

JURISPRUDÊNCIA EM CONFLITO

"Interpretação sobre lavagem é maior equívoco do STF"

16 de dezembro de 2012, 8h04

Por Marcos de Vasconcellos e Elton Bezerra



O maior equívoco do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470, o processo do mensalão, foi o entendimento firmado na aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro. A avaliação é do advogado **Fabio Tofic Simantob**, especialista em Direito Penal.

Sócio-fundador do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e formado em Direito pela PUC-SP, Tofic, de 33 anos, diz que o Supremo antecipou o cometimento da lavagem para o momento da consumação do crime.

“Lavagem é o que se faz com o dinheiro recebido, e não a forma como o dinheiro é recebido”, defende.

Em entrevista à revista **Consultor Jurídico**, o especialista em Direito Penal também falou sobre outras lições que podem ser tiradas da AP 470. Uma delas refere-se à teoria do domínio do fato. Segundo Tofic, a doutrina surgiu na Alemanha para evitar que o mandante recebesse pena menor do que o autor do crime. Como no Brasil essa brecha não existe, ele diz que por aqui ela passou a ser usada como justificativa para transformar responsabilidade subjetiva em responsabilidade objetiva. “A teoria do domínio do fato foi usada como coringa para falta de prova”, afirma.

Tofic teceu comentários sobre o exercício da advocacia e os desafios que os advogados enfrentam no dia a dia. Segundo ele, o maior acesso da população à Justiça tem provocado nas cortes superiores um endurecimento contra garantias conquistadas. “É um país que está dizendo o Direito de acordo com o volume de trabalho, e não de acordo com a Constituição”.

Um dos exemplos do problema que está se criando é a restrição ao Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário no STF. “Melhor seria que se proibisse qualquer tipo de Habeas Corpus, aí ficaria claro o absurdo que é fazer uma restrição dessas”, afirma.

Leia a entrevista:

ConJur — O que pode ser visto como resultado do julgamento do processo do mensalão?

Fábio Tofic — Uma questão importante é a nova Lei de Lavagem. Apesar de, no tipo penal, ela ter mudado muito pouco, o julgamento do mensalão foi um teste. O tipo é exatamente igual: ocultar ou dissimular a origem, disposição, propriedade ou movimentação financeira oriundos de infração penal. Antes era só oriundos de crime. Já a infração penal comporta também a contravenção penal, e isso pode gerar algumas discussões sobre a proporcionalidade da lei. Faz sentido punir com mais rigor a lavagem do que o próprio crime principal? Isso pode acontecer no caso da contravenção, por exemplo, ou em um crime de menor potencial ofensivo.

ConJur — E qual a sua opinião sobre isso?

Fábio Tofic — É um absurdo e um erro da lei. É como se a lavagem tivesse fim em si mesmo. Primeiro porque a lavagem de dinheiro é uma das coisas mais mal compreendidas do novo Direito Penal.

ConJur — E o que é lavagem de dinheiro?

Fábio Tofic — Existe uma definição fenomenológica, razoavelmente aceita por todos, que diz que é o processo destinado a conferir aparência de licitude a bens provenientes de crime ou infração penal, como diz agora a lei. Mas como defino isso na prática? Foi a grande dificuldade do Supremo no julgamento do mensalão e levou a inúmeros equívocos. Aí vem a segunda pergunta: o tipo que está na lei corresponde a essa descrição fenomenológica? Não. O tipo diz: "Ocultar ou dissimular origem". Então é uma questão que se coloca: o tipo penal dá uma definição diversa da sociológica? É uma incógnita. Ninguém consegue entender o que esse tipo significa. No fundo está todo mundo, o Supremo e a doutrina, entrando em um debate extremamente amplo e complexo, porque, no fundo, o erro é da lei. Ninguém entende esse tipo penal.

ConJur — A lei foi mal redigida?

Fábio Tofic — Ela é fruto da Convenção de Viena [1988], que foi quem primeiro definiu o que seria lavagem e, na época, só se falava em tráfico. A Convenção de Viena, que eles chamavam de lavagem da primeira geração, punia só os crimes de lavagem derivados do crime de tráfico. Existem outros países com tipos parecidos.

