EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA XXª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE XXXXXXXX

Processo nº XXXX.XX.2000.XXXXXX
Controle nº XXX/

M.T.S., devidamente qualificado nos autos do processo-crime que lhe move o Ministério Público, inconformado com a respeitável sentença condenatória de fls. 3357, por seu advogado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência interpor os presentes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO,

com fundamento no art. 382 do Código de Processo Penal, pelos seguintes motivos:

1) A sentença foi omissa, no que pertine às alegações de atipicidade da conduta narrada na denúncia, pela ausência de pessoa humana

induzida a erro. A defesa em suas alegações finais demonstrou, que não se pode cogitar da existência de estelionato quando inexiste uma pessoa física, com capacidade de discernimento, que tenha sido induzido a erro. Sustentou-se com apoio na doutrina nacional e estrangeira, que o tipo do estelionato exige o **induzimento ou manutenção de alguém em erro**, consoante a redação do tipo, e que alguém é apenas o ser humano e não um ente abstrato. Na mesma linha, sustentou-se que o erro é um estado cognitivo e, como tal, privativo do ser humano, pois apenas este pode pensar e, por conseguinte, errar. Convém ressaltar que tal posição foi sustentada com amparo em diversos autores pátrios — MAGALHÃES NORONHA, RÉGIS PRADO, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., NÉLSON HUNGRIA e MIRABETE — e estrangeiros — VIVES ANTON , GONZÁLEZ RUS e MUÑOZ CONDE. Saliente-se, ainda, que tal tese é exposta com clareza pelo conceituado jurista JULIO FABBRINI MIRABETE, que em substancioso parecer expôs que a denúncia é inepta por narrar conduta que não é típica em face do crime de estelionato.

A referida argumentação foi exposta no item 2.2 (pp. 3/5), bem como no item 3.5 (pp. 41-44) das alegações finais. Trata-se, portanto de um ponto central da defesa e não poderia a sentença ser omissa em relação a tal tese.

Ao tratar do tema, o MM. Juiz, *data venia*, tangenciou a questão, sem que tenha refutado um só dos argumentos expostos nas alegações.

Nas fls. 3359/3362 da sentença consta uma longa transcrição de acórdão de *habeas corpus*, na qual não consta qualquer refutação. Ao contrário, há uma série de afirmativas genéricas no sentido de que a denúncia não é inepta por permitir a defesa, mas não há em nenhum momento a refutação aos argumentos expostos. Também há uma clara confusão entre a tese exposta e a afirmativa de que é possível estelionato contra a pessoa jurídica — o que não foi alegado em nenhum momento pela defesa. É elementar a questão: pode haver estelionato contra a pessoa jurídica quando há dois sujeitos passivos, o sujeito do desfalque patrimonial, que é a pessoa jurídica, e o sujeito do erro, que é alguém, ou seja, o ser humano. Em outros termos para que exista estelionato contra a pessoa

jurídica é essencial que uma pessoa, que a represente, tenha sido induzida a erro, pois a pessoa jurídica nem é alguém, nem pode errar, porque não pensa.

Assim, o que se constata é que a sentença não refutou o que foi alegado, mas o que **não** foi alegado pela defesa!

Seria imprescindível que a sentença respondesse às seguintes indagações: **a) o termo "alguém", que descreve também o objeto material do homicídio, pode abranger a pessoa jurídica? b) como é possível que o erro, descrito pela doutrina como um estado cognitivo, tenha ocorrido em relação a uma entidade abstrata como a Entidade Beneficente? c) como se pode afirmar que está presente o nexo causal, também apontado pela doutrina como essencial à configuração do estelionato, entre o erro e a disposição voluntária do patrimônio?**

2) Não bastasse essa gravíssima lacuna, constata-se que também a sentença foi **omissa** no que se refere à alegação, em preliminar, de que a perícia das contas do acusado constitui-se corpo de delito, cujo exame é essencial, salvo se houverem desaparecido os vestígios do crime, consoante os termos do art. 158, do CPP. Afirmou-se, com expressa afirmativa de NUCCI,[1] que o Código de Processo Penal, nesse passo, contém uma exceção ao princípio da persuasão racional do juiz, estabelecendo uma prova tarifada. Consoante o texto expresso da lei, havendo vestígios do crime será imprescindível o exame de corpo de delito, que só poderia ter sido dispensado se houvessem desaparecidos os vestígios do crime.

