

Coletânea de

ACÓRDÃOS CRIMINAIS

**Gabinete Desembargador
Gervásio Santos**

Junho/2022 a maio/2023

Coletânea de

ACÓRDÃOS CRIMINAIS

*Gabinete Desembargador
Gervásio Santos*



**PODER JUDICIÁRIO DO MARANHÃO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Coletânea de

ACÓRDÃOS CRIMINAIS

*Gabinete Desembargador
Gervásio Santos*

Junho/2022 a Maio /2023



São Luís
2023

COMPOSIÇÃO DO PLENÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Des. ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAÚJO
Des. JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF
Des. JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO
Des. ANTÔNIO GUERREIRO JÚNIOR
Des. CLEONES CARVALHO CUNHA
Desa. NELMA CELESTE SOUZA SILVA SARNEY COSTA
Des. JOSÉ JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS
Des. MARCELO CARVALHO SILVA
Desa. MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Des. PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA – **Presidente**
Des. LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA
Des. JOSÉ DE RIBAMAR FRÓZ SOBRINHO – **Corregedor-Geral de Justiça**
Des. JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA
Des. VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO
Des. KLEBER COSTA CARVALHO
Des. RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA
Des. RICARDO TADEU BUGARIN DUAILIBE – **1º Vice-Presidente**
Des. MARCELINO CHAVES EVERTON – **2º Vice-Presidente**
Desa. ÂNGELA MARIA MORAES SALAZAR
Des. JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO
Des. TYRONE JOSÉ SILVA
Des. LUIZ GONZAGA ALMEIDA FILHO
Des. JOSÉ JORGE FIGUEIREDO DOS ANJOS
Des. JOSEMAR LOPES SANTOS
Des. JOSÉ GONÇALO DE SOUSA FILHO
Des. ANTÔNIO JOSÉ VIEIRA FILHO
Desa. MARIA FRANCISCA GUALBERTO DE GALIZA
Des. DOUGLAS AIRTON FERREIRA AMORIM
Des. FRANCISCO RONALDO MACIEL OLIVEIRA
Des. RAIMUNDO MORAES BOGÉA
Des. GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR
Desa. SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO
Des. SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Des. ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAÚJO
Des. JOSÉ JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS
Des. JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA
Des. VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO
Des. FRANCISCO RONALDO MACIEL OLIVEIRA
Des. GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR
Desa. SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO
Des. SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR - PRESIDENTE
Desa. SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO
Des. SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM

Copyright © 2023 by Superior da Magistratura do Estado do Maranhão

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira

Presidente

Des. Ricardo Tadeu Bugarim Duailibe

Vice – Presidente

Des. José de Ribamar Froz Sobrinho

Corregedor – Geral da Justiça

Coordenadores

Gervásio Protásio dos Santos Júnior

Gustavo Castelo Branco Silva

Seleção dos Conteúdos/

Assessores de Gabinete

Anna Carolina Sousa Matos

Giuliana Lais Silva Belem

Gustavo Castelo Branco Silva

Jayane Antonia Alves

Laerth Franca Diniz Estrela de Sá

Manoel Guilherme Figueiredo Neto

Priscila Azevedo Ribeiro de Oliveira

Renata Melo Barreto

Robert Frederico Silva Fontoura

Equipe do Gabinete do Des.

Gervásio Protásio dos Santos Júnior

Anna Carolina Sousa Matos

Fabiane Mayte Almeida Feitosa

Giuliana Lais Silva Belem

Graziella Maria Matos Vieira Lins

Gustavo Castelo Branco Silva

Jayane Antonia Alves

Karine Cabral Nascimento

Laerth Franca Diniz Estrela de Sá

Manoel Guilherme Figueiredo Neto

Priscila Azevedo Ribeiro de Oliveira

Renata Melo Barreto

Renata Monica Rodrigues da Silva

Robert Frederico Silva Fontoura

Assessoria Editorial

Jakelina Maria das Dores Portugal Fonsêca

CRB 13/519

Joseane Cantanhede dos Santos

CRB 13/493

Manoelle Moraes dos Santos

CRB 13/921

Capa/Projeto Gráfico

Carlos Eduardo Sales Alves

Assessoria de Comunicação

Biblioteca Desembargadora Madalena Serejo - Esmam

Maranhão. Tribunal de Justiça.

Coletânea de acórdãos criminais: gabinete desembargador Gervásio Santos - junho 2022 a maio 2023. [recurso eletrônico]. / Organizadores: Gervásio Protásio dos Santos Júnior e Gustavo Castelo Branco Silva - São Luís: ESMAM, 2023.

266 p.

Recurso digital

Disponível: <https://www.tjma.jus.br/bibliotecas/esmam/obras/303>

e-ISBN: 978-85-60757-26-8

DOI: 10.55339/9788560757268

1. Jurisprudência . 2. Acórdão criminal . I. Gervásio Protásio dos Santos. II. Gustavo Castelo Branco Silva. III. Título.

CDDir 340.63



APRESENTAÇÃO

O presente e-book, intitulado “COLETÂNEA DE ACÓRDÃOS CRIMINAIS: Gabinete Desembargador Gervásio Santos - junho /2022 a maio/2023”, é fruto do trabalho conjunto de toda a equipe que integra o Gabinete do Desembargador Gervásio Santos e resultado da parceria firmada com a Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão (Esmam).

Esta obra reúne uma seleção cuidadosa de acórdãos de relatoria do Desembargador Gervásio Santos proferidos entre junho/2022 e maio/2023, enquanto membro da 3ª Câmara Criminal, ao lado da Desa. Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro e do Des. Sebastião Joaquim Lima Bonfim, e também da Seção de Direito Criminal do TJMA, órgão composto pelo Des. Antonio Fernando Bayma Araújo, Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Des. José Luiz Oliveira de Almeida, Des. Vicente De Paula Gomes De Castro, Des. Francisco Ronaldo Maciel Oliveira, Des. Gervásio Protásio dos Santos Júnior, Desa. Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro e Des. Sebastião Joaquim Lima Bonfim. Os acórdãos selecionados abordam questões de direito criminal de relevante repercussão jurídica e social, refletindo as discussões atuais presentes nas cortes de justiça de todo o país.

O objetivo deste e-book é disponibilizar o conhecimento jurídico produzido pelo TJMA através de seus órgãos de julgamento não apenas para a comunidade jurídica, mas também para estudantes de Direito e sociedade em geral, incitando o debate sobre relevantes temas de direito penal e processual penal que permeiam o Poder Judiciário e que repercutem em toda sociedade.

A obra será composta por acórdãos que tratam de matéria criminal, proferidos no exercício da competência originária e recursal do TJMA, a exemplo de habeas corpus, apelação criminal, recurso em sentido estrito, revisão criminal, agravo em execução penal, mandado de segurança criminal, embargos infringentes, conflito de jurisdição e correição parcial.

São exemplos de temas abordados no e-book: a natureza e o momento de consumação do crime contra a honra praticado na internet; inexistência de direito sub-

jetivo do acusado à celebração de acordo de não persecução penal (ANPP); Pacote Anticrime e hediondez do crime de tráfico de drogas; a ausência de abolitio criminis quanto ao crime de dispensa de licitação, em face da Lei nº 14.133/2021; a proporcionalidade da medida cautelar de suspensão do exercício de profissão, quando o réu se vale dela para a prática de crimes; prerrogativas da Defensoria Pública, como a contagem do prazo em dobro e a intimação pessoal; as competências das polícias e das guardas municipais e a ilicitude da sua atuação para além de seu limite; a semi-imputabilidade do réu e a ausência de vinculação do magistrado à espécie de medida de segurança sugerida por médico especialista e; a ausência de demonstração do dolo do agente de sonegar o tributo de ICMS, quando o bem adquirido assume a natureza de insumo e não de material de consumo, além de outros temas referentes à matéria criminal.

Nesse sentido, observa-se que a presente coletânea de acórdãos oferece uma visão panorâmica das discussões jurídicas que ocorreram nos referidos órgãos no período abrangido, possibilitando a identificação dos pensamentos e valores jurídicos preponderantes à época.

Assim, em razão dos registros nela contidos, a obra contribui para a construção da memória institucional do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, sendo um recurso valioso para o estudo, a pesquisa e a compreensão histórico-jurídica.

sumário

CONFLITO DE JURISDIÇÃO nº 0811555-59.2022.8.10.0000 19

Conflito Negativo de Jurisdição;

Crime contra a honra praticado na internet – Natureza e Consumação;

HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0814324-40.2022.8.10.0000 25

Aplicação da lei penal no tempo – Princípio da retroatividade e ultratividade da lei penal benéfica às normas de caráter híbrido;

Suspensão do processo e curso do prazo prescricional - Alterações promovidas pela Lei nº 9.271/96;

Nulidade da intimação por edital da decisão de pronúncia realizada em momento anterior às alterações promovidas pelas Leis nº 9.271/1996 e Lei nº 11.689/2008,

Prescrição da pretensão punitiva.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 109-55.2021.8.10.0056 35

Crime de Responsabilidade – Art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.

Desnecessidade de dolo específico;

Contratação temporária de servidores municipais;

Inobservância do Art. 37, IX, da Constituição Federal da Lei Municipal nº 429/2006;

REVISÃO CRIMINAL Nº 0818829-11.2021.8.10.0000 – ROSÁRIO/MA 47

Cabimento da revisão criminal para anulação de condenação embasada em prova falsa;

Constatada a falsidade dos dados contidos na certidão de nascimento da vítima, em especial a data de nascimento e a maternidade;

Desnecessidade de declaração de nulidade de certidão de nascimento na esfera cível quando presentes elementos robustos para o reconhecimento da nulidade do referido documento no âmbito penal;

Absolvição do requerente embasada na ausência de elementar necessária à caracterização do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP).

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0800028-40.2021.8.10.0067 55

Acordo de não persecução penal - ANPP;

Existência de direito subjetivo do réu à celebração do ANPP;

Princípio da obrigatoriedade ou indisponibilidade da ação penal pública.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 0817018-79.2022.8.10.0000 64

O Pacote Anticrime não retirou a hediondez do crime de tráfico de drogas, ante a previsão constitucional que o classifica como tal, excetuando-se a hipótese do tráfico privilegiado;

Reincidência específica não será reconhecida em crimes que embora figurem em um mesmo tipo penal, possuam natureza distinta;

Inexistindo disposição sobre a progressão de regime de pessoa condenada anteriormente por crime não hediondo e, em seguida, por crime hediondo, e ante a vedação do uso de analogia in malam partem, o Juízo da execução deverá aplicar o mesmo lapso de progressão dos condenados primários aos reincidentes genéricos, fixado no patamar de 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena (Tema nº 1.084 do STJ em sede de Recursos Repetitivos e Tese de Repercussão Geral nº 1.169 do STF);

Possibilidade de progressão do regime fechado para o semiaberto com o atendimento dos requisitos objetivo e subjetivo e consequente transferência do sentenciado para estabelecimento prisional compatível.

Concessão de livramento condicional a condenado em pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos, desde que cumpridos mais de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nos casos de condenação por tráfico de drogas, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0004092-72.2017.8.10.0001 75

Desclassificação do crime previsto no art. 69-A da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) para o previsto no art. 299 do Código Penal (Falsidade Ideológica);

Alteração da matéria de um crime regido por legislação especial para um crime comum, impondo o declínio de competência para o processamento do feito, conforme direciona o Código de Divisão e Organização Judiciária do Maranhão.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL Nº 0821536-15.2022.8.10.0000 83

Multa do art. 265 do CPP;

Abandono da causa pelo advogado;

Princípios do contraditório e da ampla defesa.

AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 0819802-29.2022.8.10.0000 93

Ingestão de bebida alcoólica em cumprimento de regime semiaberto que, por ter sido classificada como falta grave, culminou com a sanção de regressão cautelar do sentenciado ao regime fechado;

Hipótese não elencada como falta grave no rol taxativo do art. 50 da Lei de Execução Penal;

Evidente teratologia que autoriza a cassação da decisão hostilizada, com a recondução do apenado ao regime intermediário;

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0034701-09.2015.8.10.0001 101

Crime de dispensa de licitação em desacordo com as formalidades legais;
Abolito criminis em face da Lei nº 14.133/21;
Exigência do dolo específico para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0825798-08.2022.8.10.0000 113

Crimes sexuais praticados no exercício da profissão;
Proporcionalidade e contemporaneidade da medida cautelar de suspensão do exercício da medicina.

AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 0822741-79.2022.8.10.0000 123

Aparação de falta grave em Procedimento Disciplinar Interno – PDI com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa;
Homologação da perda de benefícios executórios;
Exigência de audiência de justificação somente na hipótese de regressão de regime, sendo dispensável quando o condenado já se encontra em regime mais gravoso;
Dispensa de nova oitiva em Juízo ante a regularidade do PDI que contou com o interrogatório do reeducando em âmbito administrativo.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL Nº 0823799-20.2022.8.10.0000 133

Prerrogativas da Defensoria Pública;
Contagem do prazo em dobro;
Necessidade de intimação pessoal.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000317-52.2020.8.10.0063 141

Crimes dolosos contra a vida;
Princípios in dubio pro reo e in dubio pro societate na fase de pronúncia do Tribunal do Júri;
Absolvição sumária por não constituir o fato infração penal (art. 415, III, CPP);
Excesso de prazo para formação da culpa;
Concessão de ordem de habeas corpus de ofício;

HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0801905-51.2023.8.10.0000 151

Competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento de crimes praticados contra ou no interior de casa lotérica;
Excesso de prazo para formação da culpa;

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0800500-17.2022.8.10.0096 161

Crime de tráfico de drogas;
Definição e distinção das competências das polícias e das guardas municipais;
Ilicitude da atuação de guarda municipal para além de seu limite de atuação.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0812186-	
03.2022.8.10.0000	177
<i>Preenchimento dos requisitos para o recebimento da denúncia (art. 41, CPP);</i>	
<i>Não exigência da entrega ou aceitação da vantagem indevida para a configuração do crime de corrupção ativa;</i>	
<i>Coexistência dos crimes de corrupção passiva e ativa de forma autônoma;</i>	
<i>Possibilidade de prática do crime previsto no art. 333, CP por interposta pessoa (intermediário).</i>	
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0867828-55.2022.8.10.0001	203
<i>Acordo de Não Persecução Penal;</i>	
<i>Liberdade negocial do Ministério Público no oferecimento do ANPP;</i>	
<i>Competência do Juízo da Execução Penal para indicar a entidade beneficiária.</i>	
APELAÇÃO CRIMINAL nº 0009631-19.2017.8.10.0001	211
<i>Crime de sonegação de ICMS;</i>	
<i>Modulação da fração pela continuidade delitiva;</i>	
<i>Ausência de erro de proibição;</i>	
<i>Impropriedade do processo criminal para a discussão de eventuais nulidades no procedimento administrativo fiscal.</i>	
HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0803917-38.2023.8.10.0000	227
<i>Crimes cometidos no exercício da advocacia;</i>	
<i>Medidas cautelares diversas da prisão;</i>	
<i>Suspensão do exercício da atividade profissional no âmbito de ação penal;</i>	
<i>Independência entre atuação administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil e atuação criminal dos Órgãos Jurisdicionais competentes.</i>	
CORREIÇÃO PARCIAL Nº 0802763-82.2023.8.10.0000	237
<i>Análise das teses constantes da resposta à acusação;</i>	
<i>Motivação da decisão;</i>	
<i>Nulidade.</i>	
APELAÇÃO CRIMINAL nº 0006379-03.2020.8.10.0001	243
<i>Semi-imputabilidade do réu (transtorno mental decorrente do uso prolongado de drogas);</i>	
<i>Substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança;</i>	
<i>Ausência de vinculação do magistrado à espécie de medida de segurança sugerida por médico especialista.</i>	

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0014051-96.2019.8.10.0001253

Crime de sonegação de ICMS;

Independência entre as instâncias cível e penal na discussão do crédito tributário;

Natureza de insumo do combustível adquirido por empresa de transporte;

Ausência de demonstração do dolo do agente.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

nº 0811555-59.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS

1. Conflito Negativo de Jurisdição;
2. Crime contra a honra praticado na internet – Natureza e Consumação;

TESES FIXADAS NO JULGADO

- Os delitos contra a honra praticados pela internet são de natureza formal, consumando-se no momento da inclusão do conteúdo ofensivo na rede, diante da imediata potencialidade de visualização por terceiros.
- Quando o crime é praticado pela internet, através de publicação possível de ser visualizada por terceiros, a consumação – que fixa a competência para o julgamento – ocorre no local onde o conteúdo ofensivo foi incluído na rede mundial de computadores, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal;

CONFLITO DE JURISDIÇÃO nº 0811555-59.2022.8.10.0000

Sessão virtual de 25/07/2022 a 01/08/2022

Suscitante: Juízo de Direito da Vara Única da Comarca São Luiz Gonzaga do Maranhão/MA.

Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Bacabal/MA.

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. CRIMES CONTRA HONRA PRATICADOS PELA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO.

I - Os crimes contra a honra praticados por meio da internet são de natureza formal, consumando-se quando da disponibilização do conteúdo ofensivo no ambiente virtual, por força da imediata potencialidade de visualização por terceiros.

II - Conflito de jurisdição conhecido e rejeitado, com a fixação de competência do juízo suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Conflito de Jurisdição nº 0811555-59.2022.8.10.0000, “unanimemente e em desacordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal negou provimento ao conflito de jurisdição suscitado, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores Gervásio Protásio dos Santos Júnior (Relator), Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro (Revisora) e Sebastião Joaquim Lima Bonfim.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Maria Luíza Ribeiro Martins.

São Luís/MA, data do sistema.

Des. **GERVÁSIO** Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Jurisdição suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Luís Gonzaga do Maranhão em face do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Bacabal, que se declararam incompetentes nos autos da queixa crime de n. 0800071-69.2022.8.10.0025 (ID 17657605), ajuizada por D. I. N. M. em desfavor de B. M. S., pela prática das condutas previstas nos arts. 138 c/c 141, II e III, § 2º, ambos do Código Penal.

Declarou o querelante, Delegado de São Luís Gonzaga do Maranhão, que, em meados de outubro de 2021, foi fotografado junto aos integrantes da Comissão de Prerrogativas da OAB-MA, durante visita institucional à comarca onde trabalha. Sendo, posteriormente, informado, por pessoas que residem em Bacabal, do compartilhamento em grupos de WhatsApp e em outras redes sociais de áudio do Querelado proferindo ofensas a sua honra.

O Juízo Suscitante, em sua decisão de ID 17657603, declinou da competência em favor da vara criminal suscitada, alegando que a cidade de Bacabal/MA é o local onde a vítima tomou conhecimento das possíveis ofensas perpetradas, através de áudios a grupos de Whatsapp de advogados deste Município.

Instado a se manifestar, o Juízo suscitado apresentou as informações pertinentes, nas quais ratifica a incompetência da 2ª Vara Criminal de Bacabal, sob o argumento de que o crime foi cometido no Município de São Luís Gonzaga do Maranhão (ID 17901113).

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, o Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do presente conflito negativo de competência, para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Bacabal - MA (ID 18409738).

É o relatório.

VOTO

A situação amolda-se ao conflito negativo de jurisdição previsto no art. 114, I, do Código de Processo Penal e art. 518, I, do RITJMA, porquanto a declaração de incompetência de dois juízes para o processamento e julgamento da Queixa Crime formulada por D. I. N. M. em desfavor de B. M. S.

O conflito de competência territorial, que é o caso dos autos, é pautado pela

atenção à reconstrução da verdade processual, sobretudo à qualidade da instrução probatória. Com efeito, a primeira regra da lei adjetiva penal de determinação da competência é justamente o lugar da infração (competência *ratione loci*), em razão das maiores facilidades na coleta do material probatório disponível.