ConJur — O Brasil fez bem em incorporá-la?

Fábio Tofic — Não é porque veio da Convenção ou porque outros países fazem igual que a gente deve fazer. O que quer dizer ocultar ou dissimular? A rigor, o verbo ocultar já é uma conduta ativa comissiva. Ocultar não é só sonegar das autoridades a existência. Ocultar é incrementar de alguma forma com atos efetivos que esconda de uma forma mais sofisticada. É um *plus*. Não é apenas uma omissão. Não é esconder em uma gaveta. É criar algo mais sofisticado.

ConJur — Com vários critérios, a lei permite à acusação escolher o que lhe convier?

Fábio Tofic — Exatamente. Se eu quiser interpretar essa lei de forma que o crime corresponda ao fenômeno social da lavagem, é possível dizer: “Na verdade ocultar a origem é enfiar o bem em um processo em que ele sai com a aparência de licitude”. Até teria como interpretar a norma conforme o fenômeno social, mas, como o tipo é amplo, quem interpreta assim é porque quer interpretar dessa maneira. Se eu não quiser interpretar assim eu não preciso, porque não aplicamos o tipo fenomenológico, nós aplicamos o tipo penal, e o juiz vai trabalhar com o tipo penal.

ConJur — É a verdade dos autos...

Fábio Tofic — É a verdade dos autos. Não importa o que o sociólogo fala sobre o homicídio, o que me importa é a descrição da lei. A mesma coisa a lavagem. O tipo se distanciou da sua definição fenomenológica. O crime da lavagem de dinheiro não é mais a conduta de lavar dinheiro, ele é aquilo o que o legislador chama de lavagem de dinheiro. E aí a gente entra na questão: o que o legislador chama de lavagem de dinheiro é relevante do ponto de vista axiológico criminal? É punível do ponto de vista de ofensa a bens jurídicos? Se ele se distanciou do fenômeno social, no que se apegou então? De onde ele extraiu essa abrangência a ponto de legitimar a tese, por exemplo, de que o recebimento de honorários por um serviço pode configurar lavagem? No fundo, qual é o valor? Qual o bem jurídico? Qual a finalidade? O que se quer proteger com a lavagem? Isso se perdeu.

ConJur — Que outras implicações ela traz?

Fábio Tofic — O problema é o que mais é punido. Receber dinheiro sem praticar fraude nenhuma ou dispor do dinheiro, por exemplo. Se o criminoso tiver esse dinheiro em uma conta bancária, é lavagem? “Ah, claro que é. Porque está na fase da colocação.” É o que hoje todo mundo tem dito.

ConJur — No caso do mensalão houve até a discussão do caso em que o deputado mandava a esposa pegar o dinheiro no banco. Pelo julgamento, isso seria uma prova de que estaria tentando ocultar.

Fábio Tofic — O que para mim é um absurdo. Havia uma discussão, inclusive no Supremo, sobre o momento em que a lavagem acontecia, se ela podia se confundir com o exaurimento do crime. É a tal história: o cara recebeu dinheiro do tráfico ou da corrupção e usa esse dinheiro para comprar carros ou outras coisas. Em um julgado do Supremo, o ministro Sepúlveda Pertence disse: “Isso é lavagem.” Mas tem um texto do Celso Vilarde analisando esse julgado e dizendo: “Não é lavagem. Porque gastar o dinheiro do crime está na linha de previsibilidade disso.”

ConJur — E agora, no Supremo?

Fábio Tofic — A discussão agora no julgamento do mensalão é pior, porque eles anteciparam o cometimento da lavagem para o momento da consumação do crime. Independente de consumação ou não, lavagem é o que fazer com o dinheiro recebido, e não a forma como o dinheiro é recebido. E não é só no caso do João

Paulo Cunha. Numa das sessões, a ministra Rosa Weber, que é assessorada pelo Sergio Moro (especialista em lavagem de dinheiro e considerado um juiz rigoroso), divergiu. Ela falou: “Gente, não podemos confundir a lavagem com o cometimento do crime. Os estratagemas que o cara usa para receber a propina não têm nada a ver com a lavagem”. Esse é o grande equívoco do julgamento.

