente e obrigatoriamente dar seguimento ao recurso interposto contra decisão denegatória de Recurso Extraordinário (fls. 212/213).

Todavia, mais uma vez o douto Juiz Presidente do Colégio Recursal de Marília manteve a decisão de fls. 210, alegando que tal decisão não admitiu tampouco negou seguimento ao Agravo de Instrumento, observando, ainda, que o indeferimento do agravo interposto não comporta juízo de retratação, estando esgotada a jurisdição sobre tal questão (fls. 214).

É o breve relatório.

II – Mérito

II.I – 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 decisão que indeferiu a juntada (e determinou o desentranhamento) de documentos extraídos de processo cível que trata dos mesmos fatos apurados no processo criminal.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

A decisão da douta Magistrada, *data maxima venia*, não pode prevalecer sem maltratar os princípios constitucionais aplicáveis ao processo, conforme se observa a seguir.

Embora o direito à prova (também chamado de “direito de provar”¹) não esteja explicitamente previsto na Constituição Federal de 1988, é certo que apresenta status constitucional intrínseco e extrínseco, por força do que dispõe o §2º do artigo 5º, da Lei Maior, ou seja, a previsão de que os direitos expressos no texto constitucional não excluem decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Na esfera internacional, é de se destacar dois Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, que prevêem garantias processuais, abarcando o direito à prova, quais sejam: no sistema global, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, 1 e 3); no sistema regional americano, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, 6 e 8).

Por seu turno, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º) cuidou de garantias processuais, tais como o acesso à Justiça (XXXV), devido processo Legal (LIV) e contraditório e ampla defesa (LV).

Não há dúvidas de que o direito à prova tem dignidade constitucional, uma vez que decorre diretamente de tais princípios supracitados. Não existe acesso à uma ordem jurídica justa, tampouco devido processo legal e muito menos contraditório ou ampla defesa sem que se permita às partes a produção de provas.

Ressalte-se que o Constituinte destacou a garantia do contraditório e da ampla defesa, **com os meios e recursos a ela inerentes**. O contraditório e a ampla defesa não existem sem o direito à prova, pois são as provas que permitem à parte o convencimento do Magistrado; é por meio de um procedimento que possibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa que as decisões judiciais se tornam legítimas.

¹ YARSHELL, Luiz Flávio. Antecipação da prova sem o requisito da urgência.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

Segundo Greco Filho, o contraditório consiste praticamente em: “*poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas [...]*.” (GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 129), de maneira que se percebe a íntima relação entre contraditório e direito à prova.

Todavia, não basta simplesmente facultar à parte a possibilidade de produzir provas; a garantia do contraditório é mais efetiva e substancial – é dizer: o contraditório não prescinde do *poder de influência*. Com efeito, a decisão judicial apenas se legitima quando as partes do processo têm poder de participar do decisório, o que faz pelo exercício do contraditório e, conseqüentemente, do direito à prova.

O professor Fredie Didier Jr., jovem e brilhante processualista civil, aborda com maestria a temática dos princípios processuais constitucionais aplicados, com maior razão, ao processo penal:

“O processo é um instrumento de composição de conflito – pacificação social’, - que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do. Devido processo legal, nos âmbitos jurisdicionais, administrativo e negocial. Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder. Quais são os elementos que compõe á garantia do contraditório? Esta garantia desdobra-se em duas facetas. A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado, efetiva plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar. Mas não é só isso. Há o elemento substancial dessa garantia, há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de ‘poder de influência’, Não adianta permitir que a



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

parte, simplesmente participe do processo; que seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para, que, se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar. à decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar decisão do Magistrado - e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se esta não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação coma possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. Como poderia o magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição, por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação da sanção? Seria punir sem ouvir; seria condenar sem dar a chance de defesa. Não é possível a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade ao 'possível punido' manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão". (Curso de Direito Processual Civil, Edições Podivm, Páginas 42/43).

A sistemática processual civil admite a ampla produção de provas, pois permite que a qualquer tempo, as partes podem juntar aos autos documentos novos, desde que os fatos tenham ocorrido depois dos articulados.

Art. 397, CPC. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

O artigo 517, do Código de Processo Civil admite expressamente, em sede de apelação, a prova de questões de fato não propostas no juízo inferior, desde que demonstre força maior.

Art. 517, CPC. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

E, ainda que tal sistemática vigorasse no processo penal, é certo que, no caso em tela, seria forçoso admitir-se a juntada da prova e sua conseqüente apreciação, pois os documentos acrescidos foram produzidos após a sentença de primeiro grau, como bem ressaltou o douto membro do Ministério Público às fls. 198/199.

Mas, não é só, pois o Código de Processo Penal apresenta maior abertura para a apresentação de documentos em qualquer fase do processo, exceto nas hipóteses vedadas em lei. É o que preconiza o artigo 231, do Código de Processo Penal:

Art. 231, CPP. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

E, diante do atual Código de Processo Penal, com suas recentes alterações, permanece uma única exceção: a do artigo 479, do mesmo *codex*, que veda a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 03 (três) dias úteis, no julgamento em plenário do Júri.

Obviamente, o presente *writ* não versa sobre tal hipótese, de maneira que não está abrangido pela exceção prevista no sistema. **Assim, é certo que inexiste qualquer outra vedação à juntada de prova documental, mesmo em sede recursal.**

Mesmo em sede de processo civil, jurisprudência também aponta neste sentido;

PROVA - DOCUMENTO - JUNTADA EM QUALQUER FASE DO PROCESSO - CARÁTER ESSENCIAL E OCULTAÇÃO PREMEDITADA - AUSÊNCIA - ADMISSIBILIDADE - EXEGESE DOS ARTIGOS 396 E 397, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Somente os documentos tidos como indispensáveis, porque 'substanciais ou 'fundamentais', devem acompanhar a inicial e a defesa. A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada e de surpresa do juízo (Código de Processo Civil, artigos 397, 517).