O Superior Tribunal de Justiça considera competente para julgar ação por crime contra a honra, em regra, o juízo do local em que a vítima tomou conhecimento da ofensa. Contudo, quando o delito é praticado pela internet, através de publicação possível de ser visualizada por terceiros, a consumação – que fixa a competência para o julgamento – ocorre no local onde o conteúdo ofensivo foi incluído na rede mundial de computadores, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal, como bem exemplifica o julgado abaixo:

CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO PELA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. 1. Crimes contra a honra praticados pela internet são formais, consumando-se no momento da disponibilização do conteúdo ofensivo no espaço virtual, por força da imediata potencialidade de visualização por terceiros. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante para o conhecimento e julgamento do feito. (STJ, CC 173.458/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2020, DJe 27/11/2020) [grifou-se]

Esta Corte Estadual, em situações similares, segue o mesmo entendimento, como ilustra o julgado selecionado a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. DIFAMAÇÃO PRATICADA CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO (ARTS. 139 E 141, II DO CP). CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO PELA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. VÍCIO NÃO ALEGADO NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE. DEFEITO RELATIVO. PRECLUSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. TRANSCURSO DO PRAZO TRIENAL PREVISTO NO ART. 109, VI, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. I – Embora

reconhecido que o crime contra a honra praticado pela internet possui natureza formal, consumando-se no local da publicação do conteúdo ofensivo, trata-se de competência territorial, ou seja, envolta à nulidade de natureza relativa, razão pela qual deve ser arguida na primeira oportunidade em que a parte se manifesta nos autos, sob pena de preclusão. II – Considerada a suspensão do prazo prescricional (prevista no art. 366 do CPP), o período de 3 (três) anos exigido pelo art. 109, VI do CP não se completou na hipótese dos autos, mantendo-se hígida a efetivação da pretensão punitiva acolhida pela sentença recorrida. III. Recurso desprovido. (Apelação Criminal nº 1928-79.2017.8.10.0084, Rel. Desembargador Vicente de Castro, Segunda Câmara Criminal, publicado em 13/12/2021) [grifou-se]

O caso sub examine, ao contrário do alegado pela Douta Procuradoria de Justiça, amolda-se às jurisprudências mencionadas acima, pois há indícios que o querelado realizou a suposta prática criminosa na cidade de São Luís Gonzaga do Maranhão, local de seu domicílio, onde foi disponibilizado o conteúdo possivelmente ofensivo no espaço virtual (aplicativo Whatsapp). E, conforme consta da queixa-crime, a situação se refere ao exercício das profissões dos envolvidos nessa cidade.

Outrossim, ainda que não restasse provado nos autos o local exato onde a possível infração ocorreu, a regra a ser aplicada seria do art. 72 da Lei Adjetiva Penal, ou seja, do foro subsidiário, pela qual o domicílio ou residência do réu determinará a competência quando não for conhecido o lugar da infração, que seria, no caso, o Juízo Suscitante, pois consta da queixa-crime que o querelado seria ali domiciliado.

Essa conclusão vai ao encontro do escólio de Renato Brasileiro de Lima na obra “Manual de Processo Penal”, Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, pág. 611:

Subsidiariamente, caso não seja possível determinar o lugar da infração, a competência será firmada pelo domicílio ou residência do réu (CPP, art. 72, caput) – forum domicilii. Tem-se aí o denominado foro supletivo ou foro subsidiário.

Por derradeiro, ao contrário do que alega o Juízo Suscitante, o recente entendimento do STJ de que o crime contra a honra praticado por meio da internet se consuma no local onde a vítima tomou conhecimento do conteúdo ofensivo, refere-se às situações quando o envio da mensagem a vítima ocorreu por meio de aplicativo de troca de mensagens entre usuários em caráter privado, no qual somente o autor e o destinatário têm acesso ao seu conteúdo, que não foi o caso dos autos (STJ – CC: 184269 PB 2021/0363685-3, relatora: ministra Laurita Vaz, data do

juízo: 09/02/2022).

Ante o exposto, e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, **CONHEÇO** do presente conflito de jurisdição, e **NÃO ACOLHO** a pretensão do Juízo suscitante, **declarando**, em consequência, competente a Vara Única da Comarca de São Luís Gonzaga do Maranhão para processar e julgar a queixa-crime formulada nos autos do Processo nº 0800071-69.2022.8.10.0025.

Determino ainda o cumprimento do parágrafo único do art. 522 do RITJMA.
É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

Des. **GERVÁSIO** Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator

HABEAS CORPUS

Nº 0814324-40.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS

1. Aplicação da lei penal no tempo – Princípio da retroatividade e ultratividade da lei penal benéfica às normas de caráter híbrido;
2. Suspensão do processo e curso do prazo prescricional - Alterações promovidas pela Lei nº 9.271/96;
3. Nulidade da intimação por edital da decisão de pronúncia realizada em momento anterior às alterações promovidas pelas Leis nº 9.271/1996 e Lei nº 11.689/2008,
4. Prescrição da pretensão punitiva.

TESES FIXADAS NO JULGADO

- As disposições contidas na norma penal de caráter híbrido (direito material e processual), possui ultratividade naquilo que for benéfica ao réu, não havendo falar, portanto, em possibilidade de intimação da decisão de pronúncia e suspensão do processo e do prazo prescricional à fatos processuais ocorridos antes da Lei nº 9.271/96;
- A norma processual penal submete-se ao princípio do tempus regit actum, de sorte que as alterações promovidas pela Lei nº 11.689/2008 ao procedimento do Tribunal do Júri aplicam-se apenas aos fatos que lhe são posteriores;
- Havendo obrigatoriedade, até 17/04/1996, de que, após a pronúncia, o réu revel fosse pessoalmente citado para que fosse submetido ao Tribunal do Júri (crise de instância), a inobservância dessa modalidade de comunicação processual impõe a anulação do processo a partir do mencionado decisum.
- Transcorrido prazo superior a 20 (vinte) anos entre o último marco interruptivo do lapso prescricional (art. 117, II, c/c art. 109, I, ambos do Código Penal), extingue-se a punibilidade do crime, em razão do advento da prescrição da pretensão punitiva em abstrato.

HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0814324-40.2022.8.10.0000

Sessão do dia 22 de agosto de 2022

Paciente: R. N. P.

Impetrante: MARCELO DE MIRANDA TAGLIALEGNA (DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL)

Impetrada: JUÍZA DA 2ª VARA DA COMARCA DE ITAPECURU-MIRIM

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO POR EDITAL DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. PACIENTE REVEL. HOMICÍDIO CONSUMADO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.271/1996. MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

I. A alteração do art. 366 do CPP promovida pela Lei nº. 9.271, de 17/04/1996, caracteriza-se por ser uma norma híbrida, prevendo a suspensão do processo do réu revel (direito processual), mas também a suspensão do prazo prescricional (direito material). Dado o seu caráter híbrido e reconhecendo que a suspensão do prazo prescricional é prejudicial ao réu, a redação atual do referido dispositivo somente se aplica aos fatos delituosos posteriores à referida modificação legislativa.

II. A regra do parágrafo único do art. 420 do CPP, acrescentada pela Lei nº 11.689/2008, que autoriza a intimação da sentença de pronúncia por edital, não se aplica aos processos que apuram crimes ocorridos antes da alteração do art. 366 do CPP promovida pela Lei nº 9.271/1996. Pois, nessas condições, implicaria na submissão do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri sem a certeza da sua ciência acerca da acusação que pesa contra si, o que importa em afronta direta ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Precedentes do STJ.

III. Verificada a nulidade da intimação editalícia da sentença de pronúncia, proferida antes das alterações do Código de Processo Penal promovidas pelas Leis nº 9.271/1996 e Lei nº 11.689/2008, todos os demais atos subsequentes, incluindo a sessão do Tribunal do Júri que condenou o paciente, são nulos.

IV. Restaurado o último marco interruptivo válido – a decisão de pronúncia datada de 25/05/1995 –, há que ser reconhecida a prescrição da

pretensão punitiva estatal na hipótese presente, visto que transcorrido entre a aludida decisão de pronúncia até a presente data, interregno superior a vinte anos. Inteligência do art. 109, I, do Código Penal.
V. Ordem conhecida e concedida para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Habeas Corpus Criminal nº 0814324-40.2022.8.10.0000, “unanimente e em desacordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal concedeu a ordem, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores Gervásio Protásio dos Santos Júnior (Relator), Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro (Revisora) e Sebastião Joaquim Lima Bonfim.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato.

São Luís/MA, data do sistema.

Des. GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus com Pedido Liminar, impetrado em favor de **R. N. P.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Itapecuru-Mirim/MA, no bojo da Ação Penal nº 7-10.1991.8.10.0048.

Alegou o impetrante que, em 07/06/2022, o paciente fora preso em razão de sentença que o condenou à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Asseverou que o apenado, porém, encontra-se submetido a constrangimento ilegal, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, haja vista que entre a data da decisão de pronúncia e a publicização efetiva da sentença transcorreram mais de 20 (vinte) anos, fato não admitido pela autoridade impetrada quando da análise do pleito apresentado pela defesa nos autos originários.

Com fulcro em tais argumentos, requereu, liminarmente, a concessão da ordem para que seja reconhecida a prescrição retroativa e, conseqüentemente, determinada a soltura do acusado, com posterior confirmação no julgamento meritório.

Instruída a peça de ingresso com os documentos de ID 18676468 a 18676479.

Indeferido o pedido liminar e dispensadas informações na decisão de ID 18716228.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Regina Maria da Costa Leite opinou pelo conhecimento e denegação do writ (ID 19190789).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade, conheço da impetração, passando à análise do mérito.

Consoante relatado, o impetrante sustenta, em síntese, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, haja vista que transcorreram mais de 20 (vinte) anos entre a data da publicação da decisão de pronúncia (25/05/1995) e a publicação da sentença condenatória proferida na sessão plenária do Júri, ocorrida no dia 21/05/2015.

Na espécie, verifica-se que o paciente foi preso, em 07/06/2022, em decorrência de veredicto do Tribunal do Júri, por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, do

Código Penal, por fato dado como ocorrido em 10/03/1992, portanto, anterior ao advento da Lei n. 9.271 de 17/04/1996, sendo a ele especificada sanção privativa de liberdade em 15 (quinze) anos de reclusão.

A questão posta por este mandamus deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal processual no tempo. A norma processual penal é regida pelo princípio do *tempus regit actum*, insculpido no art. 2º do Código de Processo Penal, que estabelece a regra segundo a qual a novel lei processual penal tem aplicabilidade imediata, alcançando mesmo os processos em curso, conservando-se apenas os atos praticados sob a égide da lei anterior.

Por sua vez, a norma de direito penal material que de alguma forma beneficia o agente, retroage para atingir fatos passados, por força de direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso XL. Do mesmo modo, a norma processual híbrida ou mista, isto é, com conteúdo de direito penal material e processual, também retroage quando benéfica ao réu.

Destarte, por ocasião da pronúncia do paciente ocorrida em 25/05/1995, a redação original do art. 366 do CPP, não previa a suspensão do processo e do prazo prescricional do réu revel. Entretanto, o citado dispositivo foi alterado pela Lei n. 9.271/96 que, na essência, visou evitar que o réu citado por edital pudesse beneficiar-se com a prescrição.

Nesse passo, a novel redação do art. 366 do CPP, caracteriza-se por ser uma norma híbrida, prevendo a suspensão do processo do réu revel (direito processual), mas também a suspensão do prazo prescricional (direito material). Dado o seu caráter híbrido e reconhecendo que a suspensão do prazo prescricional é prejudicial ao réu, por óbvio, que a redação atual do art. 366 do CPP somente se aplica aos fatos delituosos posteriores a 18/4/1996, data em que entrou em vigor a Lei n. 9.271.

Lado outro, os arts. 413 e 414 do CPP, antes da alteração promovida pela Lei n. 11.689/2008, estabeleciam que o processo não poderia prosseguir sem que o réu fosse intimado da sentença de pronúncia que, na hipótese de crime inafiançável, como é o caso do homicídio, deveria ser sempre pessoal.

A Lei n. 11.689/2008 que modificou o procedimento dos delitos dolosos contra a vida, norma processual pura, portanto, irretroativa, alterou o caput do art. 420 e incluiu o parágrafo único, instituindo a possibilidade de citação editalícia da decisão de pronúncia, quando o réu estiver solto e não for encontrado para citação pessoal.

A irretroatividade da Lei n. 11.689/2008, porém, merece temperamentos nos casos dos delitos ocorridos antes do advento da Lei n. 9.271/96 – que alterou o art. 366 do CPP – quando houver sido decretada a revelia do réu, uma vez que, nessas

condições, a incidência do parágrafo único do art. 420 do CPP implicaria a sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri sem a certeza da sua ciência acerca da acusação que pesa contra si, importando em afronta direta ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Feitas essas considerações de ordem técnica, no caso em exame, extrai-se dos autos que, a despeito do juízo condenatório exarado pelo Tribunal do Júri, de fato, há irregularidade processual a ensejar a anulação da Ação Penal nº 7-10.1991.8.10.0048, extinguindo-se, conseqüentemente, a punibilidade do crime em virtude da prescrição.

Com efeito, o delito imputado ao paciente, como salientado, data de 10/03/1992, tendo sido citado, em 19/11/1992, por intermédio de edital (ID 53777506 – Págs. 09 a 10), sendo decretada sua revelia e nomeado, em 02/06/1993, defensor dativo (ID 53777506 – Pág. 11) e, por fim, pronunciado em 25/05/1995.

Outrossim, apenas em 11/12/2012 (ID 53777509 – Pág. 05 – ação originária), o juízo a quo, após as alterações promovidas pela citada Lei 11.689/2008, determinou, com arrimo no art. 420, parágrafo único, do CPP, a intimação da sentença de pronúncia proferida em 25/05/1995 por edital, remetendo o processo para julgamento pelo Tribunal do Júri.

Entretanto, o feito não poderia ter prosseguido sem a intimação pessoal do paciente, de forma que todos os demais atos posteriores à pronúncia, inclusive a condenação pelo Tribunal do Júri, são nulos.

Note-se que o raciocínio esposado neste decisum tem a chancela consolidada do Superior Tribunal de Justiça, como bem demonstram os arestos abaixo colacionados:

HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO. RÉU REVEL. FATOS ANTERIORES À LEI 9.271/1996. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ARTIGO 420, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.689/2008. CONTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. As leis processuais são aplicadas de imediato, desde a sua vigência, respeitados os atos realizados sob o império da legislação anterior, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal. 2. O artigo 420, parágrafo único, do Código de Processo Penal, alterado com a entrada em vigor da Lei 11.689/2008, que permite a citação por edital do réu solto que

não for encontrado, é norma de natureza processual, motivo pelo qual deve ser aplicada de forma imediata sobre os atos processuais pendentes. Precedentes. 3. Todavia, tal norma processual penal não pode ser aplicada aos fatos anteriores à Lei 9.271/1996, nas específicas hipóteses em que foi decretada a revelia do réu, uma vez que tal compreensão implicaria a sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri sem que sequer se tenha certeza da sua ciência acerca da acusação que pesa contra si. 4. No caso dos autos, os fatos ocorreram em 12.3.1994, tendo a primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida tramitado à revelia do paciente, sendo imperioso que se aguarde a sua intimação pessoal acerca da decisão de pronúncia, evitando-se, assim, a formação de um título condenatório ao arrepio das garantias constitucionais dispostas em favor do acusado. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, sobrestando-se o feito até que ele seja pessoalmente intimado da decisão provisional. (HC n. 262.209/PA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 5/5/2014).

O art. 420, parágrafo único, do Código de Processo Penal é norma de natureza processual, razão pela qual deve ser aplicado imediatamente aos processos em curso. No entanto, excepciona-se a hipótese de ter havido prosseguimento do feito à revelia do réu, citado por edital, em caso de crime cometido antes da entrada em vigor da Lei n. 9.271/1996, que alterou a redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Isso porque, em se tratando de crime cometido antes da nova redação conferida ao art. 366 do Estatuto Processual Penal, o curso do feito não é suspenso por força da revelia do réu, citado por edital. Dessa forma, se se admitisse a intimação por edital da decisão de pronúncia, haveria a submissão do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri sem que houvesse certeza da sua ciência quanto à acusação, o que ofende as garantias de contraditório e de plenitude de defesa. 3. No caso dos autos, o crime foi cometido em 10/4/1994, tendo havido citação por edital, com decretação da revelia. Por isso, impõe-se a intimação pessoal do paciente sobre a decisão de pronúncia, tendo em vista inexistir notícia segura de que tenha ele tido ciência da imputação que lhe recai. 4. Habeas

corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para anular a intimação por edital da decisão de pronúncia, sobrestando-se o feito até que o paciente seja intimado pessoalmente. (HC n. 226.285/MT, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/2/2014, DJe de 6/3/2014.).

HABEAS CORPUS. CRIME ANTERIOR À LEI N. 9.271/1996. RÉU REVEL CITADO POR EDITAL. PRONÚNCIA. INOBSERVÂNCIA DA ANTIGA REDAÇÃO DOS ARTS. 413 E 414, AMBOS DO CPP. PROSSEGUIMENTO DO FEITO SEM A LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. NULIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL A PARTIR DA PRONÚNCIA. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Na hipótese de fato delituoso cometido antes da nova redação do art. 366 do CPP, dada pela Lei n. 9.271 de 17/4/1996, se o réu, citado por edital, deixasse de comparecer em juízo sem motivo justificado, o processo seguiria à sua revelia até a pronúncia. A partir de então, consoante os textos dos arts. 413 e 414, então vigentes, o feito não poderia seguir, ficaria paralisado por conta da obrigatoriedade de intimação pessoal da pronúncia em caso de crime inafiançável. 2. Se houve inobservância da chamada crise de instância e o processo prosseguiu sem que o réu revel haja sido localizado, sem a efetiva ampla defesa, é nulo o julgamento de recurso em sentido estrito do Ministério Público, assim como os atos processuais subsequentes. 3. A Lei nº 11.689/2008, que conferiu nova reação ao art. 420, parágrafo único, do CPP e passou a prever a possibilidade de intimação da pronúncia por edital, não se aplica ao citado fictamente que não demonstrou conhecimento da ação penal, sob pena de violação das garantias constitucionais dispostas em favor do acusado. 4. Reconhecido o descumprimento da antiga redação dos arts. 413 e 414 do CPP, verifica-se a prescrição da pretensão punitiva pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, porquanto ultrapassado, antes mesmo da impetração do writ neste STJ, o prazo de 20 anos desde a decisão de pronúncia, sem notícia de causas interruptivas ou suspensivas. 5. Habeas corpus concedido para anular o julgamento do recurso em sentido estrito contra a pronúncia e declarar a prescrição da pre-

tensão punitiva estatal, nos termos do voto. (HC n. 530.189/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 19/12/2019.) (originais sem destaques)

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal assevera que “a suspensão do processo e a suspensão do curso da prescrição são incidíveis no contexto do art. 366 do CPP (CF. L.9.271/96), de tal modo que a impossibilidade de aplicar-se retroativamente relativa à prescrição, por seu caráter penal, impede a aplicação imediata da outra, malgrado o seu caráter processual, aos feitos em curso quando do advento da nova lei.” (STF, HC 83.864/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 16/04.2014).

Portanto, constatando-se que o crime foi praticado pelo paciente em 10/03/1992, tendo havido sua citação por edital, com decretação da revelia, a intimação pessoal acerca dos termos da decisão de pronúncia era de rigor, ante a ausência de confirmação da sua cientificação da imputação.

Destarte, em observância ao contraditório e à ampla defesa, constata-se a nulidade da intimação de pronúncia somente realizada, por edital, em 11/12/2012, e, por conseguinte, dos atos processuais subsequentes, inclusive da própria sessão do Tribunal do Júri que o condenou a uma pena de 15 anos de reclusão.

Nesse contexto, restaurando-se o último marco interruptivo – a decisão de pronúncia datada de 25/05/1995 –, há que ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal na hipótese presente.

É que o art. 109, I, do Código Penal, estabelece o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, considerando a pena in abstracto ao crime atribuído ao paciente, de modo que transcorrido o aludido interregno entre a decisão de pronúncia até a presente data, encontra-se fulminada a pretensão punitiva em razão do advento da prescrição.

Atente-se que, de balde os argumentos apresentados não sejam exatamente aqueles adotados para a fundamentação desta decisão -- o que não importa em obstáculo par o reconhecimento da ilegalidade --, o resultado final será igual, qual seja a extinção da punibilidade do paciente.

Ante o exposto, em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, **CONCEDO a ordem impetrada, para declarar extinta a punibilidade do paciente R. N. P., em virtude da prescrição da pretensão punitiva.**

Uma via desta decisão servirá como alvará de soltura, salvo se por outro motivo o paciente não deva permanecer preso.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

Des. **GERVÁSIO** Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

Nº 0000109-55.2021.8.10.0056

TEMAS ABORDADOS

1. Crime de Responsabilidade – Art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.
2. Desnecessidade de dolo específico;
3. Contratação temporária de servidores municipais;
4. Inobservância do Art. 37, IX, da Constituição Federal da Lei Municipal nº 429/2006;

TESES FIXADAS NO JULGADO

- Comprovadas as nomeações ou designações de indivíduos para o exercício da função pública em desacordo com as exceções constantes do art. 37, IX, da CF/98 e da Lei Municipal 429/2006, caracteriza-se o delito constante do art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 207/67, ante a natureza formal do referido crime e da desnecessidade de comprovação de prejuízo à Administração Pública ou qualquer vantagem indevida à autoridade nomeante;
- A nomeação de servidores para cargo e funções que denotam incompatibilidade às hipóteses de calamidade pública, emergência, essencialidade à continuidade da administração pública não justificam a excepcionalidade da regra constitucional de realização concurso público, caracterizando, desse modo, o crime de responsabilidade atribuído à gestora municipal.
- O gestor municipal que efetua a contratação irregular, ao alvedrio da legislação municipal e ciente de determinação judicial no sentido da nomeação de servidores aprovados em concurso em substituição àqueles admitidos a título precário, perpetra a conduta dolosa tipificada no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 109-55.2021.8.10.0056

Sessão virtual de 19/09/2022 a 26/09/2022

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Promotora de Justiça: LARISSA SÓCRATES DE BASTOS

Apelado: M. V. P. B.