ConJur — E sobre a questão do crime antecedente?

Fábio Tofic — Daqui a pouco vão falar que é lavagem ocultar ou dissimular produtos que não se conhece a procedência. É mais ou menos como a ideia do ministro Gilson Dipp de criminalizar o enriquecimento ilícito. Quando o cara não consegue justificar de onde vem o dinheiro, ele comete o crime. É como se dissesse "eu quero te acusar de corrupção, mas não posso, porque existe uma dúvida e prevalece a presunção de inocência. Só que, como você também não me prova o contrário, eu vou punir o mero estado anterior, que é a manutenção do dinheiro, ou seja, você ter o dinheiro".

ConJur — Há uma inversão do ônus da prova?

Fábio Tofic — Exatamente. É uma forma de burlar a presunção de inocência. Você não consegue, pela dúvida, punir por um crime, mas pune por outro.

ConJur — O que pode ser extraído da maneira como o STF aplicou a teoria do domínio do fato?

Fábio Tofic — A teoria do domínio do fato nasceu porque na Alemanha havia penas diferentes para o autor e para o partícipe. Então o cúmplice ou até o mandante tinha pena menor do que a do autor. Aqui no Brasil, o Código Penal, no artigo 29, não distingue a pena do autor e do partícipe. Elas são iguais. A teoria do domínio do fato foi criada para igualar o mandante ao autor e evitar que se aplicasse ao mandante uma pena menor. Entender isso é de fundamental importância. A teoria surgiu principalmente por conta dos julgamentos dos crimes do nacional socialismo [nazismo]. Senão, pelo simples fato de o cara ter sido o mentor, ele recebia uma pena mais leve do que a do outro, porque o Código alemão assim dispunha.

ConJur — Não é por uma questão de provas?

Fábio Tofic — Ela não criou a possibilidade de condenar alguém por algo que não fez, de que não participou. Era uma questão de tentar equiparar juridicamente pessoas que estão em situações injustas. Porque a participação do mentor é muito mais relevante do que a do cara que puxou o gatilho. O cara que atirou poderia ser substituído por outros 10 mil.

ConJur — Ele foi um mero instrumento?

Fábio Tofic — Foi um mero instrumento. Mas aqui no Brasil não existe essa distinção de pena, que é a mesma para o autor, para o mandante e para o partícipe. O que importa saber aqui é se foi mandante, se foi partícipe, se ordenou, se praticou. Há um pouco de fetiche demais, para enfeitar. Quem surgiu com isso [a teoria do domínio do fato] no processo foi o Procurador Regional da República. É para mostrar vanguarda internacional na tese que está sustentando, que, no fundo, é

uma questão de prova. O cara participou? Ordenou? Deu a ordem? Sabia e não fez nada para impedir? É isso.

ConJur — Então criaram essa discussão por uma coisa desnecessária?

Fábio Tofic — É. Tem gente que passou a adotar a teoria do domínio do fato para justificar a responsabilidade objetiva. Essa é a questão. Não é que pela teoria do domínio do fato não precisa provar a participação do mandante. Nunca ninguém disse isso, muito menos Claus Roxin. A teoria do domínio do fato permite que se equipare o mandante ao autor do crime. O que no Brasil não faz diferença nenhuma.

ConJur — Se aqui no Brasil eles já estavam equiparados, ao aplicar essa teoria, o mandante acaba sendo mais apenado que o executor?

Fábio Tofic — Não. Porque a teoria do domínio do fato foi usada como se fosse um coringa para falta de prova.

ConJur — Isso ocorreu no processo do mensalão?

Fábio Tofic — Nas alegações finais da Procuradoria-Geral da República. Não sei se tem prova ou não tem, porque não conheço o processo. Mas o que deu a entender foi que, pela teoria do domínio do fato, o José Dirceu tem de ser [condenado], porque ele tinha o domínio do fato, ele era o homem mais poderoso do governo. Isso não é suficiente. Tem de ter prova que ele participou do fato.

ConJur — Ouviu-se muito a seguinte frase: “Não é possível que fulano não sabia que acontecia tais e tais coisas”.