Apesar de ter sido levantada essa questão no item 2.4 das alegações finais (pp. 8-18), a sentença omitiu-se da análise dessa preliminar.

[1] "Trata-se de uma prova imposta por lei (prova tarifada), de modo que não obedece à regra da ampla liberdade na produção das provas no processo criminal." (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 383).

A omissão é tão evidente que tal tese sequer foi exposta pelo MM. Juiz, ao fazer o relatório, quando apontou quais foram as teses sustentadas pela defesa de **M.T.S.** (fls. 3358/3359). Ou seja, a sentença não considerou a tese, nem quando no relatório, quanto mais na motivação. Pela leitura da sentença, é como se tal tese não houvesse sido sustentada.

No mérito, tratou do tema, sustentando que a prova seria desnecessária. Mas não rebateu a questão da imprescindibilidade do exame de corpo de delito. Saliente-se que a análise do mérito não foi suficiente, pois o Código é expresso ao estabelecer a obrigatoriedade, não se admitindo que tal prova fique a critério da avaliação da necessidade ou não da prova. Assim, para que a sentença cumprisse seu dever de analisar todas as teses defensivas, para evitar a nulidade, seria imprescindível que refutasse o que foi alegado. Em resumo, sustentou-se que se tratando de exame de corpo de delito, não fica ao alvedrio do juiz a realização da prova, pois esta é obrigatória, consoante o texto da lei. Afirmar que a prova é desnecessária não é suficiente para afastar a tese, mas apenas uma forma de tangenciá-la. **Assim, imprescindível que se corrija a omissão enfrentando a questão no que se refere a ser ou não corpo de delito a perícia nas contas de M.T.S.**

3) Também foi lacunosa a sentença no que se refere à preliminar exposta no item 2.5 das alegações finais (pp. 18-21), no sentido de que se uma perícia foi deferida pelo MM. Juiz, ao receber a denúncia, por entender imprescindível — inclusive com apoio em opinião do Ministério Público — não poderia, em evidente inovação, o juízo decidir pela desnecessidade de perícia que já havia sido deferida.

Também aqui se verifica o que foi apontado no item anterior, pois a referida tese da defesa sequer foi mencionada na sentença, quando se relatou as teses sustentadas pela defesa. Desprezou-se, em suma, completamente uma tese jurídica feita com amparo doutrinário e jurisprudencial.

Para que fosse contrariada tal tese, não poderia o juiz abster-se de contrariar os argumentos expostos, inclusive com expressa posição jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo,[2] **expondo argumentos jurídicos que justificassem a não realização de perícia que já havia sido deferida. Não se trata de analisar a necessidade da perícia, como consta da sentença, mas de refutar a afirmativa da defesa de que não pode um processo ser ir a julgamento sem que fosse realizada perícia que havia sido deferida pelo MM. Juiz, quando do recebimento da denúncia.**

4) No que se refere à tese exposta nas alegações finais no sentido de que não é válido, como meio de prova, a delação de co-réu colhido sem que se permitisse ao defensor outro réu ao qual aquele acusou, tivesse oportunidade de fazer as reperguntas. Sustentou-se tal tese no item .2.5 (pp. 21-25), baseado na melhor doutrina. Não obstante as substanciosas opiniões dos autores citados, a tese não foi contrariada na sentença, que se limitou a afirmar singelamente que a "delação ocorreu em Juízo e sob o crivo do contraditório" (fls. 3369). Simplesmente, a sentença não tratou de tema.