Advogados: EDUARDO SILVA DE OLIVEIRA – OAB/MA 19.299 E MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS COUTINHO – OAB/MA 8.131

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART 1º, XIII, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. CRIME FORMAL. PRECEDENTES DO STJ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. REQUISITOS NÃO VERIFICADOS. INOBSERVÂNCIA DO ART. 37, IX, DA CF/88 E DA LEI MUNICIPAL Nº 429/2006. PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

I. Demonstradas a materialidade e a autoria do crime constante do art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67, mediante provas submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, a condenação da apelada nas sanções do referido dispositivo legal é medida que se impõe.

II. O art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 estabelece hipótese de crime formal, bastando, para configuração desse ilícito, a nomeação ou designação de pessoas para o exercício de cargo ou função pública, em desacordo com a Constituição Federal e da Lei Municipal de regência da matéria.

III. Efetuada, por gestora municipal, contratação temporária de servidores na pendência de nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o respectivo município, resta evidenciado o dolo necessário à caracterização do delito tipificado no art. 1º, XII, da Lei de Crimes de Responsabilidade, máxime em razão da existência de decisão judicial, com trânsito em julgado, em que determinava a nomeação dos aprovados no respectivo certamente e a exoneração de todos os servidores contratados, em desacordo com as disposições contidas no

art. 37 da CF/88.

IV. Apelo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Criminal nº 109-55.2021.8.10.0056, “unanimemente e em desacordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal deu provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores Gervásio Protásio dos Santos Júnior (Relator), Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro. São Luís/MA, data do sistema.

Des. **GERVÁSIO** Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo **Ministério Público Estadual** pugnando pela reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Santa Inês/MA (ID 18025524) que, por entender ausente dolo específico na conduta atribuída à **M. V. P. B.**, a absolveu da imputação constante do art. 1º, incisos III e XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 c/c o art. 71, do Código Penal.

Consta da denúncia (ID 18025394 – Pág. 06-08), recebida em 25/11/2021, que M. V. P. B., no exercício do mandato de Prefeita do Município de Santa Inês/MA, admitiu, nos cargos de agente administrativo da mencionada municipalidade, sem a realização de concurso público e contra expressa disposição legal, nos meses de janeiro a fevereiro de 2019, Jozenilda da Conceição Vieira Ferreira, Ecília Marques da Silva, Rayanny Oliveira dos Santos e Letícia de Moura Mascarenhas.

Asseverou que a denunciada desviou e aplicou, indevidamente, verbas públicas, vez que determinou o pagamento das mencionadas funcionárias, em desacordo com a legislação de regência da matéria, registrando, ainda, que as servidoras não ocuparam função de direção, chefia ou assessoramento.

Da sentença absolutória, o Órgão Ministerial interpôs recurso de apelação (ID 18025532), no qual afirma que os autos se encontram suficientemente instruídos com substrato probatório a confirmar a intenção da recorrida em contratar quatro servidoras com a finalidade de burlar a obrigatoriedade de realização de concurso público.

Argumentou que as funções ocupadas possuem caráter permanente na Secretaria de Saúde do Município de Santa Inês/MA, inexistindo situação excepcional ou temporária a justificar a contratação direta, ressaltando, ainda, que sequer houve a realização de processo seletivo para observar a mínima impessoalidade na admissão das funcionárias.

Afirmou, desse modo, que não observada a determinação contida do art. 37, inciso IX, da CF/88, está a sentença objetada a merecer corrigenda, para que a recorrida seja condenada nas sanções constantes do art. 1º, III e XII, do Decreto-Lei nº 201/67 c/c o art. 71, do Código Penal. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do presente apelo.

Contrarrazões ofertadas pela apelada, sob o ID 18025537, nas quais sustentou a manutenção da decisão impugnada, sustentando a inexistência de dolo específico na conduta a si atribuída, bem como a ausência de prejuízo ao erário, requerendo o improvimento da apelação manejada.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso (ID 19386884).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do recurso.

Nesta irresignação, o recorrente postula a reforma da sentença que absolveu a ex-prefeita do Município de Santa Inês/MA – M. V. P. B.–, por entender que os autos se encontram devidamente instruídos com substrato probatório suficiente a justificar a condenação da referida gestora nas sanções constantes do Decreto-Lei nº 201/67.

Com efeito, o art. 1º, III, do referido diploma legal dispõe que constitui crime de responsabilidade a conduta de “(...) *desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas (...)*”, havendo a necessidade, para a tipificação desse delito, que haja “(...) uma alocação diversa daquela legalmente prevista na dotação orçamentária, mas o dinheiro público é ainda empregado em favor da própria Administração ou da coletividade que ela representa, não de indivíduos, por qualquer razão, privilegiados pelo Administrador (...)” (REsp 407.233/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta turma, j. 14/12/2004, DJ 28/02/2005).

Na espécie, em relação à mencionada tipificação legal, não existe nos autos elementos suficientes para comprovação de que houve efetivo desvio de finalidade da verba utilizada para o pagamento de servidores, ainda que estes tenham sido contratados de forma irregular, pelo que, nos termos do art. 156 do CPP, a acusação não se desincumbiu do seu ônus probatório de ratificar essa imputação

Por outro lado, o art. 1º, XIII, do referido diploma legal estabelece hipótese de crime formal, bastando, para configuração desse ilícito, a nomeação ou designação de pessoas para o exercício de cargo ou função pública, em desacordo com a previsão da legislação de regência da matéria, sendo despicienda a verificação de prejuízo à Administração Pública ou de qualquer vantagem à autoridade nomeante, bem como a comprovação de existência de qualquer elemento especial subjetivo do tipo.

A respeito da referida figura delituosa, o Superior Tribunal de Justiça assevera que:

O delito descrito no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, de natureza

formal, depende apenas da conduta de admitir, nomear ou designar pessoa para exercer cargo ou função pública em desalinho com a legislação pertinente, questões que foram suficientemente indicadas na denúncia. (AgRg no REsp n. 1.706.677/MA, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe de 4/2/2019.)

*(...) O crime do art. 1º, XIII, do Decreto-lei 201/1967 é **formal, porque basta a conduta de admitir, nomear ou designar pessoa para exercer cargo ou função pública em desconformidade com a legislação pertinente, independente do prejuízo à Administração Pública ou vantagem ao prefeito para sua consumação.** Outrossim, não há qualquer elemento subjetivo do tipo a indicar intenção especial do prefeito em cometer a conduta típica, portanto, despicienda é a intenção de causar danos ao erário, sendo suficiente o dolo de burla ao mandado constitucional do concurso público, nos termos da legislação aplicada, para a nomeação, admissão ou designação de servidor. (...) (HC n. 370.824/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe de 17/10/2017.)*

Cediço, por outro lado, que o art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 possui natureza jurídica de norma penal em branco, eis que, para fins de imputação penal, a adequação típica deverá observar as disposições contidas na legislação específica de contratação temporária de cada unidade da federação, limitadas às balizas constitucionais a respeito do tema (AgRg no AREsp n. 1.278.108/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2019, DJe de 12/9/2019).

Nesse aspecto, a CF/88, em seu art. 37, inciso II, instituiu a obrigatoriedade do concurso público, excepcionando essa norma-princípio, nas hipóteses constantes do inciso IX, o qual assevera que “(...) a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (...).”

O referido mandamento é norma constitucional de eficácia limitada, necessitando, para produção dos seus efeitos, de lei regulamentadora, a qual deverá estabelecer, sob pena de inconstitucionalidade, os seguintes os parâmetros: previsão legal de prazos máximos, processo seletivo simplificado para a contratação, objetivo de atender a necessidade temporária ainda que a atividade seja de caráter regular ou permanente e existência de excepcional interesse público.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consignado no aresto a seguir colacionado:

(...) A Constituição Federal é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos (art. 37, II, da CF). A exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos vínculos contratuais. (...) (ADI 3662, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, j. 23/03/2017)

(...) A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. (...) Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2229, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 09/06/2004)

De se constatar, que a Lei nº 429, de 18 de outubro de 2006, do Município de Santa Inês/MA, anexada sob o ID 18025401 (Págs. 18 a 21), especifica as hipóteses em que é permitida a contratação temporária no âmbito da respectiva unidade federativa. O referido diploma legislativo estabelece essa hipótese de admissão em cargos público no âmbito da municipalidade, nos seguintes termos:

Art. 1º – Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a efetuar contratação de pessoal por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público de acordo com o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal.

Art. 2º – Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito do Executivo Municipal:

I – assistência a situações de calamidades pública, emergência, epidemia, recenseamento, cadastramento e pesquisas;

II – admissão de profissionais substitutos de carreira decorrentes da exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória;

III – exercício de atividades inadiáveis para as quais não haja cargo públi-

co criado ou se houver não exista candidato aprovado em concurso público realizado para o mesmo;

IV – desempenho de atividade que pela sua natureza e temporalidade do seu exercício não justifique a criação de cargo público e existindo a nomeação do candidato aprovado em concurso realizado para o mesmo;

V – atendimento de convênios objetivando cooperação de interesse público ou social.

Art. 3º – As contratações de que trata o artigo 2º serão feitas mediante justificativa da necessidade pelo órgão interessado na hipótese de serem realizadas para o desempenho de atividades que existe cargo público criado deverão ser efetuadas de preferência em candidatos aprovados em concurso público para o cargo afim, desde que observada a ordem de classificação do mesmo.

(...)

Art. 5º – O recrutamento do pessoal a ser contratado nos termos desta Lei será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito à divulgação no Mural da Prefeitura.

Art. 6º – As contratações de que trata esta Lei serão feitas por tempo determinado, de acordo com a necessidade verificada em cada situação pelo prazo máximo de um ano com possibilidade de prorrogações por iguais e sucessivos prazos, mediante a devida justificativa.

(...)

Art. 8º – O contrato de prestação de serviço, na forma desta Lei, poderá ser rescindido antecipadamente nas seguintes situações:

I – por conveniência da administração, na forma da lei;

II – quando o contratado incorrer em qualquer falta grave;

III – a pedido do contratado;

IV – pela superveniência de concurso público para prover os cargos preenchidos com base nesta Lei, com a posse dos candidatos que obtiverem aprovação (...).

Portanto, a partir das considerações até aqui delineadas, para fins de condenação, imprescindível a verificação da observância aos requisitos da legislação que regulamentou a contratação temporária no Município de Santa Inês/MA, bem como a presença do elemento subjetivo do tipo (dolo) na conduta direcionada à recorrida.

In casu, Jozenilda da Conceição Vieira Ferreira, Ecília Marques da Silva, Rayanny Oliveira dos Santos e Letícia de Moura Mascarenhas foram contratadas,

pela gestão da ora apelada, para o exercício de atividade de agente administrativo, conforme os documentos anexados sob o ID 18025402 (Págs. 02 a 09).

A bem de ver, as funções ocupadas pelas mencionadas servidoras denotam incompatibilidade às hipóteses de calamidade pública, emergência, essencialidade à continuidade da administração pública ou demais hipóteses constantes do art. 2º da Lei Municipal nº 429/2006.

Note-se, ademais, que o mencionado diploma legal, ao autorizar a contratação direta, aduz que ocorrerá para o “(...) exercício de atividades inadiáveis para as quais não haja cargo público criado ou, se houver, não exista candidato aprovado em concurso público realizado para o mesmo (...)”, circunstância não verificada nestes autos

Ao revés, a ex-gestora do Município de Santa Inês/MA efetuou a contratação temporária de servidores com pendência de nomeação de candidatos aprovados em concurso público, vez que o Município foi intimado, na pessoa do seu procurador, em 11/11/2015, para o cumprimento de sentença, exarada nos autos do Processo nº 585-74.2013.8.10.0056 (5852013), em que determinava, no prazo de 60 (sessenta) dias, a nomeação de todos os aprovados no concurso regido pelo Edital nº 001/2011, bem como a exoneração de todos os servidores contratados, em desacordo com as disposições contidas no art. 37 da CF/88.

Registre-se, ainda, que o Município de Santa Inês/MA, na gestão da recorrida, manifestou-se nos autos do processo em alusão, em 24/08/2018, afirmando ter cumprindo o respectivo comando sentencial, contudo, as justificativas da municipalidade, conforme manifestação do Ministério Público naqueles autos (ID18025437 – Págs. 91-112), não foram acolhidas, de sorte que, a partir de tal circunstância, é possível aferir que a recorrida tinha ciência da obrigação judicial de nomeação dos aprovados no concurso realizado no ano de 2011, bem como da obrigação de exonerar todos os servidores contratados, temporariamente, para a mesma função pública.

Assinala-se que, ainda que houvesse a regularidade nas contratações temporárias em questão por necessidade excepcional e de interesse público, o procedimento adotado não obedeceu às disposições constantes da legislação municipal, porquanto ausente dos autos qualquer ato do executivo externando a necessidade de contratação excepcional e instaurando, subsequentemente, processo seletivo simplificado, nos termos do que preceitua o art. 5º da Lei Municipal nº 429/2006.

Por sua vez, extrai-se dos depoimentos das testemunhas Rayanny Oliveira dos Santos, Letícia de Moura Mascarenhas e Jozenilda da Conceição Vieira Ferreira,

que a recorrida, antes de contratá-las, negava-lhes solicitação de emprego, afirmando que, para ingressar nos quadros funcionais na municipalidade, haveria a necessidade de realização de concurso público, as contratando, posteriormente, após sucessivas solicitações de emprego (cf. ID 18025509 a 18025514).

Assim, a partir do momento em que o gestor municipal efetua a contratação irregular, ao alvedrio da legislação municipal que autoriza a contratação temporária e de determinação judicial no sentido da nomeação de servidores aprovados em concurso em substituição àqueles admitidos a título precário, resta devidamente caracterizado o dolo necessário à tipificação do delito constante do art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.

Portanto, inarredável a autoria e materialidade da imputação constante da denúncia, vez que a recorrida, ciente da impossibilidade, admitiu servidoras contra expressa disposição de lei, de sorte que a sentença objetada merece a devida correção, para julgar procedente o pedido contido na inicial acusatória, condenando a recorrida nas sanções constantes do art. 1ª, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67, passando-se, assim, à dosimetria da pena a ser especificada.

Deveras, de acordo com o art. 68 do CP, impõe-se ao juiz sentenciante, em cada etapa de fixação da sanção penal, a consignação da devida fundamentação, em observância ao princípio da individualização da pena e ao exercício da ampla defesa, plasmados no art. 5º, XLVI e LV, da CF/88.

Assim, no tocante à primeira fase, por não verificar, nos autos, qualquer justificativa para emissão de juízo negativo em relação às circunstâncias judiciais constantes no art. 59 do Código Penal, quantifica-se a sanção privativa de liberdade no mínimo legal de **03 (três) meses de detenção**, a qual resta consubstanciada no referido patamar, em virtude da ausência de agravantes ou atenuante, bem como de causas de aumento ou diminuição.

Lado outro, a partir dos elementos colhidos no acervo probatório, considerando que praticados quatro crimes, os quais, de acordo com o art. 71 do Código Penal, “(...) *pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (...)*”, aplica-se ao quantum antes arbitrado, em razão do número de infrações cometidas, o percentual de ¼ (um quarto), restando a reprimenda quantificada em 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção.

O regime de cumprimento de pena é o **aberto**, de acordo com o art. 33, § 2º, “c” do Código Penal.

Outrossim, embora encontre-se, em virtude do término do mandato da recor-

rida, prejudicada a imposição da perda do cargo público, a qual constitui sanção decorrente do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 201/67, é de rigor a inabilitação, pelo prazo de 05 (cinco) anos, do exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, porquanto a acusada, com sua conduta delituosa, demonstrou, além do desrespeito aos princípios basilares da administração pública, o completo menoscabo ao fiel cumprimento de decisão judicial transitada em julgado, circunstância que enseja maior reprovabilidade.

Por fim, em razão da presença dos requisitos constantes do art. 44, inciso I a IV, e § 2º, do CP, substitui-se da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito (prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas), a ser devidamente especificada pelo juízo da execução.

Ante o exposto, em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, **DOU PROVIMENTO ao presente recurso, para julgar procedente o pedido contido na denúncia, condenando M. V. P. B., por infração ao art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67, à sanção privativa de liberdade de 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção, para cumprimento em regime aberto. Considerando a presença dos requisitos legais, substituo a sanção privativa de liberdade por uma restritiva de direito (prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas), a ser devidamente especificada pelo juízo da execução.**

Declaro, outrossim, com fulcro no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 201/67, a inabilitação da ré para o exercício de cargo ou função pública pelo prazo de 05 (cinco) anos.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

Des. **GERVÁSIO** Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator

REVISÃO CRIMINAL

Nº 0818829-11.2021.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Cabimento da revisão criminal para anulação de condenação embasada em prova falsa;
2. Constatada a falsidade dos dados contidos na certidão de nascimento da vítima, em especial a data de nascimento e a maternidade;
3. Desnecessidade de declaração de nulidade de certidão de nascimento na esfera cível quando presentes elementos robustos para o reconhecimento da nulidade do referido documento no âmbito penal;
4. Absolvção do requerente embasada na ausência de elementar necessária à caracterização do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP).

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Cabível a propositura da ação revisional com vistas à anulação da condenação embasada em certidão de nascimento que contém dados falsos referentes à maternidade e, sobretudo, quanto ao elemento essencial para configuração do tipo previsto no art. 217-A, do CP, a idade da vítima.
- Constatado na esfera penal a falsidade dos dados contidos no documento utilizado para a condenação do requerente pela prova oral e pelo exame de DNA, desnecessária a declaração de nulidade da referida prova na esfera cível, ante a independência das instâncias.
- Comprovado que a vítima possuía idade superior a 14 (quatorze) anos à época dos fatos e consentiu com a prática da relação sexual, é rigor a absolvição do requerente pela prática do crime de estupro de vulnerável, ante a ausência de elementar do tipo em referência.

REVISÃO CRIMINAL Nº 0818829-11.2021.8.10.0000 – ROSÁRIO/MA

Sessão do dia 14 de outubro de 2022

REQUERENTE: P.H.M.C.

ADVOGADO: KERLINGTON DE JESUS SANTOS DE SOUSA (OAB/MA Nº 13.738)

RELATOR PARA O ACÓRDÃO: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

PROCURADORA: DRA. LÍGIA MARIA DA SILVA CAVALCANTI

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA VÍTIMA. EXAME DE DNA DEMONSTRANDO INCORREÇÃO DE DADOS. IDADE E MATERNIDADE ALTERADA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL E PENAL. DOCUMENTO FALSO ADOTADO COMO BASE DA CONDENAÇÃO. REVISIONAL PROVIDA.

I. É cabível a Revisão Criminal quando há fundados elementos a indicar que a certidão de nascimento da vítima do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, contém dados falsos, quer no tocante à maternidade, ao nome e, sobretudo, ao elemento essencial para o tipo do delito referenciado, à idade. Inteligência do art. 621, II do CPP.

II. Constatado pelo Exame de DNA e pelos depoimentos colhidos em sede de justificação judicial que a certidão de nascimento da vítima que apontava idade inferior a 14 anos, à época da relação sexual consentida, foi lavrada com dados falsos a pedido da “mãe de criação” e dissonantes do primeiro registro de nascimento realizado pela “mãe biológica”, impõe-se a revisão da condenação imposta pelo juízo primevo.

III. Em face da independência das instâncias não há necessidade de que primeiro seja declarada no Juízo Cível a nulidade da certidão de nascimento que fundamentou a condenação por estupro de vulnerável, de sorte que o próprio Juízo Criminal poderá fazê-lo, de imediato, se houver elementos nos autos que assim o permita, ficando, porém, os seus efeitos restritos ao âmbito penal.

IV. Demonstrado por registro de nascimento idôneo, lavrado pela mãe

biológica, poucos meses após o parto, que a suposta ofendida possuía idade igual a 14 anos quando da relação sexual consentida, força será reconhecer a ausência da elementar necessária à caracterização do delito tipificado no art. 217-A do Código Penal, impondo-se a absolvição do agente.

V. Revisão criminal conhecida e provida para declarar a absolvição do revisionando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da revisão criminal nº 0818829-11.2021.8.10.0000, “por maioria e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, as Câmaras Criminais Reunidas julgaram procedente a revisão criminal, nos termos do voto do Desembargador Revisor, no que foi acompanhado pelos Desembargadores ANTONIO FERNANDO BAYAMA ARAUJO, JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA, VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM E SAMUEL BATISTA DE SOUZA, CONTRA O VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR, QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRESENTE REVISÃO CRIMINAL, TENDO SIDO ACOMPANHADO PELOS DESEMBARGADORES JOSÉ JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS E SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.»”.

Votaram os Senhores Desembargadores FRANCISCO RONALDO MACIEL OLIVEIRA (RELATOR), GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (REVISOR), SAMUEL BATISTA DE SOUZA, SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM, SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO, VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, JOSE LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA, JOSE JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS e ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAUJO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro.