Fábio Tofic — Se isso é um argumento válido, aí eu estou com as defesas: era caso de quebra de individualização da Ação Penal, porque deixaram de denunciar um dos réus. Se fosse por esse raciocínio você presume que até o mais alto degrau da hierarquia tinha de saber. Enfim, é presumir.

ConJur — O Márcio Thomas Bastos disse que aqui no Brasil há aqueles que a população julga como os indignos de defesa. O senhor concorda com isso?

Fábio Tofic — Concordo 100% com ele. Ele sentiu isso na pele. O que não pode acontecer, e é essa a moda, é o advogado se render ao politicamente correto. É o que está acontecendo, por exemplo, na Lei de Lavagem. É o advogado achar que tem algum problema ele receber um dinheiro sem saber de onde vem. O advogado que não tem consciência de que ele pode receber honorários desde que pague impostos tem algo errado em sua formação.

ConJur — Mas há também as causas que contam com apoio da população.

Fábio Tofic — Se for uma causa simpática à população, ninguém vai questionar da onde vêm os honorários. Esse questionamento sempre acontece quando o acusado é odiado e tem dinheiro. Por que ninguém pergunta quanto ele pagou para o arquiteto fazer a casa em que ele mora? Por que ninguém pergunta quanto o cirurgião cobrou para fazer a cirurgia do cara? Por que ninguém pergunta como ele

paga a escola dos filhos dele? O problema é receber o dinheiro ou o problema é quem está recebendo?

ConJur — Há confusão entre Justiça e vingança?

Fábio Tofic — Há algumas confusões. A primeira é de que o advogado é cúmplice do cliente. E o Márcio foi vítima disso. O advogado não é visto como um ser honesto, decente, com princípios, um homem íntegro e que aceita a incumbência cristã de ajudar o próximo em uma situação difícil. Já vi gente em programa de televisão, de jornal, já vi professora de Direito da USP dizendo que é um absurdo o advogado receber de criminosos. Na eleição da OAB-SP, usaram contra o Alberto Toron [candidato a presidente da entidade] o fato de ele ser advogado do João Paulo Cunha. Se isso depõe contra o candidato, estamos numa crise sem fim da advocacia. Perdemos completamente a consciência do que somos, do que temos a fazer.

ConJur — O que podemos esperar do novo Código Penal?

Fábio Tofic — Um projeto de Código Penal que a advocacia não gostou, o Ministério Público não gostou e a magistratura não gostou não pode ser bom.

ConJur — Mas isso não provaria o seu equilíbrio, já que não agradou ninguém?

Fábio Tofic — Não. Se fosse num ponto específico, tudo bem. Por exemplo, a definição de lavagem a advocacia achou rigorosa demais, já o MP achou leniente demais. Aí você pode falar que simboliza um equilíbrio. O problema é que não são em questões pontuais. Cada um tem sua crítica. Essa coisa de mudança de lei eu nunca vejo qual é a utilidade. Nunca vi uma lei que entrou em vigor, na área penal pelo menos, que fez as coisas melhorarem. Principalmente na área do Direito material. Você já tinha ouvido falar em lavagem de dinheiro antes de 1998? Não. A lei veio e apareceu o crime. Isso está resolvendo o problema da lavagem de dinheiro?

ConJur — O que poderia ser aplicado no lugar da Lei de Lavagem?

Fábio Tóffic — O crime de favorecimento real está no Código desde 1940, e tinha uma pena razoável. Ele não permitia a condenação do sujeito por esse crime, se ele já era o autor do crime anterior. Ele tinha toda uma sistemática ótima para esse crime. Para que inventaram a lavagem de dinheiro? O que melhorou? O que resolveu? Algumas coisas obviamente precisam ser mudadas, porque são aberrações, e aberrações que geram consequências graves.

ConJur — Poderia citá-las?

Fábio Tofic — O artigo 273 do Código Penal. Esse crime é punido com uma pena mínima com dez anos de prisão. Nesse artigo, comprar um equipamento ou qualquer coisa sem autorização da Anvisa é o mesmo crime da falsificação de medicamentos. É um crime que ganhou uma ampliação tão grande que tem gente que, por uma questão ridícula, está condenada a dez anos de prisão. É uma excrescência, precisa mudar e é grave. Isso coloca gente de bem na cadeia para cumprir pena de homicídio qualificado.