(2º TAC/SP, 11ª C., Ap. c/ Rev. Nº 723.052-00/1, Rel. Juiz Clóvis Castelo, julg. 18.08.2003).



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

O fato novo ocorrido depois da apelação, mas levado ao conhecimento do tribunal por tempestivos embargos declaratórios, versando sobre o desaparecimento de condição da ação, pode ser considerado pela Câmara. (STJ, 4ª Turma, REsp 434.797/MS, Rel. Min. Ruy Rosado, j. 26.11.02, v.u., DJU 10.02.03, p. 22).

Nas instâncias ordinárias, o fato novo constitutivo do direito que influa no julgamento da lide pode ser alegado na via de embargos de declaração, devendo ser considerado pelo Tribunal “a quo” (STJ, 1ª Turma, REsp 734.598, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.05.05, v.u., DJU 1.7.05, p. 442).

Neste mesmo sentido já decidiu o Pretório Excelso:

A legislação processual penal admite a ampla possibilidade jurídica dos sujeitos processuais produzirem, em juízo, a prova documental por eles reputada pertinente e adequada à demonstração da verdade real (CPP, arts. 231 e 400). A prova da reincidência do acusado pode ser validamente produzida pelo Ministério Público em sede recursal (STF, 1ª Turma, HC 69188/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07.06.93).

Ora, se é possível admitir o acréscimo de uma prova em desfavor do réu (para demonstrar sua reincidência, no julgado acima) em sede recursal, com muito mais razão permitir-se a juntada de documentos que possam beneficiá-lo!

Outros julgados do Supremo Tribunal Federal já admitiram a juntada de documentos (mesmo pela acusação) em grau recursal, conforme se observa abaixo:

RECURSO. Extraordinário. Apelação criminal. Juntada de documentos, pela acusação, após o oferecimento de contra-razões de apelação pela defesa. Oportunizado o contraditório, não houve manifestação. Não há formalidade a ser observada, bastando a intimação da parte interessada. Omissão propositada do defensor, que, intimado, não ofereceu resposta. Inteligência do art. 565 do CPP. Nulidade não caracterizada, porque provocada pela defesa. Recurso não provido. A parte não pode beneficiar-se de nulidade que provoque. A propositada omissão do defensor, que, devidamente intimado, não se desincumbiu do ônus de responder, descaracteriza eventual nulidade. Ademais, não há formalidade por obedecer em tais situações,



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

bastando, para efeito de observância das garantias processuais da defesa, intimação para manifestação oportuna da parte interessada. Não há, pois, nulidade por pronunciar. (STF, 2ª Turma, RE 594209/SC, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgado em 25/11/2008)

E tal não poderia ser a conclusão, sobretudo porque a existência de prova nova pode até mesmo ensejar a desconstituição de coisa julgada, através de **revisão criminal**, conforme prevê o artigo 621, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por todo o exposto, fica evidente que inexistente qualquer lógica em se permitir uma ação autônoma de impugnação de decisão sob a definitividade emprestada pela eficácia da coisa julgada, mas negar-se tal possibilidade antes do julgamento de um recurso.

Até mesmo por economia processual torna-se justo o pleito!

E não se trata de se buscar que o julgamento na esfera cível faça coisa julgada no âmbito penal, como sugeriu a douta Magistrada; sequer se acostou aos autos decisão da esfera cível. O que se busca é a apuração da verdade, com a maior produção de provas possível, que não prescinde da juntada dos documentos, que se referem aos fatos narrados na denúncia, embora apurados no juízo cível.

Por isso, fica bem demonstrada a importância dos documentos para a análise do presente caso, pois são termos de depoimento pessoal e oitiva de testemunhas no bojo de procedimento indenizatório de natureza cível, sobre os mesmos fatos relatados na denúncia. E a patrona do impetrado apontou **inúmeras divergências entre os relatos juntados com aqueles colhidos na instrução criminal**. Desta forma, os documentos suscitam sérias dúvidas quanto à credibilidade das provas que embasaram a condenação, e, assim, poderiam resultar em julgamento diametralmente oposto, com a conseqüente absolvição do réu.

Fica evidente, pois, que a não apreciação desta prova causa prejuízo irreparável ao impetrante, razão pela qual torna-se patente a ilegalidade da decisão que



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

determinou o desentranhamento dos documentos apresentados pelo paciente, uma vez consubstanciado o nítido cerceamento ao direito de defesa.

Tal eiva há de ser reconhecida, anulando-se o processo desde a r. decisão que indeferiu a juntada dos documentos, determinando-se novo julgamento, que aprecie as provas acrescidas, acaso não operada a prescrição.

II – 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 à defesa do paciente, determinando o desentranhamento da prova documental juntada em sede recursal, sem amparo em qualquer previsão legal, afrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa. O *periculum in mora*, por seu turno, é verificado pela determinação do douto Juiz Presidente do Egrégio Colégio Recursal da Circunscrição Judiciária de Marília em certificar o trânsito em julgado da decisão, determinando, ainda, a remessa dos autos para primeira instância a fim de dar início à execução da pena.

III – Pedido



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

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, 1º de setembro de 2009.

CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
3º Defensor Público do Estado em Marília