São Luís/MA, 17 de outubro de 2022.

Des. **GERVÁSIO** Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal, com pedido de tutela antecipada, proposta por P.H.M.C., condenado à pena total de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A c/c art. 234-A, III, do Código Penal (estupro de vulnerável majorado pelo resultado gravidez), conforme sentença de ID 13483593, confirmada em sede de julgamento de recurso de apelação pela e. Terceira Câmara Criminal, tendo o acórdão transitado em julgado em 18/06/2020.

Aduz, em síntese, que após o trânsito em julgado da condenação, descobriu-se que a vítima, à época do delito imputado, não era menor de 14 anos, tendo em vista a revelação tardia de que esta possuía, em verdade, dois registros de nascimento, não sendo verdadeira a data de nascimento constante da certidão que subsidiou o édito condenatório.

Acrescenta que, por conta da hipossuficiência da mãe biológica da vítima, aquela, ainda criança, fora entregue para criação à senhora Aurina Miranda dos Santos, a qual providenciou novo registro no Cartório Civil das Pessoas Naturais da cidade de Cantanhede/MA, registrando-se como sua mãe, bem como atribuindo-lhe o nome de C.F.S.S, nascida em Matões do Norte/MA no dia 23/08/2000, dados que fizeram parte do acervo probatório que resultaram na condenação do revisionando.

Afirma, ainda, que a vítima, cujo nome real seria S.V.S., em verdade, nasceu em Santa Rita/MA, no dia 23/08/1999, cuja mãe biológica é Sandra Regina Vieira da Silva, filiação comprovada por meio de exame de DNA juntado aos autos.

Assim, ao argumento de que, à época do ocorrido, a suposta vítima não era menor de 14 (quatorze) anos, bem como a relação teria sido consentida, entende que a conduta imputada ao revisionando é atípica, pugnano pela sua absolvição com fulcro nos arts. 386, III, c/c art. 626, ambos do Código de Processo Penal, requerendo, ainda, a concessão de tutela de urgência para o fim de suspender os efeitos da condenação, até o julgamento da revisional.

Indeferida a concessão de tutela de urgência (ID 14848693).

Em parecer, a Procuradoria de Justiça opinou pela procedência do pedido revisional, a fim de que o revisionando seja ABSOLVIDO, com fundamento nos artigos 386, inciso II e 626 do Código de Processo Penal.

O voto do ilustre Desembargador Relator foi pela improcedência da revisional.

É o relatório.

VOTO DO REVISOR: PROCEDÊNCIA DA REVISIONAL.

Examinados os autos, constata-se que merece acolhimento o pleito revisional, na medida que a nova prova produzida, em sede de justificação, sobrepõe-se ao acervo probatório produzido nos autos originais (ação penal nº 2556-77.2014.8.10.0115) porquanto a condenação pela prática do crime previsto no art. 217-A, Código Penal (estupro de vulnerável), foi lastreada em certidão de nascimento flagrantemente falsa.

Com efeito, a certidão que embasou a condenação, inserta no ID 13483606 (a 2ª via está no ID 13483603), consta o nascimento de **C.F.S.S.**, em data de **23/08/2000**, na cidade de Matões do Norte, cuja filiação é atribuída às pessoas de **Antônio Alves da Silva (pai) e Aurina Miranda dos Santos (mãe)**, sendo o registro lavrado na Comarca de Cantanhede, em **19/10/2006**, ou seja, mais de seis anos após a suposta data de nascimento da vítima.

Por sua vez, o registro apresentado pelo revisionando incluso no ID 13483604, faz referência ao nascimento de **S.V.S.**, em data de **23/08/1999**, na cidade de Santa Rita, cuja filiação é atribuída apenas à mãe **Sandra Regina Vieira da Silva**, tendo sido lavrado no local de nascimento (Santa Rita), em **16/12/1999**, portanto, sete anos antes da certidão de nascimento que embasou a condenação.

Debalde as certidões em apreço aparentemente indiquem a existência de pessoas distintas (Cássia e Samires) que, por sua vez, possuem mães diversas (Aurina Miranda e Sandra Regina, respectivamente), o confronto desta documentação com o teste de DNA, incluso no ID 13483609 – Pág. 1/5, conduz à inarredável conclusão de que o édito condenatório deve ser revisto, pois baseado em premissas falsas.

É que o referido exame de DNA, realizado no ano de 2021, atestou que **C.F.S.S.** (que figura como vítima na ação penal original nº 2556-77.2014.8.10.0115) é **filha biológica** de **Sandra Regina Vieira da Silva** (apontada como a mãe no registro de **S.V.S.**), o que demonstra, de forma indubitável, que **CÁSSIA** e **SAMIRES** são a mesma pessoa.

Nesse passo, força é concluir que a documentação que embasou a condenação, atestando ser a vítima menor de 14 (catorze) anos à época do fato, em verdade, continha dados falsos, quer no tocante à maternidade, ao nome e, sobretudo, ao elemento essencial para o deslinde da causa, **à idade**.

Anote-se que o fato do segundo documento – registrado em Cantanhede e apontando nome, paternidade e idade falsas – não ter sido anulado judicialmente na esfera cível, não impede, em absoluto, que se reconheça a sua falsidade no âmbito da jurisdição penal a fim de que possa ser considerado como prova apta a afastar o édito condenatório impugnado.

Pois, a ordem jurídica vigente estabelece a independência das instâncias administrativa, civil e penal, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, como são exemplos o RMS 30.376 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.04.2018, o RMS 334.041 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 28.04.2016 e o RMS 28.919 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma.

Especificamente sobre a independência das esferas cível e penal no âmbito do registro civil, tem-se interessante julgado da lavra do jurista maranhense NEY BELLO, com o seguinte teor:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. REGISTRAR COMO SEU FILHO DE OUTREM. ANULAÇÃO CÍVEL DO ATO. CRIME CONSUMADO. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. DOLO ESPECÍFICO. CIÊNCIA ACERCA DA FILIAÇÃO VERDADEIRA DA CRIANÇA. ATO TENDENTE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. CRIANÇA. PROMOVER A EFETIVAÇÃO DE ATO DESTINADO AO ENVIO DE CRIANÇA PARA O EXTERIOR COM INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. FRAUDE. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. REVISÃO DE PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL.

ENUNCIADO 444 DA SÚMULA DO STJ. 1. As instâncias cível, penal e administrativa são independentes, razão pela qual a anulação judicial cível do registro de nascimento de criança fraudulento, feito em nome da acusada e do marido norte-americano, mediante ação própria interposta por ela, não tem o con-

dão de afastar a responsabilidade criminosa. (...) (TRF-1 – APR: 00024832520124013813, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de Julgamento: 05/04/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 25/04/2017).

De outra banda, não há como suprir a invalidade da prova documental mediante o aproveitamento do depoimento prestado pela vítima em audiência de instrução e julgamento, em que esta afirmou possuir 13 (treze) anos, à época dos fatos, quando manteve relações sexuais com o requerente, pois em sede de justificação ela própria relatou que somente após a condenação do revisionando tomou conhecimento, através de sua avó de criação, que sua mãe biológica (Sandra Regina) a entregou para ser criada por Aurina Miranda dos Santos

Nesse sentido, acrescentou Cássia/Samires que ao tomar ciência dos fatos, procurou sua mãe biológica que confirmou a versão, o que a motivou a sair da casa de Aurina, passando desde então a morar com a sua verdadeira mãe (Sandra Regina Vieira da Silva).

Acrescente-se que a vítima Cássia/Samires, à época dos fatos, afirmou que a relação sexual com o requerente ocorreu de forma consensual, cujo relacionamento resultou em gravidez e o nascimento da menor Aurina Milena da Silva Coelho, ocorrido em 13/07/2014, que foi registrada em nome de ambos.

Impende gizar, ainda, que, em sede de justificação judicial prévia ao ajuizamento da presente ação, a vítima confirmou a duplicidade de registros e de nomes, acrescentando que o revisionando, mesmo preso, atualmente paga pensão à menor, fruto do relacionamento.

Esclarecedor também é o depoimento de Sandra Regina – na justificação judicial – ao confirmar que deu a sua filha biológica (SAMIRES que foi renomeada de CÁSSIA) para criação de Aurina, oportunidade em que lhe entregou o registro de nascimento lavrado em Santa Rita no ano de 1999, declarando, por sua vez, que somente tomou conhecimento da existência de um segundo registro em nome de sua filha Samires, após ela lhe procurar, ocasião em que constatou que sua filha biológica ostentava um outro registro com o nome de Cássia.

Em conclusão, constatada a imprestabilidade da certidão de nascimento para fins de comprovação da menoridade da vítima, face a nova prova apresentada na presente revisional, despicienda a aferição de nulidade ou validade do documento na esfera cível, como salientado alhures, por restar flagrante a inserção de dados falsos, impondo-se a consequente absolvição do revisionando.

Por derradeiro, *ad argumentandum tantum* e tão somente para esse efeito, ain-

da que remanescesse alguma dúvida, em face do princípio *in dubio pro reo* ante à inexistência de prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) acerca da idade da vítima, apta à configuração da elementar do tipo previsto no art. 217-A, CP – idade inferior a 14 (quatorze) anos – a absolvição seria medida que se impõe.

Ante o exposto, e em acordo com o parecer da Procuradoria- Geral de Justiça, **JULGO PROCEDENTE** a ação revisional, para o fim de absolver **P.H.M.C.**, da imputação prevista no art. 217-A c/c 234-A, III, do Código Penal, nos termos do art. 386, III e VII, c/c art. 626, ambos do Código de Processo Penal.

Comunique-se esta decisão ao Juízo da Execução Penal, servindo a presente como **alvará judicial** para o fim de pôr, imediatamente, em liberdade o revisio- nando se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Des. Gervásio Protásio dos Santos Júnior
Revisor

APELAÇÃO CRIMINAL

Nº 0800028-40.2021.8.10.0067

TEMAS ABORDADOS

1. Acordo de não persecução penal - ANPP;
2. Existência de direito subjetivo do réu à celebração do ANPP;
3. Princípio da obrigatoriedade ou indisponibilidade da ação penal pública.

TESES FIXADAS NO JULGADO

- O acordo de não persecução penal a que faz alusão o art. 28-A do Código de Processo Penal possui natureza jurídica de negócio jurídico pré-processual, pelo que a sua celebração afasta a instauração da respectiva ação penal;
- Após as alterações promovidas pela Lei nº 13.967/19, antes do oferecimento da denúncia, impõe-se à acusação a avaliação da conveniência e oportunidade para a celebração do ANPP, bem como a observância dos respectivos requisitos legais, porquanto, formalizada a denúncia não é autorizada a desistência da persecutio criminis em juízo, em virtude do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, restando, após esse momento processual, inviabilizado a celebração do referido ajuste processual.
- Inexiste direito subjetivo do acusado à celebração de ANPP, havendo uma disponibilidade do Órgão Ministerial em relação a sua propositura, a partir das estratégias de política criminal da instituição.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0800028-40.2021.8.10.0067

Sessão virtual de 21/11/2022 a 28/11/2022

Apelante: E. C. L. G.

Advogado: LUÍS FERNANDO XAVIER GUILHON FILHO (OAB/MA Nº 9.067)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

Revisora: Desembargadora SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP. OFERECIMENTO APÓS A FORMALIZAÇÃO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I. O Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, constitui negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, como alternativa à propositura de ação penal, de sorte que, formalizada a peça acusatória, em virtude do princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público não está autorizado a desistir da persecutio criminis em juízo. (Precedente do STJ).

II. Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a realização do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, a despeito da sua relevante função como instrumento de política criminal, não constitui direito subjetivo do acusado, sendo atribuição do Ministério Público analisar, além dos requisitos legais, a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo.

III. Apelação criminal conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Criminal nº 0800028-40.2021.8.10.0067, “unanimemente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal negou provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (Relator), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM e SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. REGINA MARIA DA COSTA LEITE.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por **E. C. L. G.** pugnando pela reforma da sentença de ID nº 18197440, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Anajatuba, que o condenou, por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além de 150 (cento e cinquenta) dias-multa e, por infração ao art. 12 da Lei nº 10.826/03, à sanção de 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias multa, estabelecendo o valor unitário da sanção pecuniária em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, sendo a reprimenda privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Conforme consta da denúncia (ID nº 18197398), recebida em 10/03/2021 (ID nº 18197401), em 20/04/2020, **E. C. L. G.** foi preso em flagrante por ter sido encontrado em sua residência (Rua do Sol, nº 09, Bairro Limirique, Anajatuba/MA), 90 (noventa) porções de substância semelhante à cocaína, além de 01 (uma) arma de fogo de uso permitido.

Do édito condenatório antes referido, o réu interpôs recurso sob o ID nº 18197446, com as respectivas razões inclusas no ID nº 18660494 nas quais sustenta que cumpriu os requisitos do art. 28-A do CPP com vistas à formalização de acordo de não persecução penal.

Ressaltou que não há óbice para a celebração do mencionado ajuste em qualquer fase do processo, entendendo que o oferecimento do instrumento processual em questão constitui direito subjetivo do réu, pelo que postulou o retorno dos autos ao Órgão Ministerial de origem para que exerça essa obrigação legal. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do presente recurso.

Contrarrazões ofertadas pelo Órgão Ministerial (ID nº 19998925), nas quais assevera que a argumentação deduzida no presente recurso constitui inovação recursal, aduzindo, ainda, que o acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do réu. Afirma ser incabível o referido ajuste na hipótese em apreço, porquanto cometido crime com pena mínima superior a 04 (quatro) anos, pugnando, por fim, pelo não conhecimento deste inconformismo.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, o Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (ID nº 20534398).

É o relatório.

Em atenção aos termos do art. 323, I, c/c art. 325, ambos do RITJMA, de-

termino a remessa dos autos à eminente revisora, para a adoção das providências cabíveis.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o apelo merece ser conhecido.

O apelante foi condenado, por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 12 da Lei nº 10.826/03, respectivamente, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, além de 160 (cento e sessenta) dias-multa, sendo a reprimenda privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Nesta irresignação, o recorrente requereu, em síntese, o retorno dos autos ao Órgão Ministerial de origem para que seja oferecido acordo de não persecução penal, ante a observância dos requisitos legais para tanto, argumentando, ainda, que, por ser o referido ajuste direito subjetivo do réu, inexistente óbice para aplicação do mencionado ajuste em qualquer fase do processo.

Com efeito, o art. 28-A do CPP estabelece, como requisito para o oferecimento do acordo de não persecução penal, não ser a hipótese de arquivamento da investigação, estabelecendo seu parágrafo 10º a possibilidade de oferecimento de denúncia, caso não observadas as disposições celebradas.

Portanto, o instrumento jurídico em questão possui natureza jurídica negocial pré-processual, celebrado entre o investigado e a acusação, afastando-se, consequentemente, a necessidade de instauração de ação penal.

Sobre a temática, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2020, págs. 1145/1146) lecionam no seguinte sentido:

*“(...) Não há previsão legal para a realização de acordo de não persecução penal durante audiência de instrução judicial. Ademais, **depois de deflagrada a persecução penal, não pode o Ministério Público dela dispor, eis que a ação penal é indisponível.** Desse contexto, podemos inferir que a confissão referida deve ter ocorrido antes da propositura da denúncia, em sede extrajudicial ou, se judicial, deve ter acontecido em outro processo criminal (...).”*

Desse modo, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, o órgão ministerial, antes do oferecer a denúncia, deve avaliar, além dos requisitos legais, a conveniência e oportunidade para a celebração do instrumento processual em questão, vez que, após a formalização da peça acusatória, em virtude do princípio

da obrigatoriedade, não é autorizada a desistência da persecutio criminis em juízo. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no excerto a seguir transcrito:

O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos. Com efeito, o membro do Ministério Público, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, os quais estão expressamente previstos no Código de Processo Penal (...). (HC 612.449/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 22/09/2020, DJe 28/09/2020)

Na espécie, verifica-se que fora ultrapassado o momento processual específico para propositura do acordo de não persecução penal, vez que devidamente oferecida a exordial acusatória, concluindo-se inexistir direito subjetivo do acusado à formalização do instrumento processual a que faz alusão o art. 28-A do CPP, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal consubstanciado em aresto que ora colaciona-se:

*(...) As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. **Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.** 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público “poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para re-provação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições”. 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARRO-*

SO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC 191124 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021) (Original sem destaques)

Registre-se, ad argumentandum tantum, que, ainda que se admitisse a formalização do negócio jurídico-processual pretendido pelo recorrente, não seriam observados os requisitos legais, ante a imputação de infração penal com sanção privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão – art. 33, caput, da Lei 11.343/06 –, circunstância que, nos termos do art. 28-A do CPP, obsta a formalização de acordo de não persecução penal.

Assim, diante da legislação de regência da matéria e do respectivo entendimento jurisprudencial, verifica-se a insubsistência do pleito constante das razões recursais e, inexistindo qualquer circunstância a ensejar o pronunciamento de ofício, é de rigor a manutenção do pronunciamento judicial ora questionado

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do presente apelo, a que **NEGO PROVIMENTO, mantendo o pronunciamento judicial questionado em todos os seus termos.**

É como voto

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

nº 0817018-79.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. O Pacote Anticrime não retirou a hediondez do crime de tráfico de drogas, ante a previsão constitucional que o classifica como tal, exce- tuando-se a hipótese do tráfico privilegiado;
2. Reincidência específica não será reconhecida em crimes que embora figurem em um mesmo tipo penal, possuam natureza distinta;
3. Inexistindo disposição sobre a progressão de regime de pessoa con- denada anteriormente por crime não hediondo e, em seguida, por cri- me hediondo, e ante a vedação do uso de analogia in malam partem, o Juízo da execução deverá aplicar o mesmo lapso de progressão dos condenados primários aos reincidentes genéricos, fixado no patamar de 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena (Tema nº 1.084 do STJ em sede de Recursos Repetitivos e Tese de Repercussão Geral nº 1.169 do STF);
4. Possibilidade de progressão do regime fechado para o semiaberto com o atendimento dos requisitos objetivo e subjetivo e consequente transferência do sentenciado para estabelecimento prisional compa- tível.
5. Concessão de livramento condicional a condenado em pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos, desde que cumpridos mais de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nos casos de condenação por tráfico de drogas, se o apenado não for reincidente específico em cri- mes dessa natureza.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- As alterações promovidas com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Paco- te Anticrime) não retirou a hediondez do crime de tráfico de drogas, cuja classificação decorre de previsão constitucional (art. 5º, XLIII da CF/88),

exceto a hipótese do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06).

- Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a hipótese de reincidência específica não será reconhecida em crimes que embora figurem em um mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, a exemplo do tráfico privilegiado em face do tráfico comum.
- No silêncio da disciplina sobre a progressão de regime de pessoa condenada anteriormente por crime não hediondo e, em seguida, por crime hediondo, compete ao Juízo da execução integrar a norma e aplicar o mesmo lapso de progressão dos condenados primários aos reincidentes genéricos, fixado no patamar de 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena (Tema nº 1.084 do STJ em sede de Recursos Repetitivos e Tese de Repercussão Geral nº 1.169 do STF).
- Cumprido os requisitos objetivo e subjetivo previstos no art. 112 e seguintes da Lei de Execução Penal – LEP, admite-se a progressão de regime do apenado, tornando imperiosa a sua transferência para estabelecimento prisional compatível com o novo regime.
- Não sendo hipótese de reincidência específica, cabe a concessão do benefício de livramento condicional a sentenciado em pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos, desde que cumpridos mais de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nos casos de condenação por tráfico de drogas.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 0817018-79.2022.8.10.0000

Sessão virtual de 21/11/2022 a 28/11/2022

Agravante: M. E. B. T.

Defensor Público: JOSNATAN PEREIRA VIEGAS

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019. PERMANÊNCIA DA HEDIONDEZ DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXCEÇÃO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. NÃO CONFIGURAÇÃO EM CRIMES DE NATUREZA DISTINTA. CÁLCULO DE PENA PARA PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE LAPSO PARA REINIDENTES GENÉRICOS. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS AOS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RECONHECIMENTO DA SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS PARA PROGRESSÃO DE REGIME. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. AGRAVO PROVIDO.

I. Em que pese as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), com a revogação do § 2º, do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), não foi retirada a hediondez do crime de tráfico de drogas, que decorre de previsão constitucional (art. 5º, inciso XLIII da CF/88), excetuando-se a hipótese do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), que versa sobre tráfico privilegiado.

II. Segundo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não se reconhecerá a reincidência específica em crimes que, conquanto figurem em um mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, a exemplo do tráfico privilegiado em face do tráfico comum.