A questão do contraditório, consoante foi exposto, refere-se à não participação dos defensores do co-réu delatado (**M.T.S.**), no interrogatório do co-réu delator (R.C.). Sustenta a doutrina, Ada Pelegrini Grinover, em especial, que o co-réu delator atua como se fosse testemunha, razão pela qual deve ser dada oportunidade à defesa do co-réu delatado para fazer reperguntas referentes a incriminação de seu cliente. Embora fosse colhido o interrogatório em processo sob o crivo do contraditório, no que se refere à ação penal como um todo, não foi observado o contraditório especificamente na produção daquela prova incriminatória (delação de co-réu) em relação à **M.T.S.**.

[2] **Deferido o exame pericial pericial, a prolação da sentença sem a sua realização constitui cerceamento de defesa, que acarreta a anulação daquela peça.** (TJSP — HC nº 108.469 — Câmaras Conjuntas Criminais — V.U. — Rel. Mendes França — 425/281)

A alegação genérica de que o interrogatório foi colhido sob o crivo do contraditório não é refutar a questão exposta anteriormente, razão pela qual é essencial que se corrija a omissão, **apontando os argumentos jurídicos que justifiquem a admissão de tal prova em desfavor do co-réu M.T.S.. Em outras palavras, como seria compatível com o contraditório se não foi possível a M.T.S. fazer reperguntas ao acusado delator.**

5) Não bastassem tais omissões, a sentença ainda contém uma última e importante omissão, no que se refere à fixação da pena de multa. É expresso no art. 49, do Código de Penal, — vigente desde a reforma penal de 1984 — que a fixação da pena multa tem um processo bifásico, no qual primeiro se fixa a quantidade de dias-multa, para depois se fixar o valor de cada dia-multa, que variará entre 1/30 a 5 vezes o valor do salário-mínimo.

> **"De acordo com sistema do dia-multa adotado pela nova Parte Geral do CP, a pena de multa deve ser calculada em duas fases distintas. Na primeira fase é fixado o número de dias-multa, entre o mínimo de 10 e o máximo de 360, considerando-se as circunstâncias do art. 59 do Diploma Penal. Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa levando-se em conta a situação econômica do condenado" (STJ – 5.ª T. – REsp. 97.055 – Rel. Edson Vidigal – j. 19.08.97 – DJU 22.09.97, p. 46.515).**

> **"O art. 49 e § 1.º do CP estabeleceram um sistema bifásico para a individualização da pena de multa. Na primeira fase é fixado o número de dias-multa. Na segunda, estabelece-se o valor de cada dia-multa, em percentual correspondente ao salário mínimo"** (TACRIM-SP – AC – Rel. Wálter Swensson – RJD 1/127 e JUTACRIM 97/257). **No mesmo sentido**: TACRIM-SP – AC – Rel. Haroldo Luz – RTJE 49/182 e JUTACRIM 90/343; TACRIM-SP – AC – Rel. Roberto de Almeida – BJM 67/12, RJD 2/118, JUTACRIM 97/297.

> **"A sentença que aplica somente pena pecuniária sem estabelecer o valor do dia-multa não impõe reprimenda, vez que impede a liquidação" (TACRIM-SP – AC – Rel. Gonzaga Franceschini – RJD 2/160).**

Assim, é imprescindível que seja corrigida a omissão para que fixado o valor de cada dia-multa, com a respectiva fundamentação, permitindo o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição.

6) Não bastassem as cinco omissões apontadas, também se opõem os presentes embargos, para que se corrija **contradição** existente na sentença, em relação ao suposto crime de estelionato pela celebração do contrato de prestação de serviços entre a Entidade Beneficente e a empresa Abeecap. Sustentou-se nas alegações finais que se crime houvesse, haveria um delito único e não diversos estelionatos em continuidade delitiva, como exposto na denúncia e que tal delito estaria prescrito, por ter se consumado no momento em que recebeu a primeira vantagem, consistente no pagamento da primeira mensalidade. A sentença afastou o entendimento de que nesse caso o estelionato é crime instantâneo, sustentando que se trata de crime permanente, cuja consumação se protrairia desde a celebração do contrato até o recebimento da última vantagem. Contudo, paradoxalmente, condenou o ora embargante, no que se refere a tal conduta por estelionato em continuidade delitiva, o que significa reconhecer a existência de diversos crimes.