ConJur — Há quem defenda que o Código Penal precisa de atualização.

Fábio Tófic — Acho ridículo. Nosso Código Penal é muito bom. A parte geral é muito boa. É claro que há várias coisas que podem ser melhoradas, mas já se criou uma doutrina, uma jurisprudência em cima do Código. A reforma de 1984 trouxe inúmeras atualizações importantes. Não entendo por que mudar.

ConJur — E os crimes cibernéticos?

Fábio Tófic — Talvez na informática um ou dois crimes precisem passar a existir. Não existe no Código o dano digital. Entrar no sistema de alguém e destruí-lo é gravíssimo. É como, há 100 anos, tocar fogo e incendiar a loja de uma pessoa. Agora, fraude via internet é fraude, é furto, é estelionato. A jurisprudência arrumou uma forma de acomodar isso. Só muda o meio. O crime é o mesmo.

ConJur — Recentemente foi aprovada uma tese na USP defendendo que o negacionismo não poderia ser criminalizado. A tese fala de negacionismo histórico, sem citar o Holocausto. Qual sua opinião sobre isso?

Fábio Tófic — Quando se fala negacionismo, está muito ligado ao Holocausto. Ao revisionismo. O cara que nega o Holocausto é um estúpido. Mas se formos prender todo mundo que a gente acha estúpido, vai sobrar meia dúzia. Estupidez é estupidez, não é crime.

ConJur — É uma idéia boa ou ruim tirar do Ministério Público o poder de investigação, como prevê a Proposta de Emenda Constitucional 37?

Fábio Tófic — Não sei se sou ovelha negra ou se não entendi algum capítulo da história, mas nunca fui contra o poder de investigação do Ministério Público.

ConJur — Por quê?

Fábio Tófic — Prefiro levar meu cliente ao Ministério Público do que numa delegacia de polícia. O problema é que temos um órgão incumbido da investigação penal, que é a polícia, e um outro órgão que também pode investigar. Na verdade, “pode” significa “faz quando quer”. Se o Ministério Público souber de um crime e não quiser investigar ele não responde por prevaricação, porque é uma opção, não um dever. Isso coloca o MP em uma posição confortável demais para uma instituição. Cria-se o arbítrio. Hoje não, porque temos um Ministério Público muito sério. Respeito muito seus membros. Temos de pensar na instituição, e nos homens que um dia podem estar lá daqui 20 ou 30 anos.

ConJur — O que deve ser feito?

Fábio Tófic — É razoável o que o Supremo começou a definir há alguns meses: tentar definir em que casos o Ministério Público pode e não pode investigar. É evidente que em um caso de tortura ou corrupção policial, não vai ter ninguém para apurar se o MP não puder investigar.

ConJur — Isso implicaria em que tipo de mudanças nos inquéritos e processos?

Fábio Tófic — No momento em que você permite o MP investigar, algumas coisas

precisam ser observadas. Por exemplo, eu tenho direito, como advogado, de arrolar o promotor que capitaneou as investigações como testemunha do processo. Assim como o promotor, eu normalmente intimo o delegado do flagrante. Se o promotor investiga, oferece a denúncia e atua no processo, os papéis dele ficam confusos, como testemunha, como pessoa que atuou na fase pré-processual e como a parte contrária. Aí é complicado.

ConJur — O que o MP deveria fazer nesse caso?

Fábio Tofic — O Ministério Público precisa se organizar para definir melhor os papéis. Já trabalhei em caso que o MP investigou e deu depoimento pessoal: “O que essa testemunha falou é verdade mesmo, porque fui eu que colhi o depoimento dela”. Aí é importante que se dê também a chance de o advogado colher o depoimento no seu escritório, para ter paridade de armas. É muito comum nos Estados Unidos. Lá audiência é feita nos escritórios.

ConJur — Mas com a presença do juiz, não?

Fábio Tofic — Não necessariamente. Vai um oficial com um cartorário, para registrar.

ConJur — Isso poderia ser feito aqui?