III. A reforma sistemática da progressão de regime de condenados promovida pelo Pacote Anticrime não disciplinou, de forma expressa, a

circunstância de pessoa condenada anteriormente por crime não hediondo e, em seguida, por crime hediondo, razão pela qual, em circunstâncias tais, compete ao Juízo da execução integrar a norma em comento e, diante da vedação do uso da analogia in malam partem, torna-se imperiosa a aplicação do mesmo lapso de progressão dos condenados primários aos reincidentes genéricos, qual seja, 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena, conforme disposto no tema nº 1.084 em sede de Recursos Repetitivos do STJ e Repercussão Geral do STF no tema nº 1.169, sendo este patamar mais favorável à fração anteriormente vigente.

IV. Atendidos os requisitos objetivo (tempo de cumprimento de pena) e subjetivo (mérito do apenado), admite-se a progressão do regime fechado para o semiaberto, comportando, conseqüentemente, a transferência da condenada para estabelecimento prisional compatível com o novo regime.

V. Nos termos do art. 83, V do Código Penal, o magistrado poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos, desde que cumpridos mais de 2/3 (dois terços) da pena, nos casos de condenação por tráfico de drogas, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza, como na hipótese dos autos, em que a ré possui condenações anteriores em tráfico privilegiado, desprovido de hediondez, conforme entendimento consolidado pelas Cortes Superiores.

VI. Agravo em execução conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Agravo em Execução nº 0814018-79.2022.8.10.0000, “unanimemente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal deu provimento ao agravo interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR (Relator), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM e SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. REGINA MARIA DA COSTA LEITE.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução interposto por **M. E. B. T.**, assistida pela Defensoria Pública, pugnano pela reforma da decisão lançada no item nº 63 do processo de execução nº 5000074-29.2019.8.10.0040, proferida pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Penais de Imperatriz, que indeferiu os pedidos de retificação do cálculo da pena e de progressão para o regime semiaberto outrora formulados.

Em suas razões recursais, a agravante destacou a necessidade de reforma das decisões alvejadas, para que seja reconhecida sua primariedade em crimes de natureza hedionda, com a consequente aplicação do lapso de 40% (quarenta por cento) para a progressão de regime e de 2/3 (dois terços) para o livramento condicional, com a concessão de progressão para o regime semiaberto e posterior transferência para estabelecimento prisional compatível (ID 19531830).

Contrarrazões ofertadas pelo Ministério Público no ID 19531832, ensejo em que aduziu o acerto das decisões objurgadas, além de refutar as matérias suscitadas pela agravante, manifestando-se pelo improvimento do recurso interposto (ID 19531832).

Em juízo de retratação, o magistrado singular manteve as decisões alvejadas pelos seus próprios fundamentos (ID 19531836).

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (ID 20726219).

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso, passando à análise do mérito.

Consoante relatado, pretende a agravante, em suma, obter o reconhecimento da sua primariedade em crimes de natureza hedionda, o que permitiria a adoção

do interregno de 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena para atingir a progressão para o regime semiaberto, nos termos do art. 112, inciso V da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), bem como a aplicação da fração de 2/3 para a concessão do benefício de livramento condicional.

Inicialmente, cumpre destacar que a situação ora em apreço perpassa pelas inovações ocasionadas com o advento da Lei nº 13.964/2019, a qual convencionou-se chamar de “pacote anticrime”.

Uma das principais alterações, que reflete no caso ora em apreço, diz respeito à revogação do § 2º do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que promoveu a remoção, em tese, do delito de tráfico de drogas do rol dos crimes hediondos até então previstos, implicando em alterações pontuais no que se refere aos percentuais de progressão do regime aos réus sentenciados por esse delito.

Ocorre que, a despeito de tal mudança, convém esclarecer que a hediondez da narcotraficância decorre de previsão constitucional, na medida em que o art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988, conferiu tratamento mais gravoso aos delitos de tráfico de drogas, tortura e terrorismo, equiparando-os a crimes hediondos, cujo entendimento é reproduzido pela jurisprudência pátria, a exemplo do julgado adiante transcrito, da lavra do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. CÁLCULO DE PENA PARA PROGRESSÃO DE REGIME. REVOGAÇÃO DO § 2º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS) PELA LEI 13.964/2019 QUE NÃO AFASTA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMO DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. 1. O entendimento da instância ordinária está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, pois a Lei n. 13.964/2019 não retirou o caráter de equiparado a hediondo do crime de tráfico de drogas. O caráter hediondo somente é retirado quando incide a figura do tráfico privilegiado, o que não é o caso dos autos, conforme já decidido de há muito pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS e devidamente acompanhado por esta Corte Superior. 2. Recentemente a Quinta Turma desta Corte Superior, no julgamento do AgRg no HABEAS CORPUS nº 729.332 - SP (2022/0072818-5), de relatoria do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, proferiu entendimento no mesmo sentido, por entender que "a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional

estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal". 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 730567 SP 2022/0080300-0, Data de Julgamento: 17/05/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2022). (grifou-se).

Excetua-se desta regra apenas a hipótese descrita no art. 33, § 4º da Lei nº 11.313/06, uma vez que, ao apreciar o Habeas Corpus nº 118.533/MS, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda.

Isso porque as circunstâncias legais do privilégio demonstram o menor juízo de reprovação da conduta, se comparado às modalidades definidas no art. 33, caput e § 1º do supracitado normativo, as quais exigem maior censura e punição pelo Estado.

Trazendo a questão para o caso dos autos, observa-se que a agravante, antes de cometer o delito que resultou na presente execução, já havia sido condenada em duas oportunidades, oriundas das demandas de nº 30-47.2009.8.10.0040 e nº 2581-92.2012.8.10.0040, ambas com trâmite na Comarca de Imperatriz.

Do extrato processual acostado ao presente agravo, e confirmado em pesquisa pelo sistema Jurisconsult, verifica-se que as duas ações versavam sobre o delito de tráfico de drogas, oportunidade em que a ora recorrente fora condenada às penas de reclusão de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa em cada demanda, havendo a aplicação da causa de diminuição contida no art. 33, § 4º da legislação específica e conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Em contrapartida, no julgamento do processo nº 129-65.2019.8.10.0040, que deu origem à execução nº 5000074-29.2019.8.10.0040 (SEEU), houve condenação da ré como incurso nas penas do art. 33, caput da Lei nº 11.343/2006, atribuindo-lhe a reprimenda de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 655 (seiscentos e sessenta e cinco) dias-multa.

Nessa perspectiva, na apuração do percentual necessário para progressão de regime, e considerando as circunstâncias descritas no art. 112 da Lei nº 7.210/84, é possível perceber que a situação da ré se insere, em verdade, na hipótese contida no inciso V do referido dispositivo, assim redigida:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (...)

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se primário.

Tal contexto se justifica porque a reforma sistemática da progressão de regime de condenados promovida pelo Pacote Anticrime não disciplinou, de forma expressa, a circunstância de pessoa condenada anteriormente por crime não hediondo e, em seguida, por crime hediondo, ou seja, reincidente não específico em crime dessa natureza.

Nesse ponto em especial, convém mencionar que o STJ já consolidou o entendimento de que não se reconhecerá a reincidência específica em crimes que, conquanto figurem em um mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, a exemplo do tráfico privilegiado em face do tráfico comum, como é a hipótese dos autos.

Ilustrando tal premissa, colaciona-se a ementa elucidativa que segue:

*AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. RÉU CONDENADO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO E TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE. 1. **O sentenciado condenado, primeiramente, por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) e, posteriormente, pelo crime previsto no caput do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não é reincidente específico, nos termos da legislação especial; portanto, não é alcançado pela vedação legal, prevista no art. 44, parágrafo único, da referida Lei (HC n. 419.974/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/6/2018).** 2. Imperioso o afastamento da reincidência específica em relação ao tráfico privilegiado e o tráfico previsto no caput do art. 33 da Lei de Drogas, nos termos do consolidado entendimento jurisprudencial, para fins da concessão do livramento condicional. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 604376 SP 2020/0200580-7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2020). (grifou-se).*

Desta forma, revelada a ausência de previsão legal acerca dos reincidentes não específicos, compete ao Juízo da execução integrar a norma em comento e, diante da vedação do uso da analogia in malam partem, torna-se imperiosa a aplicação do mesmo lapso de progressão dos condenados primários aos reincidentes genéricos, qual seja, 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena, hipótese que é, inclusive, mais benéfica que o lapso anterior, previsto em 3/5 (três quintos), permi-

tindo a retroatividade da lei mais favorável à ré.

A propósito, tal posicionamento já foi alvo de análise em sede de Recurso Repetitivo no STJ, oportunidade em que o Tribunal da Cidadania firmou a tese fixada no tema nº 1.084, segundo a qual *“é reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei nº 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”*.

Do mesmo modo, a respeito do tema, o STF também fixou a tese de Repercussão Geral de nº 1.169, declarando que *“tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inc. VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia in bonam partem, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do art. 112 da LEP (lapse temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico”*.

Sendo assim, considerando o contexto dos autos e com fulcro no posicionamento dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, assiste razão à agravante quanto à retificação do cálculo de pena para progressão de regime, aplicando-se, em consequência, o inciso V do art. 112 da Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal).

Analisando o processo de execução de nº 5000074-29.8.10.0040, no SEEU, constata-se que o gráfico de cálculo da pena da agravante aponta que esta já cumpriu 60% (sessenta por cento) da reprimenda que lhe fora imposta, resultando no total de 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 13 (treze) dias, restando em aberto apenas 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 17 (dezesete) dias, o que permite concluir pelo preenchimento do requisito objetivo necessário à progressão.

Quanto ao requisito subjetivo, conforme previsão contida no art. 112, § 1º do supracitado normativo, em qualquer caso, o apenado só terá direito ao aludido benefício se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Nesse sentido, nos autos da execução, observa-se a presença de vários atestados de boa conduta emitidos pelos diretores das unidades prisionais que a recorrente permaneceu reclusa, como se nota nos itens nº 55, nº 116 e nº 127 do processo, sendo este último prolatado em 05/10/2022 pela Diretora-Geral da Unidade Prisional de Ressocialização Feminina – UPFEM de São Luís, com validade de 90 (noventa) dias.

Assim, avaliadas as circunstâncias e preenchidos os requisitos legais, verifica-se

que assiste razão à agravante quanto ao pleito de progressão de regime do fechado para o semiaberto, devendo, portanto, ser declarado seu benefício, com a consequente transferência para estabelecimento prisional compatível com o novo regime.

Por derradeiro, no que concerne ao livramento condicional ventilado nos pedidos do vertente agravo, denota-se que tal instituto encontra seus requisitos previstos no art. 83 do Código Penal, descrevendo as hipóteses que o magistrado pode considerar para concessão da benesse aos sentenciados em pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos.

Com efeito, perpetuando o raciocínio anteriormente adotado, entende-se pela aplicação do livramento condicional quando a sentenciada cumprir mais de 2/3 (dois terços) da pena que lhe fora imposta, uma vez que, apesar de condenada pelo crime de tráfico de drogas, não se insere na vedação disposta no art. 44, § único da Lei nº 11.343/06, na medida em que as condenações anteriores foram em razão de tráfico privilegiado, desprovido de caráter hediondo, não sendo, portanto, reincidente específica em crimes dessa natureza (art. 83, V do CP).

Corroborando tal entendimento, cumpre colacionar a ementa seguinte, em que o STJ apreciou caso semelhante ao presente, *litteris*:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO COMUM E TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. REINCI-DÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, não mais admite a utilização do habeas corpus como substituto do recurso próprio, assim também não o fazendo as instâncias ordinárias, de modo a não frustrar a sua finalidade que é a de atuar de forma célere e efetiva no caso de manifesta violência ou coação à liberdade de locomoção do cidadão por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, da CF). 2. No entanto, verificada hipótese de impetração de habeas corpus em lugar do instrumento próprio, de rigor o seu não conhecimento, a menos que constatada ilegalidade flagrante, caso em que a ordem pode ser concedida de ofício, como forma de cessar o constrangimento ilegal. 3. Esta Corte Superior de Justiça consolidou entendimento no sentido de afastar a reincidência específica em relação ao tráfico privilegiado e o tráfico previsto no caput do art. 33 da Lei de Drogas. 4. Habeas corpus não conhecido. Contudo, or-

dem concedida de ofício para cassar o acórdão prolatado pela Corte de origem, e, em consequência, confirmar a liminar anteriormente deferida, que determinou ao Juízo executório a retificação da guia de execução do paciente a fim de afastar a reincidência específica relativamente às condenações de tráfico de drogas comum e tráfico privilegiado, com reapreciação dos requisitos para concessão do livramento condicional, de acordo com as regras estabelecidas no art. 83, V, do Código Penal. (STJ - HC: 530914 SP 2019/0261853-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 17/09/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2019). (grifou-se).

A par do que foi dito, compreende-se, em conformidade com a linha adotada pelos Tribunais Supremos, que a agravante faz jus à aplicação do lapso de 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena para progressão ao regime semiaberto e 2/3 (dois terços) para livramento condicional.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, **CONHEÇO E DOU PROVIMENTO**, ao presente agravo, nos termos da fundamentação apresentada.

É como voto.

São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

nº 0004092-72.2017.8.10.0001

TEMAS ABORDADOS:

1. Desclassificação do crime previsto no art. 69-A da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) para o previsto no art. 299 do Código Penal (Falsidade Ideológica);
2. Alteração da matéria de um crime regido por legislação especial para um crime comum, impondo o declínio de competência para o processamento do feito, conforme direciona o Código de Divisão e Organização Judiciária do Maranhão.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Promovida a desclassificação de um delito previsto em legislação especial (art. 69-A da Lei nº 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais) para um delito comum (art. 299 do Código Penal), torna-se imperioso o declínio de competência para processamento e julgamento do feito, como determina o Código de Divisão e Organização Judiciária do Maranhão (Lei Complementar nº 14/1991).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0004092-72.2017.8.10.0001

Sessão virtual de 28/11/2022 a 05/12/2022

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Recorridos: E. B. DE S. R., N. G. DE S. R. e P. M. E M. DE C.

Advogado (s): ELLERY SOUSA TOEWS DOLL (OAB/MA nº 20.744) e ANIS WASSOUF FIQUENE (OAB/MA nº 17.571)

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. DESCLASSIFICAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CRIME COMUM. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. ORIENTAÇÃO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA LOCAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. Transcorrido o trâmite processual e tendo o magistrado singular concluído que os fatos apurados não se amoldam ao crime previsto no art. 69-A da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), descrito na peça acusatória, oportuna a desclassificação para o delito disposto no art. 299 do Código Penal (Falsidade Ideológica), conforme faculta o art. 383, caput do Código de Processo Penal, em vista a inclusão de dados falsos em sistema de controle da administração pública.

II. Operada a desclassificação do tipo penal e constatada a alteração da matéria de um crime regido por legislação especial para um crime comum, impõe-se o declínio de competência para o processamento do feito, nos termos fixados pelo Código de Divisão e Organização Judiciária do Maranhão.

III. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de nº 0004092-72.2017.8.10.0001, “unanimente e em desacordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal negou provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”

Votaram os Senhores Desembargadores GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SAN-

TOS JÚNIOR (Relator), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM e SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. MARIA LUIZA RIBEIRO MARTINS.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público em face da decisão de ID 19265038, exarada nos autos da Ação Penal de nº 0004032-72.2017.8.10.0001 (27272/2010) pela MM. juíza titular da 7ª Vara Criminal do Termo Judiciário de São Luís, que promoveu a desclassificação do crime descrito na denúncia e declinou da competência para análise e julgamento do feito.

Em suas razões recursais, o Parquet aduziu, em suma, que embora a magistrada de base tenha entendido pela imputação de delito não previsto na Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), remanesce a prática de crime ambiental, o qual é caracterizado pelo cometimento de quaisquer condutas típicas que causem danos ao meio ambiente, motivo pelo qual persiste a competência da Vara Especializada para o processamento da demanda (ID 19265045).

Apresentadas contrarrazões pelos recorridos ao ID 19265054, ensejo em que refutaram os argumentos suscitados, pugnando, ao final, pela manutenção do decisum fustigado.

A magistrada singular, exercendo a faculdade disposta no art. 589 do Código de Processo Penal, manteve o decisum recorrido em todos os seus termos, determinando a remessa do feito ao eg. Tribunal de Justiça (ID 19265056).

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora, a Drª. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (ID 20808512).

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto, passando à análise do mérito.

Consoante relatado, a insurgência recursal cinge-se, sumariamente, em face da decisão que promoveu a desclassificação do delito previsto no art. 69-A da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), disposto na denúncia ofertada pelo Parquet, para o art. 299 do Código Penal e, em consequência, declinou a competência da Vara Especializada para redistribuição do feito entre as Varas Criminais comuns.

Analisando detidamente os autos, observa-se que a peça acusatória juntada ao ID 19264845, oferecida pelo Ministério Público através da 7ª Promotoria de Justiça Especializada do Termo Judiciário de São Luís, aponta que os acusados seriam responsáveis por inserir informações falsas em Documento de Origem Florestal – DOF, ao vender crédito fictício no valor de 269,0969m³ de madeira para a “empresa fantasma” B. J. M. de C. LTDA que, embora detenha o CNPJ nº xx.xxx.xxx/0001-xx, não existe no local onde deveria exercer suas atividades.

Com efeito, o art. 69-A da Lei nº 9.605/1998 prevê que incorre em crime quem “*elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão*”, reprimido com pena de reclusão de 03 (três) a 06 (seis) anos e multa.

Segundo ensinamento do jurista Guilherme de Souza Nucci, o núcleo do tipo penal em comento exige que o agente seja encarregado de elaborar ou apresentar estudo (trabalho específico sobre determinado assunto), laudo (parecer técnico) ou relatório (narração ordenada e minuciosa sobre certo fato) que contenham, no todo ou em parte, informações falsas ou enganosas a respeito de matérias relacionadas ao meio ambiente (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 2, 14. ed. Forense, 2021, p. 699).

Entretanto, os dados angariados no caderno processual se inclinam a apontar que a conduta dos denunciados consistiu, basicamente, na inserção de informações falsas nos sistemas que alimentam o DOF, o qual constitui uma licença obrigatória para o transporte e armazenamento de produtos florestais de origem nativa, instituído pela Portaria nº 253, de 18 de agosto de 2006, do Ministério do Meio Ambiente (MMA).

Assim, é possível perceber que tal comportamento não se amolda ao tipo penal descrito na peça acusatória, o que evidencia o acerto na decisão da magistrada sin-

gular em promover a desclassificação para o crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal, o qual incrimina a conduta de “*omitir, em documento público ou particular, declaração que dele deva constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”, punido com reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Note-se, ainda sob os ensinamentos de Nucci, que o núcleo do referido tipo penal pressupõe apenas a realização dos procedimentos de omitir (deixar de inserir ou não mencionar), inserir (colocar ou introduzir) e fazer inserir (proporcionar que se introduza), ao passo que os objetos das condutas devem ser declarações relevantes a constar em documentos públicos e particulares (Código Penal Comentado, 22. ed. Forense, 2022, p. 1.258).

Outro não é o entendimento da jurisprudência pátria acerca de tal hipótese, como ilustra o julgado adiante transcrito, em que o Superior Tribunal de Justiça classifica como falsidade ideológica o procedimento de inserção de informações falsas em registro de cunho ambiental, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 29, DA LEI N. 9.605/1998. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CP. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS SEM QUALQUER RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO ENTRE SI. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A manutenção em cativeiro de pássaros da fauna silvestre brasileira ameaçados de extinção em desacordo com a licença obtida constitui conduta delituosa prevista no art. 29 da Lei n. 9.605/1998. 2. A inserção de informação diversa da que deveria constar no registro para constituição da empresa “Criatório Soberano”, bem como em vários outros documentos amolda-se ao tipo penal previsto no art. 299 do Código Penal. 3. Impossibilidade de absorção do crime de falsidade ideológica pelo crime ambiental, em face da autonomia das condutas, praticadas de forma distinta e em períodos diversos. 4. Recurso especial provido para reformar a sentença de primeiro grau e condenar os réus pelo crime do art. 299 do Código Penal, com retorno do autos ao juiz de primeiro grau com o fim de aplicação da pena. (STJ - REsp: 1745308 MG 2018/0134979-4, Relator: Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/05/2019, T6 - SEXTA

TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2019). (grifou-se).

Feito esse registro, importa mencionar que, por óbvio, operada a desclassificação do crime inserto na denúncia, através da emendatio libelli perpetrada pela juíza primeva, com fulcro no art. 383, caput do Código de Processo Penal, retirou-se a especialidade inerente à legislação que guiava o dispositivo anterior, inviabilizando a continuidade do processamento do feito naquela Vara Especializada.

Isso porque, segundo a dicção do art. 9º, XLVII do Código de Divisão e Organização Judiciária do Maranhão (Lei Complementar nº 14/1991), a 7ª Vara Criminal do Termo Judiciário de São Luís detém competência específica para julgamento de certas demandas, dentre elas, as que envolvem os crimes contra o meio ambiente, como se percebe da redação do aludido dispositivo:

*XLVII – 7ª Vara Criminal: Processamento e julgamento dos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo. **Processamento e julgamento dos crimes contra o meio ambiente.** Processamento e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Processamento e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2004. Processamento e julgamento dos crimes tipificados no Código de Defesa do Consumidor. Habeas Corpus. (grifou-se).*

Inexistindo delito genuinamente de matéria ambiental, ante a desclassificação outrora realizada, cabe o declínio de competência para análise e julgamento do feito, nos termos do art. 74, § 2º c/c art. 383, § 2º do Código de Processo Penal, que assim dispõem:

Art. 74. *A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri (...)*

§ 2º Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.