Ora, ou bem ocorreram diversos crimes em continuidade delitiva ou ocorreu crime permanente. É demasiadamente elementar que crime continuado é uma das espécies de concurso de crimes adotados pelo Código Penal, enquanto crime permanente é a classificação de determinado crime. Afirmar que houve crime permanente e condenar por crime continuado é algo absolutamente contraditório. Seria o mesmo que condenar alguém por sequestro e, ao mesmo tempo, aumentar a pena pela incidência do art. 71, CP.

A contradição fica evidenciada quando se analisa a redação da sentença:

> **"No caso, houve uma ação fraudulenta (*simulação de contrato em 01/03/1988*), em decorrência da qual o prejuízo se verificou em prestações sucessivas, razão pela qual há crime permanente, posto que a ocorrência de prejuízo (*e a obtenção de vantagem ilícita*) se protraiu no tempo, somente havendo consumação com a cessação da permanência."** (fls. 3364)

Contudo, ao fixar a pena foi feito o acréscimo pelo crime continuado. Note-se que tal crime teria sido praticado por **M.T.S.**, ora embargante, e N.B.. Esta foi condenada por estelionato apenas pela celebração de contrato com a Abeecap e, no entanto, foi aumentada a pena em 2/3 em razão da continuidade delitiva.

Por esse motivo, não se decretou a prescrição da pretensão punitiva de fatos praticados antes de 20/05/1989, em relação à conduta imputada à **M.T.S.** em conjunto com N.B., pois se reconheceu a existência de crime permanente, vale dizer, crime único.

Resta claro pela leitura da sentença que se trata de contradição entre o fundamento e o dispositivo da sentença. **Imprescindível, pois, que se corrija a contradição da sentença para que se decida se houve crime permanente (um só crime) ou concurso de crimes, na modalidade crime continuado. Nesta hipótese, é de rigor que se prevaleça o decidido na motivação da sentença, segundo a qual houve crime único, afastando-se a incidência da causa de aumento de pena do crime continuado, no que se refere ao crime continuado.**

8) Portanto, antes da interposição de recurso de apelação, é imprescindível a correção da contradição existente, bem como o esclarecimento das omissões apontadas, razão pela qual requer o embargante:

8.1. que seja abordada na sentença a tese da imprescindibilidade de que haja pessoa humana, dotada de capacidade intelectiva, para que se configure o crime de estelionato;

8.2. que na sentença se trate da tese de que a perícia requerida configura exame de corpo de delito que, nos termos do art. 158, CPP, é imprescindível e não sua realização não fica ao alvedrio do juiz;

8.3. que seja tratada na sentença a alegação de que um processo não poderia ser levado a julgamento, sem que fosse realizada uma perícia já deferida pelo juiz em outra oportunidade;

8.4. seja a tese de que a delação feita em interrogatório contra co-réu não é válida como meio de prova, por violação ao contraditório, se não foi dada oportunidade à defesa do co-réu incriminado de fazer reperguntas ao co-réu delator;

8.5. seja fixado o valor de cada dia-multa, como determina o art. 49, CP, com a devida fundamentação;

8.6. que a contradição existente entre a motivação da sentença, que decidiu pela existência de um único crime permanente, e seu dispositivo, que aplicou o aumento de pena pela continuidade delitiva, seja sanada, prevalecendo-se o exposto na motivação da sentença, com o conseqüente afastamento da causa de aumento de pena em decorrência do art. 71, no que se refere ao contrato da Abeecap.

Requer, ainda, sejam acolhidos os presentes embargos e, ao serem analisados os requerimentos dos itens 8.1. a 8.5, seja dado **efeito infringente** aos presentes embargos declaratórios, consoante admitido pela doutrina e jurisprudência, modificando-se a decisão da sentença ora embargada.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 12 de novembro de 2008.

Luiz Carlos Galvão de Barros
OAB/SP 21.650

José Nabuco Galvão de Barros Filho
OAB-SP 147.285