Fábio Tofic — Deveria ser feito. No momento em que você dá o poder de o Ministério Público investigar, tem de dar o poder da defesa. É a mesma coisa no caso de cooperação jurídica internacional. O Estado vai lá no além-mar, busca provas, trás para cá e processa o seu cliente. Aí, se você quiser produzir uma contraprova arrolando alguém lá do além-mar, é preciso pagar uma rogatória que custa R\$ 50 mil. Se o acusador tem isso financiado pelo Estado, a defesa tem de ter também.

ConJur — Isso é cerceamento de defesa?

Fábio Tofic — Total. Estamos caminhando cada vez mais para um Direito Processual Penal que valida qualquer coisa que o Estado acusador queira fazer e coloca todos os obstáculos possíveis ao exercício da defesa, principalmente por conta dessa questão da cooperação internacional. Sempre com argumentos de ordem administrativa. Como vou me defender de uma acusação cuja prova foi colhida na Holanda se eu não puder ir colhê-la na Holanda?

ConJur — Mas pagar por isso não oneraria a sociedade para favorecer um particular?

Fábio Tofic — Você vai me negar o direito de ouvir o cara que prendeu o meu cliente na fase policial? É a contraprova.

ConJur — Hoje pode-se colher depoimentos no escritório?

Fábio Tofic — Não. O que dá pra fazer, e se assemelha um pouco a isso, é a declaração pública no cartório. Você leva uma testemunha no cartório, pede para

ela fazer uma declaração, e junta ao processo. Isso tem força de fé pública, quer dizer, prova que aquela pessoa realmente prestou esse depoimento.

ConJur — E isso hoje em dia é usado normalmente?

Fábio Tofic — Razoavelmente comum. Quando a testemunha está hospitalizada, leva-se o tabelião ao local e colhe-se o depoimento dela.

ConJur — Qual sua opinião sobre essa mudança implantada pelo STF quanto a Habeas Corpus?

Fábio Tofic — Com a redemocratização de 1988, houve uma constitucionalização do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Surgiram inúmeras garantias. Evidentemente as cortes superiores passaram a exercer um papel muito importante de moldar a Justiça aos novos tempos. Isso passou a ser feito na maioria das vezes por réus com advogados contratados e o Superior Tribunal de Justiça e o STF acabaram se tornando os grandes porta-vozes de um Direito Penal mais garantista. Isso é inegável. Eles podem ter passado por momentos mais duros, menos duros, mas, sem dúvida nenhuma, eles foram responsáveis por criar uma jurisprudência garantista, que impede abusos.

ConJur — E atualmente?

Fábio Tofic — De alguns anos para cá, duas coisas importantes aconteceram. A primeira foi a ascensão da classe C, D e E, e, junto a isso, a possibilidade de contratar um advogado. Ao lado disso criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo [2006], que responde por uma parcela enorme de Habeas Corpus nos tribunais.

ConJur — E como as cortes superiores reagiram?

Fábio Tofic — O STJ passou nos últimos dois anos por um movimento de endurecimento absurdo. Teses que antes eram aceitas hoje não são aceitas. Existe uma argumentação jurídica, mas a razão é de ordem administrativa. É aquele pensamento: “Eu vou negar, porque, se eu der, vai chover Habeas Corpus.”

ConJur — Há exemplos desse endurecimento?

Fábio Tofic — Em São Paulo, o defensor público precisa ser intimado pessoalmente para o julgamento do recurso no Tribunal de Justiça. Não basta sair uma intimação na Imprensa Oficial, tem que ir um oficial e intimá-lo pessoalmente. A jurisprudência do STJ até dois anos atrás era praticamente pacífica: se ficou constatado que em algum momento lá atrás houve um julgamento no tribunal e o defensor dativo ou o defensor público não foi intimado pessoalmente para o julgamento, anula-se todo o processo.

ConJur — E agora?

Fábio Tofic — De uns tempos para cá, no STJ, há casos flexibilizando esse etendimento, dizendo: “Ele não reclamou logo em seguida. Tinha que ter sido feito assim”. As questões de Processo Penal e Direito Penal já não são consideradas pouco graves ou muito graves pelo caso em si, mas pela repercussão que ele terá no

movimento da máquina judiciária, caso seja deferido ou não. Isso é muito grave. É um país que está dizendo o Direito de acordo com o volume de trabalho, e não de acordo com a Constituição.