Art. 383. *O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (...)*

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Desta feita, constata-se que os argumentos tecidos no presente recurso não merecem guarida, ante o êxito do decisum impugnado, lastreado em posicionamento jurisprudencial e na legislação aplicável à espécie, sobretudo o Código de Organização Judiciária local.

Ante o exposto, e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, **NEGO PROVIMENTO** ao presente recurso, mantendo incólume a decisão vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

MS

Nº 0821536-15.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Multa do art. 265 do CPP;
2. Abandono da causa pelo advogado;
3. Princípios do contraditório e da ampla defesa.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- O advogado que deixar de realizar atos indispensáveis ao cumprimento do mandato que lhe fora conferido para representação em juízo, pode incidir no abandono indireto da causa e ser penalizado, nos termos do art. 265 do CPP.
- Não configura abandono da causa a ausência do advogado a apenas um único ato processual.
- A aplicação de multa a advogado, nos termos do art. 265 do CPP, por representar séria implicação à sua integridade patrimonial e profissional, deve atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL Nº 0821536-15.2022.8.10.0000

Sessão virtual de 12/12/2022 a 19/12/2022

Impetrante: A. A. S.

Advogados: ANTONIO AUGUSTO SOUSA - OAB/MA 4847, LINCON LIMA SAMPAIO - OAB/MA 14303, CRISTIAN FABIO ALMEIDA BORRALHO - OAB/MA 8310

Impetrada: JUÍZA DA 1ªVARA DA COMARCA DE SANTA HELENA-MA

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA DO ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADVOGADO. ABANDONO DA CAUSA NÃO CARACTERIZADO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO OBSERVADOS. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

I – Não configura abandono da causa a ausência do advogado a apenas um único ato processual.

II – A aplicação de multa a advogado, nos termos do art. 265 do CPP, por representar séria implicação à sua integridade patrimonial e profissional, deve atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

III – Segurança concedida, para afastar a exigência da multa cominada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Mandado de Segurança nº 0821536-15.2022.8.10.000, os Desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão decidiram, por unanimidade de votos e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conceder a segurança, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR, ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAUJO, FRANCISCO RONALDO MACIEL OLIVEIRA, JOSE JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS, JOSE LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA, SAMUEL BATISTA DE SOUZA, SEBASTIAO JOAQUIM LIMA BONFIM, SONIA MARIA AMARAL FER-

NANDES RIBEIRO e VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. JOAQUIM HENRIQUE DE CARVALHO LOBATO.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por A A S contra decisão proferida pela Juíza da 1ª Vara da Comarca de Santa Helena-MA, que aplicou a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal ao impetrante, arbitrada em 10 (dez) salários mínimos, por abandono de causa.

Aduziu o impetrante, em síntese, que nos autos da ação penal nº 0000133-14.2006.8.10.0055, que apura a prática do crime de homicídio qualificado tentado (art. 121, § 2º, inciso IV c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal) imputado a R N P, foi expedida intimação, em 15/06/2022, em nome do impetrante e do advogado Felipe de Jesus Moraes, para a Sessão do Tribunal do Júri designada para o dia 22/06/2022.

Relatou que, em 21/06/2022, apresentou requerimento de chamamento do feito à ordem, postulando pela redesignação da Sessão do Tribunal do Júri, com a intimação dos advogados constituídos pelo réu.

Sustentou que na abertura da referida sessão de julgamento, ocorrida em 22/06/2022, a magistrada singular deliberou pela aplicação de multa em desfavor do ora impetrante e, em sede de pedido de reconsideração, manteve a fixação da sanção pecuniária, sem a prévia intimação do impetrante para prestar os esclarecimentos necessários, ofendendo os princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa.

Alegou, nesse sentido, que: **(i)** foi constituído apenas para apresentar pedido de revogação de prisão preventiva, o qual foi acostado nos autos principais; **(ii)** que até a decisão de pronúncia, com exceção das alegações finais equivocadamente assinadas pelo impetrante, as publicações foram realizadas em nome dos Doutores João Jorge Jinkings Pavão Filho, Bruno Loureiro da Silva e Felipe de Jesus Moraes; **(iii)** apenas o advogado Felipe de Jesus Moraes apresentou manifestação dando ciência da migração dos autos físicos para virtuais, requerendo que todas as intimações fossem realizadas em seu nome; **(iv)** o mesmo advogado (Dr. Felipe) desistiu dos autos do processo nº 0000283-14.2014.8.10.0055 e não do processo principal (0000133-14.2006.8.10.0055); **(v)** que o próprio réu afirmou que o seu advogado seria o Dr. Felipe de Jesus Moraes; **(vi)** não há se falar em custos excessivos ao Poder Judiciário em razão do adiamento da Sessão, considerando que o réu possui advogados constituídos e que poderia ser nomeado defensor para o ato; e **(vii)** não poderia ser aplicada multa sem a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Concluiu o impetrante que não cabe a penalidade prevista no art. 265 do CPP,

em razão de não ter comparecido apenas a um único ato específico, fato que não se confunde com abandono de causa, pelo que entende excessiva a imposição de multa, que pode vir a abalar sua vida financeira.

Com supedâneo nesses argumentos, requereu o deferimento de medida liminar para o fim de suspender a aplicação da multa e, no mérito, pugnou pela sua confirmação para desconstituir o decisum que fixou a penalidade prevista no art. 265, do CPP.

Instruiu a inicial com os documentos de ID 21044654 a ID 21044665.

Ao analisar o pedido de liminar, esta relatoria entendeu por deferi-lo (ID 21189424) por verificar a presença dos requisitos necessários à concessão da medida, determinando, ainda, a notificação do juízo prolator do ato impetrado para prestar informações e o envio dos autos, após essa providência, à Procuradoria-Geral de Justiça para emissão de parecer.

Em suas informações (ID 21439506), a Juíza da 1ª Vara de Santa Helena reiterou os termos da decisão impetrada, acrescentando que *“foi necessária a nomeação de Defensor Público para patrocinar a defesa do réu em virtude do abandono do impetrante, tendo sido realizada a sessão do Tribunal do Júri tão somente no dia 15/08/2022, na qual atuou o representante da Defensoria Pública”*.

No parecer de ID 21978170, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e concessão da segurança por vislumbrar a existência de direito líquido e certo em favor do impetrante.

É o relatório.

VOTO

Preambularmente, quanto ao cabimento do presente writ, o art. 5º, II, da Lei 12.016/2009, disciplina que não se concederá mandado de segurança quando o ato impetrado consistir em decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

No caso em análise, ante a ausência de recurso específico para impugnar a decisão que comina multa por abandono de causa, imperioso o reconhecimento da admissibilidade da ação mandamental.

No mérito, consoante relatado, trata-se de mandado de segurança em que se busca o afastamento da penalidade imposta ao impetrante, em decorrência do seu não comparecimento à Sessão do Tribunal do Júri agendada nos autos da Ação Penal 0000133-14.2006.8.10.0055.

Diante da ausência do impetrante, a Magistrada a quo proferiu decisão reco-

nhecendo a atuação supostamente desidiosa do causídico, aplicando-lhe a multa prevista no art. 265 do CPP.

É cediço que o advogado, ao deixar de realizar atos indispensáveis ao cumprimento do mandato que lhe fora conferido para representação em juízo, pode incidir no abandono indireto da causa e ser penalizado, nos termos do art. 265 do CPP.

No particular, a despeito de se considerar a intimação do impetrante para comparecer ao ato designado, fato é que, de acordo com o caderno processual, não se pode falar em omissão reiterada do impetrante, que deixou de comparecer a um único ato para o qual foi intimado.

Ante essa evidência, tem-se que não há justificativa para a imposição da multa, que reclama uma contumácia que restaria configurada na ausência de atendimento a mais de um chamamento que viesse a causar inequívoco prejuízo à defesa do réu e ao processo, o que não se observa *in casu*, tanto que a sessão do júri adiada em razão da ausência do impetrante já foi realizada no dia 15/08/2022, consoante informações prestadas pela autoridade impetrada.

Sobre o tema, são preciosas as lições de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados – artigo por artigo, Editora JusPodium, 2ª Ed., 2018, fl. 744) no sentido de que o abandono apenas se afigura quando demonstrada a contumácia do defensor, situação aparentemente não verificada nestes autos, *verbis*:

Há, de plano, alguma dificuldade em se avaliar o alcance do verbo abandonar, empregado pelo legislador. A ausência a uma audiência, sem prévia comunicação, configuraria abandono? Ou se exigiria mais, verdadeira desídia do defensor, a revelar todo seu desinteresse pelo processo e pela defesa do acusado?

Pensamos que um ato isolado, como no exemplo acima, não configura o abandono concebido pelo legislador. Aliás, a falta injustificada do advogado à audiência, da qual foi regularmente intimado, não é motivo para adiamento do ato, já que enseja a nomeação de defensor ad hoc, nos termos do disposto no § 2º do art. 265 do Código. Ora, essa simples falta, ainda que imotivada e, sobretudo, não tendo acarretado nenhum prejuízo ao réu, que seu viu acompanhado de um defensor especialmente nomeado para a audiência, decerto que não caracteriza abandono.

Creemos, assim, que o abandono se afigura quando demonstrada certa contumácia do defensor que, desleixado, negligencia a defesa do réu, deixando não apenas de comparecer à audiência, mas não

ofertando as manifestações quando intimado a tanto (eventuais alegações finais por escrito, razões recursais, etc.). Será essa teimosia em cumprir seu dever apta a configurar o abandono a que se refere a lei, de modo, inclusive, a causar prejuízo ao réu em decorrência de tal desatenção.

O STJ, apreciando caso análogo, já concluiu pela inaplicabilidade da multa quando verificado que o advogado desatendeu a apenas uma intimação:

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA. ART. 265 DO CPP. ABANDONO DO PROCESSO NÃO CONFIGURADO. 1. Dispõe o art. 265 do Código de Processo Penal que “o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicando previamente o juiz, sob pena de multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”. 2. No caso, assim como concluiu o Ministério Público Federal, **deve ser afastada a multa imposta, pois o advogado desatendeu a apenas uma intimação** para o oferecimento de alegações finais. E, ao falar nos autos, logo em seguida, demonstrou que a procuração, àquela altura, já havia sido revogada pelo outorgante. Assim, não obstante devesse ter comunicado tal fato ao juízo, não se pode apontar configurado abandono do processo a ponto de justificar a aplicação da multa. 3. Recurso provido. (STJ - RMS: 56311 RS 2018/0006413-7, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 16/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018)*

Nesse sentido também já deliberou esta Corte, consoante julgado abaixo ementado:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR, EM VIA PÚBLICA, SEM A DEVIDA PERMISSÃO PARA DIRIGIR OU HABILITAÇÃO OU, AINDA, SE CASSADO O DIREITO DE DIRIGIR, GERANDO PERIGO DE DANO (ARTS. 306 E 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO) E DESACATO (ART. 331 DO CÓDIGO PENAL). **APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 265, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABANDONO DE CAUSA NÃO CONFIGURADO.** AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RELEVÂNCIA DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS PELOS POLÍCIAS. DEPOIMENTOS SEGUROS E*

COERENTES. VALIDADE. DOSIMETRIA IRRETOCÁVEL. RECURSO IMPROVIDO. 1. A aplicação da sanção prevista no art. 265, caput, do CPP, só se justifica quando restar patente que o não comparecimento do causídico, sem prévia comunicação, à audiência para a qual foi intimado, decorre do seu ânimo de abandonar definitivamente a causa, o que não restou configurado nos autos. 2. A absolvição por insuficiência de provas, defendida pelo apelante, não encontra suporte nos autos, pois a autoria e materialidade restaram devidamente comprovadas, através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/07), Termo de Constatação (fl. 13) e Auto de Resistência (fl. 15), aliado à prova oral colhida durante a instrução processual (fls. 04/07 e mídias de fls. 60 e 66). 3. O direcionamento jurisprudencial com relação aos depoimentos dos policiais é no sentido de que os mesmos são considerados absolutamente legítimos, quando claros e coerentes com os fatos narrados na denúncia, e em harmonia com o acervo probatório apurado, tendo relevante força probante, servindo para arrimar a condenação, como na presente hipótese. 4. Em que pese não ter sido objeto de impugnação por parte do apelante, a sentença proferida pelo Juízo de base revela-se irretocável, pois foram obedecidos todos os parâmetros legais, sendo inclusive fixada nos mínimos legais. 5. Apelo improvido. Unanimidade. (TJ-MA - APR: 00055775820158100040 MA 0429952017, Relator: JOSE DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO, Data de Julgamento: 15/04/2019, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Debalde essas considerações que, por si só, justificariam a concessão da segurança, não se pode olvidar que a penalidade foi imposta ao impetrante sem sua prévia intimação, o que viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Inobstante o art. 265 do Código de Processo Penal não determinar, expressamente, que a aplicação de multa ao advogado pela desídia no exercício da profissão deve ser precedida de intimação, tal providência se mostra imperiosa em razão das disposições constitucionais que asseguram a todo acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório, ainda mais quando se trata de processo judicial.

Em outras palavras, a aplicação de multa a advogado, nos termos do artigo 265 do CPP, por representar séria implicação à sua integridade patrimonial e profissional, deve atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme exigência constitucional do devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

Considerando que na hipótese em apreço não foi aberta oportunidade para o impetrante se manifestar, há flagrante desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, eivando de nulidade a decisão recorrida, consoante precedente desta Corte:

*APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO (ART. 65, III, d, DO CP). DOSIMETRIA DA PENA. SENTENÇA QUE RECONHECE A ATENUANTE SEM MODIFICAÇÃO DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO DA PENALIDADE APLICADA. ESTABELECIMENTO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. SEGUNDA FASE DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. PLEITO DE READEQUAÇÃO AQUEM DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ENUNCIADO Nº 545 DA SÚMULA DO STJ. CONSEQUENTE PLEITO DE AFASTAMENTO DO ENUNCIADO Nº 231 DA SÚMULA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS REPETITIVOS. **ALEGAÇÃO DE ABANDONO PROCESSUAL. MULTA AO ADVOGADO CONSTITUÍDO. ART. 265 DO CPP. AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO PATRONO PARA JUSTIFICAR A INÉRCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESCABIMENTO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Inviável a acolhida do pleito recursal de afastamento do enunciado nº 231 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, sendo vedada a minoração da penalidade aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena, até mesmo por observância hierárquica aos enunciados jurisprudenciais de natureza superior. Precedentes do STJ; II. **Descabe a aplicação de multa por abandono processual ao patrono constituído pelo apelante, nos termos do art. 265 do CPP, quando não concedida ao referido advogado a oportunidade de justificação da inércia na oferta de razões recursais, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.** Precedentes do TJMA; III. Apelo conhecido e desprovido. (TJ-MA - APR: 00150761820178100001 MA 0190042019, Relator: JOSEMAR LOPES SANTOS, Data de Julgamento: 08/06/2020, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/06/2020)***

Desse modo, considerando o não comparecimento do impetrante a apenas um

ato processual, aliado ao fato de que não lhe foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa, impõe-se o afastamento da multa objeto de questionamento.

Por essa razão, em consonância com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, confirmo a liminar e **CONCEDO** a segurança impetrada para anular a multa imposta ao impetrante nos autos da ação penal nº 0000133-14.2006.8.10.0055, em trâmite no juízo da 1ª Vara da Comarca de Santa Helena-MA.

É como voto.

Sala das Sessões das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís-MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

nº 0819802-29.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Ingestão de bebida alcoólica em cumprimento de regime semiaberto que, por ter sido classificada como falta grave, culminou com a sanção de regressão cautelar do sentenciado ao regime fechado;
2. Hipótese não elencada como falta grave no rol taxativo do art. 50 da Lei de Execução Penal;
3. Evidente teratologia que autoriza a cassação da decisão hostilizada, com a recondução do apenado ao regime intermediário;

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- O art. 50 da Lei de Execução Penal – LEP elenca as hipóteses classificadas como falta grave, sendo esse rol taxativo, permitindo a regressão de regime do condenado.
- A ingestão de bebida alcoólica pelo reeducando em cumprimento de pena em regime semiaberto, embora possa ser classificado como ato de indisciplina, não encontra previsão no supracitado rol, sendo inviável a adoção de interpretação extensiva em prejuízo do sentenciado.
- Evidenciada a teratologia da decisão que regrediu cautelarmente o apenado para o regime fechado, torna-se imperiosa sua cassação, com a recondução do condenado ao regime intermediário.

AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 0819802-29.2022.8.10.0000

Sessão virtual de 12/12/2022 a 19/12/2022

Agravante: F. S. S.

Defensor Público: ANDRÉ LUIS JACOMIN

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA NO CUMPRIMENTO DE SANÇÃO EM REGIME SEMIABERTO. CLASSIFICAÇÃO COMO FALTA GRAVE. REGRESSÃO AO REGIME FECHADO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. DECISÃO CASSADA. RETORNO DO APENADO AO STATUS QUO ANTE. AGRAVO PROVIDO.

I. O art. 50 da Lei de Execução Penal dispõe, de modo exaustivo, acerca das condutas consideradas como falta de natureza grave, as quais poderão, dentre outras consequências, ocasionar a regressão de regime do sentenciado, nos termos do art. 118, I, do aludido diploma legal.

II. *"A ingestão de bebida alcoólica no cumprimento da sanção em regime semiaberto, ainda que possa caracterizar ato de indisciplina, não poderá ser tratada como falta grave, por falta-lhe a tipicidade formal da conduta, sendo indevida a interpretação extensiva em prejuízo do paciente"* (HC 119.732/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 15-9-2009, DJe 9-11-2009).

III. Constatada a teratologia do decisum impugnado, impõe-se sua cassação, de modo a permitir a recondução do apenado ao regime semiaberto para cumprimento de sua pena.

IV. Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Agravo em Execução nº 0819802-29.2022.8.10.0000, “unanimemente e de acordo com o parecer da douta Procu-

radoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal deu provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR (Relator), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM e SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. REGINA MARIA DA COSTA LEITE.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por **F. S. S.**, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, pugnando pela reforma da decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Imperatriz, nos autos do processo de execução nº 0002490-32.2012.8.10.0224 do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU.

Em suas razões recursais, o agravante aduziu que cumpria pena em regime semiaberto e gozava de trabalho externo, porém, o juízo executório determinou a sua regressão cautelar, para cumprimento da pena em regime fechado, uma vez que a Unidade Prisional em que se encontrava recluso informou que este teria chegado embriagado no trabalho. Todavia, sob sua ótica, o estado de embriaguez não constitui falta grave a ponto de lhe imputar a referida sanção, razão pela qual entende pela reforma do decisum, determinando o seu restabelecimento ao regime semiaberto (ID 20368547 – Págs. 15/18).

Contrarrazões ofertadas pelo Órgão Ministerial, ensejo em que aduziu o acerto do decisum objurgado, ressaltando a proporcionalidade, razoabilidade e adequação da regressão cautelar imposta ante a falta grave identificada. Por fim, requereu o conhecimento e desprovimento do recurso (ID 20368548 – Págs. 26/29).

Em juízo de retratação, o juiz singular manteve a decisão alvejada pelos seus próprios fundamentos, determinando a remessa dos autos a esta eg. Corte de Justiça (ID 20368549).

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, o Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato manifestou-se pelo conhecimento e provimento do agravo (ID 20844781).

É o relatório.

Inclua-se na pauta virtual.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso, passando à análise do mérito.

Consoante relatado, a insurgência recursal cinge-se, basicamente, quanto à aplicação da regressão cautelar do apenado em razão de suposto estado de embriaguez no trabalho, ao passo que tal hipótese não configura falta grave a ponto de

permitir a adoção de tal sanção pelo juízo executório.

Com efeito, a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), quando dispõe sobre as faltas disciplinares cometidas pelos condenados, estabelece em seu art. 49 que as de natureza leves e médias serão reguladas pela legislação local, enquanto as de natureza grave são fixadas em seu art. 50 (relativa ao condenado à pena privativa de liberdade), art. 51 (relativa ao condenado à pena restritiva de direitos) e art. 52 (relativa ao cometimento de crime doloso e subversão da ordem ou disciplina internas, sujeito a aplicação de regime disciplinar diferenciado - RDD).

No que toca à primeira hipótese de reconhecimento de falta grave, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da lavra do ministro Sebastião Reis Júnior, fixou o entendimento de que o art. 50 da LEP é taxativo, não possibilitando interpretação extensiva ou complementar, a fim de acrescer ou ampliar o alcance das condutas previstas, como se depreende do julgado adiante transcrito, *verbis*:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. FALTA GRAVE. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. VIOLAÇÃO DE PERÍMETRO. ART. 50, V, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de ser taxativo o rol de faltas graves previsto no art. 50 da Lei de Execução Penal, não sendo cabível a realização de interpretação extensiva ou complementar a fim de ampliar o alcance das condutas ali previstas. Precedentes. 2. In casu, o paciente, durante o cumprimento de pena em regime aberto mediante o uso de tornozeleira eletrônica, violou o perímetro estabelecido como condição do benefício pelo Juízo da execução. 3. Como houve, ao menos em tese, desrespeito às condições impostas no regime aberto, fato previsto como passível de configurar falta grave, nos termos do art. 50, V, da Lei de Execução Penal, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da instauração de processo administrativo disciplinar com a finalidade de apurar a ocorrência desse tipo de infração. 4. Ordem denegada, revogando-se a medida liminar anteriormente deferida. (STJ - HC: 481699 RS 2018/0320389-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 12/03/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2019). (grifou-se).

Feito esse registro, cumpre mencionar que, analisando os autos da execução de

nº 0002490-32.2012.8.10.0224 no Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, observa-se que em 02/10/2009 o agravante fora condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 26 (vinte e seis) anos e 03 (três) meses de reclusão em regime inicialmente fechado, pelo cometimento das infrações previstas no art. 217-A (estupro de vulnerável) c/c art. 147 (ameaça) do Código Penal, progredindo ao regime semiaberto em 14/11/2017, oportunidade em que passou a fazer parte do projeto “Rua Digna”, em que grupos de internos laboram em atividades externas de forma remunerada, bloqueando ruas na cidade de Imperatriz.

Verificando o disposto no item nº 233 do supracitado processo, infere-se que, ao retornar do trabalho externo, o reeducando e mais outros dois internos foram flagrados por agentes penitenciários com sinais de embriaguez, estado confirmado pela realização de teste de etilômetro.

Informado o ocorrido ao juízo executório, houve a prolação do decisum ora vergastado com fulcro nos arts. 50, 51, 52 e 118 da LEP, a qual repousa no item nº 235 do processo no SEEU, determinando, entre outras medidas, a regressão cautelar do regime do apenado, bem como a revogação de todos os benefícios que lhe foram concedidos durante a execução, independentemente da instauração, conclusão e envio do correspondente procedimento administrativo para aferição da aludida falta.

Posteriormente instaurado o Procedimento Disciplinar Interno – PDI nº 0105/2022, atribuiu-se a conduta inserta no art. 29, VIII do Decreto nº 34.006/2018 (que dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional – REDIPRI aplicável às Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP), que intitula como falta grave a ação de “*praticar fato previsto como crime doloso*”.

Ocorre que, quando do julgamento do referido procedimento, o conselho disciplinar ponderou pela desclassificação da falta grave para falta média, nos termos do art. 28, XVII do REDIPRI, o qual descreve a conduta de “*receber, confeccionar, portar, ter ou consumir bebida alcoólica ou concorrer para sua fabricação*”, resultando na penalidade administrativa de isolamento celular por 20 (vinte) dias e fixação do período de reabilitação de 06 (seis) meses, a contar da data do fato, corroborada pelo diretor da unidade prisional que o apenado permanecia detido.

Nesse ponto em especial, convém esclarecer que o art. 118 da LEP estabelece as hipóteses em que haverá a transferência para regime mais rigoroso a depender da conduta do apenado, contendo a seguinte redação:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma

regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Trazendo a disposição legal para o cenário dos autos, verifica-se o equívoco do magistrado singular ao promover a regressão cautelar do réu antes mesmo de receber o julgamento do Procedimento Disciplinar Interno que apurou a infração que lhe fora imputada, na medida em que, operada a desclassificação para falta média, afasta-se a incidência de tal sanção.

Ademais, conforme já dito alhures, o art. 50 da LEP apresenta rol taxativo, ou seja, numerus clausus, e considerando que o presente caso não se amolda às hipóteses típicas, impõe-se afastar a falta grave imputada ao apenado, com o consequente restabelecimento do status quo ante, retornado ao cumprimento de sua reprimenda no regime semiaberto, sobretudo porque já houve a superação da pena administrativa aplicada pelo conselho disciplinar.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em caso semelhante ao presente, no sentido de afirmar que a ingestão de bebida alcoólica no cumprimento da sanção em regime semiaberto, ainda que possa se caracterizar como ato de indisciplina, não poderá ser tratada como falta grave, conforme retratado na seguinte ementa, litteris:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA. CLASSIFICAÇÃO COMO FALTA GRAVE. REGRESSÃO AO REGIME FECHADO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 50 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ROL TAXATIVO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 50 da Lei de Execução Penal dispõe, de modo exaustivo, acerca das condutas consideradas como falta de natureza grave, as quais poderão, dentre outras consequências, ocasionar a regressão de regime do sentenciado, nos termos do art. 118, I, do aludido diploma legal. 2. A ingestão de

bebida alcoólica no cumprimento da sanção em regime semiaberto, ainda que possa caracterizar ato de indisciplina, não poderá ser tratada como falta grave, por faltar-lhe a tipicidade formal da conduta, sendo indevida a interpretação extensiva em prejuízo do paciente. 3. Ordem concedida para reformar o decisum impugnado, cancelando a anotação da falta grave dos assentos do paciente e determinando-se a sua imediata recondução ao regime semiaberto se por outro motivo não se encontrar no modo prisional mais gravoso. (HC n. 119.732/GO, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/9/2009, DJe de 9/11/2009). (grifou-se).

Desta forma, com arrimo no posicionamento exarado pelo STJ e contando com a chancela do Parquet em seu parecer, compreende-se pela teratologia da decisão que determinou a regressão cautelar do agravante, pois não guarda proporcionalidade com a falta cometida, máxime porque fora prolatada sem qualquer substrato concreto, pois o respectivo PDI fora concluído no mês seguinte à sua prolação.

Conclui-se, portanto, que o referido decisum deve ser cassado, para que seja restaurada a situação carcerária anterior do apenado, restituindo-o ao regime semiaberto para cumprimento de sua pena.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço e **DOU PROVIMENTO** ao presente agravo, nos termos da fundamentação disposta alhures.

É como voto.

São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

Nº 0034701-09.2015.8.10.0001

TEMAS ABORDADOS:

1. Crime de dispensa de licitação em desacordo com as formalidades legais;
2. *Abolitio criminis* em face da Lei nº 14.133/21;
3. Exigência do dolo específico para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- A conduta prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não foi abolida com a edição da Lei nº 14.133/21, a qual subsiste enquadrada no novo tipo penal previsto no art. 337-E do Código Penal.
- Para a configuração do crime de dispensa de licitação fora das hipóteses legais exige-se o dolo específico consubstanciado na intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0034701-09.2015.8.10.0001

Sessão do dia 27 de janeiro de 2023

Embargantes: A.B.R, L. F. A. S., Z.M.M.M.P e G.L.F.S

Advogado: CARLOS ROBERTO FEITOSA COSTA (OAB/MA 3.639)

Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: Des. GERVÁSIO Protásio dos SANTOS Júnior

EMBARGOS INFRINGENTES. ABOLITIO CRIMINIS. INEXISTÊNCIA. CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO EM DESACORDO COM AS FORMALIDADES LEGAIS. DOLO ESPECÍFICO. CONFIGURAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

Não configurada, na espécie, a abolitio criminis, considerando que a conduta do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, subsiste no novo tipo previsto no art. 337-E do Código Penal, tratando-se de continuidade normativo-típica.

Segundo a jurisprudência firmada pela Corte Superior de Justiça, acompanhando a orientação do Pretório Excelso, *a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar*. Precedentes.

No caso concreto, o dolo específico do crime de realizar procedimento de dispensa de licitação em desacordo com as formalidades legais restou sobejamente demonstrado pela prova colhida durante a instrução criminal, que apontou o agir em conluio dos embargantes com a intenção de contratar instituição de direito privado, sem a devida comprovação da capacidade técnica e “inquestionável reputação ético-profissional”, em afronta ao art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 e Súmula 250, do TCU.

O prejuízo ao erário restou comprovado em face da antecipação de vultosa quantia antes do início da execução do contrato, sem a aferição da capacidade econômico-financeira da instituição e sem a exigência de garantia, em desacordo com os ditames legais, ressaltando-se que o contrato não previa a possibilidade de antecipação de valores.

Acresça-se o fato de que não houve medição dos serviços prestados quando do encerramento do contrato para aferição de eventuais quantias a serem ressarcidas, o que supõe o dolo específico de causar dano aos cofres públicos, nos termos da jurisprudência, não havendo como acolher a tese absolutória divergente.

Embargos Infringentes conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos dos Embargos Infringentes nº 0034701-09.2015.8.10.0001, “unanimente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, as Câmaras Criminais Reunidas negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR, JOSE JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS, SAMUEL BATISTA DE SOUZA, SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO e VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. JOAQUIM HENRIQUE DE CARVALHO LOBATO.

São Luís (MA), data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS**Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos por A.B.R, L. F. A. S., Z.M.M.M.P e G.L.F.S, contra acórdão constante no ID 16187415 - Pág. 4/18 a ID 16187416 - Pág. 1/2 que, por maioria de votos e, de acordo com o parecer da PGJ, conheceu e negou provimento ao recurso de Apelação Criminal nº 20.394/2020, nos termos do voto do Relator, Des. Vicente de Castro, vencido o Des. Tyrone José Silva, que votou pelo provimento do apelo.

Em suas razões recursais (ID 16187416 - Pág. 7 a ID 17949467 - Pág. 5), reproduzido na íntegra no ID 20435116, em razão de faltar a última página digitalizada da referida peça, os embargantes pugnaram pela prevalência do voto vencido, no sentido de dar provimento ao apelo, considerando a ausência de dolo específico e a não comprovação do prejuízo ao erário.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou contrarrazões (ID 21208809), ensejo em que afirmou está presente o dolo dos embargantes, bem como restou comprovado o dano ao erário, pugnando pelo conhecimento e desprovimento dos presentes embargos, com a consequente manutenção das condenações dos embargantes.

Convertido o julgamento do feito em diligência para o fim de determinar a juntada da comprovação da publicação do acórdão embargado no Diário de Justiça Eletrônico Nacional -DJEN (ID 21258465), sendo a diligência cumprida no ID 21306495.

A parte embargante manifestou-se por meio da petição de ID 21543552, requerendo *o regular prosseguimento do feito, com o consequente julgamento de acolhimento dos presentes Embargos Infringentes, no sentido de reformar a decisão que negou provimento ao Recurso de Apelação, bem como absolver os RÉUS de todas as acusações a eles imputadas ante a inexistência de enquadramento no tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93.*

É o Relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos embargos infringentes opostos.

In casu, os embargantes A.B.R, L. F. A. S., Z.M.M.M.P e G.L.F.S foram condenados à pena de 3 (três) anos de detenção e 10 (dez) dias- multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, na modalidade prestação

de serviços à comunidade ou entidade pública e prestação pecuniária, a ser cumprida nos termos impostos pela 2ª Vara de Execuções Penais.

Segundo consta da denúncia, os réus realizaram, em conluio, atos que culminaram na dispensa indevida de licitação para a contratação do Instituto Maranhense de Educação Continuada Assessoria e Planejamento - IMECAP, pelo valor de R\$ 17.658.132,95 (dezesete milhões, seiscentos e cinquenta e oito mil, cento e trinta e dois reais e noventa e cinco centavos), com o objetivo de « *prestação de serviços voltados à execução do programa de modernização da gestão do sistema educacional de ensino público do Estado do Maranhão*», sendo que o acusado A.B.R, secretário de educação do Estado do Maranhão, à época, fez publicar no Diário Oficial do dia 30/06/2010 o extrato de contrato com o referido instituto e, cerca de uma semana após, em 08/07/2010, a SEDUC repassou a quantia de R\$ 8.692.523,00 (oito milhões seiscentos e noventa e dois mil quinhentos e vinte e três reais) à IMECAP, violando dispositivos legais.

Acrescenta a exordial acusatória que, em 03/08/2010, a Procuradoria do Estado do Maranhão emitiu parecer reconhecendo as flagrantes ilegalidades do contrato e opinou pela imediata devolução dos valores pagos de forma antecipada.

Registrou ainda, que anteriormente, em 06/05/2010, as denunciadas G.L.F.S e Z.M.M.M.P, respectivamente, superintendente de informática e superintendente de gestão educacional ligadas à SEDUC elaboraram um projeto básico com o objetivo de « *contratar uma instituição de direito privado sem fins lucrativos*» para servir como suporte tecnológico para o sistema educacional, integrando a rede estadual.

Expôs que após realização de pesquisa de mercado, a proposta da IMECAP, considerada como mais vantajosa, foi aceita, com a apresentação de justificativa técnica pelos denunciados L. F. A. S., G.L.F.S e Z.M.M.M.P, opinando quanto à capacidade técnica da IMECAP, bem como pela possibilidade de dispensa de licitação, nos termos do art. 24, VIII, da Lei de Licitações.

Acrescentou a peça inicial que a dispensa de licitação foi ratificada pelo Secretário A.B.R e, em seguida, o denunciado L.F.A.S. autorizou a emissão de nota de empenho no dia 30/06/2010, ressaltando que a assinatura e publicação do contrato ocorreu na mesma data (30/06/2010).

Ressaltou, por fim, que o parecer da PGE apontou diversas nulidades no contrato e no pagamento antecipado, eis que não incidiria a hipótese de dispensa, por inexistência de finalidade estatutária do IMECAP para o atendimento do objeto contratado, bem como pela ausência de reputação do instituto. Além do mais, entendeu indevida a liberação de metade do valor sem a execução do serviço,

opinando pela imediata suspensão do contrato nº 124/2010 e devolução do valor antecipado.

Como exposto no relatório, a controvérsia em exame cinge-se à tese de atipicidade do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93, ante a ausência de dolo específico e a não comprovação do prejuízo ao erário.

Sob essa alegação, pugnam os embargantes pela prevalência do voto divergente que os absolveu da imputação ao crime de dispensa de licitação em desacordo com as formalidades legais.

Relativamente ao crime em comento, perdura a apreciação da matéria com base na antiga redação do dispositivo, não obstante a revogação trazida pela Lei nº 14.133/21, que entrou em vigor em 01/04/2021. Tal justifica-se pelo princípio tempus regit actum, previsto no art. 2º, do Código de Processo Penal, tendo em vista que a prática delituosa, como já destacado, remonta ao ano de 2010, configurando-se, na hipótese, o fenômeno da ultratividade da lei penal.

Insta salientar que a conduta em questão foi mantida como crime, com a novel tipificação no art. 337-E do Código Penal, que possui redação sinônima ao primeiro tipo penal mencionado. Inexiste, assim, abolitio criminis, porquanto a conduta do apelante subsiste em novo tipo penal, tratando-se de continuidade normativo-típica. Todavia, o novo preceito contempla punição mais severa (reclusão de 04 a 08 anos e multa), motivo a ensejar a aplicação do art. 89 da Lei nº 8.666/93 ao caso, pois a sua reprimenda é mais benéfica ao acusado, sob pena de violação ao art. 5º, XL, da Lex Mater.

Tecidas tais observações, por necessárias, verifica-se que a condenação mantida no acórdão embargado está alicerçada em provas que endossam a configuração da materialidade e autoria quanto a indevida dispensa de licitação para a contratação do instituto IMECAP e, ainda, quanto à irregularidade na antecipação de 50% (cinquenta por cento) do valor contratado, correspondente a R\$ 8.692.523,00 (oito milhões, seiscentos e noventa e dois mil, quinhentos e vinte e três reais), sem a devida cautela.

Quanto à insurgência, evidencia-se que o voto divergente adotou a tese absolutória embasada na ausência de menção, no édito condenatório, quanto ao dolo específico dos embargantes em realizar a dispensa de licitação e a não comprovação do prejuízo aos cofres públicos decorrente da irregularidade no mencionado procedimento. Para melhor esclarecer a matéria, cumpre colacionar o respectivo excerto:

No caso destes autos, no que pese o juízo recorrido evidenciar a indevida inexigibilidade do procedimento licitatório para a contratação de institui-

ção, sem fins lucrativos, para a execução do programa de modernização da gestão do sistema educacional de ensino público do Estado do Maranhão, não há na sentença impugnada menção à existência de prejuízo concreto ao erário estadual ocasionado especificamente pela dispensa do procedimento licitatório em questão.

Constato na sentença a existência de menções genéricas ao dolo específico dos Apelantes e ao prejuízo que teria sido causado, mas não há demonstração efetiva e concreta de que a realização do ato cuja licitação foi dispensada causou prejuízo aos cofres públicos do Estado do Maranhão.

Os depoimentos colhidos nos autos não indicam a existência de intuito criminoso dos Apelantes voltado para a dispensa indevida de licitação para a contratação da instituição IMECAP.

No caso em análise, não se evidencia de forma concreta a existência de dolo no proceder dos Apelantes, posto que embora a contratação impugnada não tenha observado os regramentos legais pertinentes, não se constata a existência de prejuízo ao Estado do Maranhão ou a ocorrência de outra irregularidade danosa decorrente da inexigibilidade em questão.

A espécie, de fato, é de patente atipicidade da conduta imputada aos Apelantes, já que tal conduta não se insere no tipo penal previsto no art. 89 da Lei de Licitações no aspecto subjetivo, de modo que a absolvição das Recorrentes é medida impositiva, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Entretanto, em que pese a conclusão do voto divergente, depreende-se que o dolo específico dos embargantes restou sobejamente demonstrado, na medida que o procedimento de dispensa de licitação foi realizado em desacordo com a legislação vigente (art. 24, e seguintes da Lei nº 8.666/93) com o intuito de firmar contrato com o instituto IMECAP, no valor de R\$ 17.658.132,95 (dezesete milhões, seiscentos e cinquenta e oito mil, cento e trinta e dois reais e noventa e cinco centavos), em flagrante prejuízo ao erário.

Inicialmente, a sentença registra que a alegada urgência para a realização do procedimento de dispensa não se justificava, em razão de que a suscitada precariedade do sistema de gestão da SEDUC era problema antigo e conhecido da Administração, inexistindo, portanto, caso fortuito ou situação excepcional para a deflagração do procedimento licitatório em questão.

Não obstante a ausência de situação emergencial, a SEDUC, por intermédio dos embargantes, realizou consulta sem a devida abertura de processo licitatório

a fim de que fossem apresentadas propostas de valores para execução do citado programa de modernização, culminando com a escolha da IMECAP, em razão da apresentação de proposta de menor valor.

Segundo consignou o juízo sentenciante, a escolha do referido instituto foi corroborada mediante justificativa técnica de dispensa de licitação subscrita pelos embargantes Z.M.M.M.P, G.L.F.S e Luís Fernando, onde foi atestada a capacidade técnica do IMECAP, sem qualquer comprovação dos serviços anteriormente realizados pelo mencionado instituto. Vale mencionar que as embargantes Z.M.M.M.P e Glenda atestaram a “*inquestionável reputação ético-profissional*” da instituição com base em declarações de pessoas jurídicas que não guardam relação com o objeto contratado, como a Gráfica Aquarela, não havendo demonstração do nexo entre os serviços prestados pelo instituto com o objeto contratado, em afronta a orientação sumulada pelo Tribunal de Contas da União (Súmula 250, TCU).

Ademais, a despeito da existência de um parecer minucioso da Procuradoria Geral do Estado noticiando as irregularidades constatadas no procedimento de dispensa de licitação em apreço, o embargante A.B.R, então Secretário Estadual de Educação, nada fez para suspender a execução do contrato ou reaver a quantia antecipada indevidamente, preferindo dar continuidade ao contrato até a sua conclusão.

Infere-se, portanto, que a conduta do Gestor em desatender a orientação do órgão parecerista, olvidando-se quanto ao dever de revisar os atos administrativos quando eivados de ilegalidade, em inobservância ao art. 114, da Lei 8.112/90 e a Súmula 473, do STF, denota a intenção de realizar a dispensa de licitação em prejuízo ao erário.

Nessa esteira, o fim específico de causar dano aos cofres públicos reside no fato de o embargante A.B.R, um dia após a assinatura do contrato, ratificando os atos dos subordinados G.L.F.S e L. F. A. S., ter autorizado, a requerimento do contratado (IMECAP), o pagamento antecipado de 50% (cinquenta por cento) do valor contratado, ou seja, a vultosa quantia de R\$ 8.692.523,00 (oito milhões, seiscentos e noventa e dois mil, quinhentos e vinte e três reais), sem que fosse iniciada a execução dos serviços e sem a exigência de garantia, ressaltando-se que o contrato não previa a possibilidade de antecipação de valores.