ConJur — É o caso da restrição a Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário?

Fábio Tofic — Foi o tiro de misericórdia, quando o Supremo disse que não cabe mais Habeas Corpus substitutivos de Recurso Ordinário. Eu entrei com HC e perdi. Assim que saiu acórdão, eu junto o acórdão no novo HC, amanhã eu estou no STJ, despachando a liminar com o ministro. O que significa dizer que não existe mais esse Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário? Significa que você transformou o HC em um recurso. Já temos um monte de recurso, não precisa HC. Agora, primeiro, eu tenho que esperar a publicação do acórdão, coisa que no Tribunal de Justiça de São Paulo não coincide com sua disponibilização. O acórdão é disponibilizado hoje, mas pode ser publicado só daqui a dois meses. Vou entrar nos autos com o recurso, esse recurso vai ser processado e remetido a critério da burocracia do tribunal para o STJ. Eu não poderei mais chegar no dia seguinte no STJ.

ConJur — No que isso pode implicar?

Fábio Tofic — Se o sujeito estiver condenado à força e a execução estiver marcada, você não pode entrar com o HC? Podem dizer que em alguns casos vão admitir, mas é aí que mora o maior problema. No próprio julgamento onde a 1ª Turma do STF entendeu que não cabe mais Habeas Corpus substitutivo, ela entendeu dar de ofício aquela ordem de HC. No próprio julgamento onde se decidiu que não cabe mais, coube. E aí eles estão com entendimento de que se for impetrado antes da mudança de entendimento, eles vão conhecer e julgar. E mesmo assim, em alguns casos excepcionais cabe. Como no caso da Súmula 691.

ConJur — O que é essa súmula?

Fábio Tofic — Ela diz que não cabe Habeas Corpus contra decisão monocrática de liminar proferida pelo ministro do tribunal inferior. Tem uma súmula que diz que não cabe HC nessa situação, mas tem uma jurisprudência enorme, abundante, que diz que em casos excepcionais é possível. Havia muitos casos em que se entrava com HC no TJ aqui e perdia a liminar. Antes de julgar o HC, você já entrava com outro no STJ, outra liminar. Perdia a liminar, antes de julgar o HC do STJ, você já ia para o Supremo. Você chegava no STF sem ter nenhum HC julgado, só com liminares. E, dependendo do caso, te davam liminares lá no Supremo, porque é situação excepcional. Só que não dá para identificar um critério na jurisprudência para dizer quando cabe ou quando não cabe a flexibilização dessa súmula. É quando o juiz entende que o caso é absurdo. O efeito mais deletério dessa sistemática é criar uma Justiça obscura.

ConJur — O que isso pode implicar para o jurisdicionado?

Fábio Tofic — Em um país com a tradição de favorecimento que a gente tem aqui,

não é a coisa mais desejada ter um instrumento cuja concessão ou denegação depende da decisão daquele juiz naquele caso. Não tem mais parâmetro. Isso é o mais grave de tudo.

ConJur — Há um recurso extraordinário com Repercussão Geral Supremo que discute considerar ou não os processos criminais em andamento como maus antecedentes no cálculo da pena base. E tem uma súmula no STJ, a 444, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base. Como o senhor vê essa discussão?

Fabio Tofic — É um absurdo agravar a pena base com base em inquérito ou processo em andamento. Você está considerando de alguma forma o sujeito culpado por aquele crime que ainda não foi julgado, e será julgado por outro juiz. Não tem nada que fira mais a presunção de inocência, e o princípio do juiz natural da causa. O sujeito não julgou o caso, ele não sabe o que tem no bojo do processo, ele não acompanhou as audiências, ele não ouviu os argumentos. Como ele pode considerar que aquele fato é capaz de levar alguém por mais três meses para a prisão?

Marcos de Vasconcellos é chefe de redação da revista **Consultor Jurídico**.

Elton Bezerra é repórter da revista **Consultor Jurídico**.

Revista **Consultor Jurídico**, 16 de dezembro de 2012, 8h04