Embora o pagamento antecipado tenha ocorrido sob a alegação da *natureza sem fins lucrativos da IMECAP, a qual não teria condições de arcar com os vultosos custos para dar início à execução do contrato*, referido argumento não afasta a responsabilização dos embargantes na medida que poderiam exigir alguma garantia para a liberação do adiantamento, ou até mesmo optar por selecionar pessoas jurídicas

com capacidade financeira para a execução do contrato ou que oferecessem garantia para tanto, *realizando-se uma qualificação econômico-financeira dos interessados*, conforme opinou o Ministério Público em Parecer Técnico nº 046/2014-NAT (ID 16237093 - Pág. 3).

Outrossim, de acordo com Parecer nº 2925/2010 – PGADJ/PGE, após o encerramento do contrato, ocorrido no dia 30/11/2010, ainda pendente a comprovação dos serviços efetivamente prestados pela IMECAP, cujos valores foram adiantados pela SEDUC, opinou a Procuradoria Geral do Estado pela realização de procedimento para apuração do custo efetivo dos serviços realizados pela IMECAP a fim de se obter eventual ressarcimento (ID 16237089 - Pág. 6).

Conclui-se, portanto, quanto ao efetivo prejuízo à Administração Pública, considerando que vultosa quantia foi antecipada sem a quantificação (medição) dos serviços prestados, de modo que a SEDUC não poderia proceder a regular liquidação e o conseqüente pagamento.

Nesse mesmo sentido, concluiu a douta Procuradoria Geral de Justiça:

(...) resta inequívoco o dano ao erário, considerando-se o valor vultoso do contrato, tendo sido metade desse valor pago de forma antecipada, antes mesmo da formalização do contrato, em flagrante lesão ao patrimônio público, inclusive pelo fato de que a não realização da licitação, na hipótese, suprimiu a possibilidade de se angariar uma contratação mais vantajosa à Administração Pública.(...)

Assim, não há que se falar em ausência de dolo ou de prejuízo ao erário. Conforme ressaltado, os embargantes agiram em conluio, realizando procedimento de dispensa de licitação que não obedeceu às formalidades legais (art. 24, XIII e 26, da Lei nº 8.666/93 e Súmula 250, do TCU), culminando com a contratação de instituto que não possuía capacidade financeira para a realização dos serviços contratados, o que resultou na antecipação de vultosa quantia (R\$ 8.692.523,00), sem a devida comprovação da realização do objeto contratado em sua integralidade. Tais circunstâncias evidenciam o dolo, em prejuízo ao erário, nos termos do que exige a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, adiante transcrita:

A Corte Superior acompanha o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), no sentido de que a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar (AgRg no AREsp 324.066/

MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 27/02/2015; AgRg no AgRg no REsp n. 1.374.278/SP, Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 24/3/2014; AgRg no REsp 1259109/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2015; HC 321.224/PR, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 25/06/2015; HC 305.899/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/04/2015). ementa parcial.

Oportuno destacar, ademais, o entendimento do STF no julgamento da AP 971, relatada pelo Min. Edson Fachin, *verbis*:

*PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. **CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93.** DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. (...). DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. BIS IN IDEM. 1. (...). 4. **O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é***

formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. 5. Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de

*agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, **distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória.** Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo. **Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção.** 6. Embora seja importante elemento de convicção, o fato de a ilegal dispensa de licitação ter sido embasada em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a descaracterizar o dolo, mormente quando os elementos probatórios indicam, com segurança, que o apelado tinha plena ciência da ilicitude da dispensa. 7. A posterior inserção de conteúdo não aprovado pela Câmara de Vereadores em texto de Lei Municipal, pelo prefeito municipal, com a finalidade de autorizar a utilização de créditos excepcionais não contemplados no texto originalmente aprovado, configura o crime do art. 297, § 1º, do Código Penal. Dolo configurado. 8. **Provadas a materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a manutenção da condenação é medida que se impõe.** 9. O fato de a falsificação recair sobre ato legislativo é revelador de alto grau de censurabilidade, a se refletir na dosimetria da pena. 10. Configura *bis in idem* valorar negativamente o fato de ser o apelante Prefeito Municipal, quando da fixação da pena-base, bem como para enquadramento da conduta prevista no § 1º, do art. 297, do Código Penal. 11. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena. (AP 971, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)*

Assim, inviável a prevalência do voto divergente no sentido de absolver os embargantes, porquanto notória incidência da conduta prevista no art. 89, da Lei nº 8.666/93, a qual restou comprovada após regular instrução criminal, sendo confirmada no acórdão embargado, o qual concluiu que “restou devidamente comprovado que os apelantes, em unidade de desígnios, concorreram para a consumação da infração penal descrita na denúncia, permitindo a dispensa ilegal do procedimento licitatório, de modo a possibilitar que o IMECAP celebrasse contrato de vultoso valor com o Poder Público, inclusive ensejando o recebimento da metade do valor global da avença, sem

que o instituto contratado tenha iniciado a prestação de serviços. As provas dos autos demonstram, concretamente, a participação de cada um dos apelantes na prática do delito, demonstrando o indispensável vínculo subjetivo para a consecução do crime, bem como a deliberada intenção de causar dano ao erário”.

ANTE O EXPOSTO, em acordo com as manifestações da Procuradoria Geral de Justiça, **CONHEÇO E NEGÓ PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS POR A.B.R, L.F.A.S., Z.M.M.M.P e G.L.F.S,** mantendo inalterado o acórdão embargado.

É como voto.

São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

HABEAS CORPUS CRIMINAL

nº 0825798-08.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Crimes sexuais praticados no exercício da profissão;
2. Proporcionalidade e contemporaneidade da medida cautelar de suspensão do exercício da medicina.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Considerando o modus operandi empregado pelo paciente, que se aproveitava da ausência de testemunhas, além de se utilizar de uma profissão socialmente influente para, impunemente, cometer crimes sexuais, a medida cautelar de suspensão do exercício da medicina se mostra adequada e proporcional para resguardar a ordem pública e impedir a reiteração delitiva.
- A análise da contemporaneidade diz respeito aos motivos ensejadores da medida cautelar e não ao momento da prática supostamente criminosa em si, de modo que não há que se falar em ausência de contemporaneidade quando apenas recentemente vieram à tona os fatos delitivos, ensejando a abertura de procedimento investigatório pela Autoridade Policial.

HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0825798-08.2022.8.10.0000

Sessão do dia 30 de janeiro de 2023

Paciente: A. N. D. S.

Impetrante: S. R. D. A. N.

Impetrada: JUÍZA DE DIREITO DA CENTRAL DE INQUÉRITOS E CUSTÓDIA DA COMARCA DE IMPERATRIZ

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES SEXUAIS. REGULAR RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. IDONEIDADE DA DECISÃO. DELITO PRATICADO NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. CONTEMPORANEIDADE. COMPROMETIMENTO DO SUSTENTO DO PACIENTE NÃO EVIDENCIADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

I. No caso em exame, em decorrência da existência de prova da materialidade e indícios de autoria dos delitos, a autoridade impetrada determinou a suspensão do exercício da medicina pelo paciente, sob o fundamento de assegurar a ordem pública, consignando que os crimes imputados ao paciente foram perpetrados no exercício da atividade profissional.

II. Evidenciada a proporcionalidade e razoabilidade da suspensão impugnada, mostrando-se adequada e necessária, máxime em virtude do modus operandi dos delitos imputados ao paciente, os quais foram cometidos no exercício da medicina em contrariedade aos princípios norteadores desse digno mister.

III. A contemporaneidade da cautelar deve ser analisada não tomando por base apenas a data dos fatos investigados, mas, igualmente, levando-se em conta a permanência, ou não, dos riscos aos bens que se busca resguardar.

IV. Tendo a autoridade coatora consignado que a suspensão da atividade profissional ocorreria sem prejuízo da remuneração percebida pelo denunciado e que este, por ser militar da reserva, possui fonte de renda para se manter enquanto perdurar a vigência das medidas cautelares,

restou afastada a tese de comprometimento do seu sustento.
V. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Habeas Corpus nº 0825798-08.2022.8.10.0000, “unanimemente e, de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal conheceu e denegou a ordem impetrada, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores Gervásio Protásio dos Santos Júnior (Relator), Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro e José Gonçalo de Sousa Filho.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Regina Maria da Costa Leite.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus com Pedido Liminar, impetrado em favor de **A. N. D. S.**, contra ato da MM. Juíza de Direito da Central de Inquéritos e Custódia da Comarca de Imperatriz, no bojo do processo nº 0826284-67.2022.8.10.0040.

Alegou o impetrante que, segundo consta dos supracitados autos, o paciente, médico gastroenterologista, teria supostamente praticado o crime de importunação sexual em face da vítima W. S. S. S., em 23/04/2021, na cidade de Imperatriz/MA, vindo a autoridade policial, ao tomar conhecimento dos fatos, emitir pronunciamiento na mídia local solicitando que todas as demais vítimas se apresentassem na delegacia para prestar depoimentos, oportunidade em que várias delas compareceram espontaneamente.

Afirmou que, ao final das investigações, o acusado restou indiciado, representando o delegado de polícia pela aplicação de medida cautelar diversa da prisão consistente no afastamento daquele do exercício da medicina na rede pública e privada, pleito acolhido pelo magistrado singular com a chancela do órgão ministerial.

Asseverou que a referida medida cautelar mostra-se inadequada e desproporcional, por retirar da profissão o seu sustento, defendendo, ainda, competir ao Conselho Regional de Medicina a decisão quanto à suspensão preventiva do médico, quando da prática de infração disciplinar.

Aduziu a insuficiência do salário percebido na rede pública para subsistência do investigado, o que demanda cumulação com a atividade na rede privada, destacando, outrossim, que os funcionários da sua clínica dependem de seu funcionamento para receber seus proventos.

Argumentou, ademais, que a decisão de suspensão da atividade laboral fora prolatada quase 06 (seis) meses depois do suposto cometimento dos delitos, o que afasta a atualidade exigida para o seu deferimento, ressaltando que o indiciado ostenta predicados pessoais favoráveis que lhe asseguram o direito de responder ao processo em liberdade irrestrita, especialmente porque ausentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

Ponderou, por derradeiro, que a manutenção da decisão possui o condão de gerar graves danos ao paciente, eis que o seu sustento e de sua família advém única e exclusivamente da medicina, razão pela qual a suspensão deste exercício seria tolher a possibilidade de subsistência, ferindo de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal.

Nessa esteira, requereu, liminarmente, a concessão da ordem para suspen-

são das medidas cautelares diversas da prisão impostas ao paciente, estendendo-se seus efeitos aos processos n.º 0826281-15.2022.8.10.0040, 0826301-06.2022.8.10.0040 e 0820131-18.2022.8.10.0040, cujo teor é o mesmo, com posterior confirmação no julgamento meritório.

Instruída a peça de ingresso com os documentos de ID 22603006 a ID 22604060.

Deferido parcialmente o pedido liminar no âmbito do Plantão Judiciário, para excluir tão somente a medida cautelar que determinou a suspensão do exercício da Medicina, na rede pública e na rede privada de saúde, mantendo-se as demais fixadas nos termos da decisão lançada no ID 22608874.

Recebidos os autos nesta relatoria, dispensou-se a requisição de informações à autoridade indigitada coatora (ID 22680524)

Encaminhado o feito à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Regina Maria da Costa Leite opinou pelo conhecimento e denegação da ordem, com a consequente cassação da liminar concedida, a fim de que sejam restabelecidas todas as cautelares aplicadas (ID 22901409).

É o relatório. Decido.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade, conheço da impetração, passando à análise do mérito.

Consoante relatado, a impetrante objetiva, em síntese, o afastamento das cautelares diversas que foram impostas ao paciente, argumentando que a manutenção da decisão possui o condão de gerar graves danos ao acusado, eis que o seu sustento e de sua família advém única e exclusivamente da medicina.

In casu, ao tomar conhecimento, por meio das redes sociais, de denúncia de estupro, supostamente praticado por A. N. contra uma paciente, diversas vítimas compareceram espontaneamente à Delegacia Especializada da Mulher para prestar depoimentos, a partir dos quais se verificou que entre os anos de 2019 e 2022 o investigado teria praticado crimes sexuais em face de várias mulheres que foram ao seu consultório, na cidade de Imperatriz, com o intuito de receber atendimento médico.

Por esta razão, a Autoridade Policial indiciou o paciente e representou pela aplicação de medida cautelar diversa da prisão consistente no afastamento do exercício da medicina na rede pública e privada em seu desfavor, pleito acolhido pela magis-

trada singular, que também determinou proibição de contato do denunciado com as ofendidas, sob o fundamento de assegurar a ordem pública e a instrução criminal, em decisões datadas do dia 08/12/2022, com a chancela do órgão ministerial, nos autos de nº 0826284-64.2022.8.10.0040, nº 0820131-18.2022.8.10.0040, nº 0826301-06.2022.8.10.0040 e nº 0826281-15.2022.8.10.0040, os quais tratam de crimes sexuais, em tese, perpetrados por A. N. D. S. contra vítimas diversas.

Acerca da cautelar que determinou o afastamento do exercício profissional, insta ressaltar, por oportuno, que, não obstante a existência de dúvidas a respeito do cabimento de habeas corpus como meio judicial idôneo a impugnação de medidas cautelares diversas da segregação provisória, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de permitir o manejo da ação mandamental, mormente em virtude da imprescindibilidade de verificação dos requisitos e pressupostos semelhantes aos empregados para o exame da regularidade da prisão preventiva, bem como em virtude do eventual descumprimento das medidas restritivas ocasionar a segregação cautelar (HC n. 707.419/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022.).

Ocorre que, a despeito do deferimento, no âmbito do Plantão Judiciário, da liminar pleiteada para excluir a cautelar que determinou a suspensão do exercício da Medicina pelo paciente, as circunstâncias fáticas constantes dos autos originários evidenciam a proporcionalidade e razoabilidade da medida ora impugnada, mostrando-se adequada e necessária, máxime em virtude do modus operandi dos delitos, os quais foram cometidos, reitere-se, no exercício da função de médico e em contrariedade dos princípios norteadores desse digno mister.

Nesse ponto, registre-se, como muito bem consignou a Autoridade Policial no relatório de ID 81643927 – págs 107/111, que o investigado se aproveitava da ausência de testemunhas, além de se utilizar de um cargo público de prestígio (Coronel da Polícia Militar) e uma profissão socialmente influente para, impunemente, cometer crimes sexuais.

A respeito do tema, o e. Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar em casos semelhantes aos dos autos, como ilustra os arestos abaixo transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CRIME PRATICADO NO EXERCÍCIO DA MEDICINA.

CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DA MEDICINA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AGRAVO PROVIDO. 1. Embora inadmissível habeas corpus em substituição ao recurso próprio, é possível o conhecimento da impetração quando verificada flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado apta a ensejar a concessão da ordem de ofício. 2. A custódia prisional é providência extrema que deve ser determinada quando demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, na forma do art. 312 do CPP. 3. Em razão de seu caráter excepcional, a prisão preventiva somente deve ser imposta quando incabível a substituição por outra medida cautelar menos gravosa, conforme disposto no art. 282, § 6º, do CPP. **4. Considerando o modus operandi dos delitos, a imposição da cautelar de proibição do exercício da medicina e de suspensão da inscrição médica, e outras que o Juízo de origem entender necessárias, são suficientes para prevenção da reiteração criminosa e preservação da ordem pública.** 5. Agravo regimental provido. (STJ - AgRg no HC: 699362 PA 2021/0325021-0, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Julgamento: 08/03/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2022) (Grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CRIME, EM TESE, COMETIDO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE MÉDICO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **1. A medida cautelar prevista no art. 319, VI, do CPP é providência destinada àquelas situações em que o acusado, se desimpedido de exercer sua função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, possa vir a praticar nova infração penal, valendo-se dessa função ou atividade.** 2. Na espécie, a motivação das instâncias de origem para determinar a suspensão do exercício profissional presencial do agravante “médico acusado de importunação sexual durante uma consulta” foi idônea e proporcional, uma vez que há fundado risco de reiteração delitiva, ante a notícia de que o réu responde outro processo

penal em que se apura conduta similar. 3. Não se trata de providência que seja desproporcional ou suprima as condições laborais do acusado e, portanto, seu meio de subsistência e o acesso da população ao seus serviços, uma vez que o Juízo natural da causa autorizou o exercício da atividade profissional na modalidade online. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no RHC: 153422 SP 2021/0287206-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 08/02/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2022) (Grifou-se)

Desta feita, ao contrário do sustentado pelo impetrante, inexistente mácula no decisum que aplicou medida cautelar diversa, tendo a impetrada, com base nas peculiaridades da espécie, demonstrado a necessidade dessa restrição como forma de garantir a ordem pública.

Acerca da alegação de ausência de contemporaneidade da medida cautelar, convém trazer à baila, de forma análoga, o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão preventiva, segundo o qual, *“a contemporaneidade diz respeito aos motivos ensejadores da prisão preventiva e não ao momento da prática supostamente criminosa em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo, sendo necessária, no entanto, a efetiva demonstração de que, mesmo com o transcurso de tal período, continuam presentes os requisitos (...)”*(HC 192519 AgR-segundo, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 09-02-2021).

No caso em exame, embora imputada cautelar menos gravosa que a prisão preventiva, remanesce a mesma lógica quando da análise do cabimento da medida extrema, ou seja, apenas recentemente vieram à tona os fatos delitivos, ensejando a abertura de procedimento investigatório pela Delegada Titular da Delegacia da Mulher de Imperatriz, onde se apurou que, nos últimos anos, A. N. D. S. cometeu, reiteradamente, crimes sexuais contra várias de suas pacientes.

Desta feita, e considerando o caráter clandestino dos crimes em questão, a medida cautelar de suspensão do exercício da medicina pelo paciente se mostra robustamente justificada, a fim de resguardar a ordem pública e impedir a reiteração delitiva.

No que pertine a alegação de que o paciente ostenta predicados pessoais favoráveis que lhe asseguram o direito de responder ao processo em liberdade irrestrita, especialmente porque ausentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, frise-se que não consta nos autos originários qualquer notícia sobre eventual decre-

tação de sua prisão cautelar, ou mesmo pedido de decretação pendente de análise, de modo que lhe foram impostas medidas cautelares menos gravosas.

Impende gizar, por fim, que não restou demonstrado que a medida cautelar imposta prejudica o sustento do paciente e de sua família, por ter a autoridade coatora consignado na decisão ora atacada que a suspensão da atividade profissional ocorreria sem prejuízo da remuneração percebida, em função de cargo, pelo denunciado. Outrossim, a magistrada singular também destacou *“que o investigado é militar da reserva aposentado e possui fonte de renda para se manter enquanto perdurar a vigência das medidas cautelares”* (ID 82149235).

Portanto, inexistindo, até o momento, qualquer modificação do contexto fático que justifique o afastamento da restrição imposta ao paciente, sem olvidar que as cautelares submetem-se à cláusula rebus sic stantibus, impõe-se a manutenção da referida restritiva, sendo imperioso o retorno do paciente ao status quo anterior.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, embora **CONHEÇA** do presente habeas corpus, **DENEGO** a ordem impetrada, **cassando a liminar anteriormente deferida**, mantendo, em consequência, incólume as cautelares fixadas pelo Juízo a quo.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 30 de janeiro de 2023.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

nº 0822741-79.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Apuração de falta grave em Procedimento Disciplinar Interno – PDI com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa;
2. Homologação da perda de benefícios executórios;
3. Exigência de audiência de justificação somente na hipótese de regressão de regime, sendo dispensável quando o condenado já se encontra em regime mais gravoso;
4. Dispensa de nova oitiva em Juízo ante a regularidade do PDI que contou com o interrogatório do reeducando em âmbito administrativo.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Evidenciado que o Procedimento Disciplinar Interno – PDI que resultou na apuração de falta grave do reeducando observou os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não há que se falar em nulidade da decisão homologatória da perda de benefícios executórios.
- A realização de audiência de justificação é exigível na aplicação da sanção de regressão de regime, sendo dispensada quando o condenado já se encontra em regime mais gravoso.
- Havendo a colheita de interrogatório do apenado em regular PDI, torna-se dispensável nova oitiva em Juízo.

AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 0822741-79.2022.8.10.0000

Sessão virtual de 13/02/2023 a 22/02/2023

Agravante: A. J. L. P.

Defensor Público: JOSNATAN PEREIRA VIEGAS

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR INTERNO. HOMOLOGAÇÃO. PERDA DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRÉVIA OITIVA NA FASE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Constatada a regularidade do Procedimento Disciplinar Interno que averiguou o cometimento de falta grave do apenado, considerando que foram observados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, de sorte que a perda de benefícios da execução foi sanção aplicada adequadamente.

II. Inviável o acolhimento do pleito de nulidade da decisão em que o juízo executório homologou a falta grave sem a designação de audiência de justificação, uma vez que esta somente é exigida quando há regressão de regime, o que não ocorreu na espécie, posto que o condenado já se encontrava em regime mais gravoso (fechado). Ademais, é dispensável a realização de nova oitiva do reeducando em juízo se este já foi ouvido no curso do procedimento administrativo que apurou a infração cometida. Precedentes.

III. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Agravo em Execução nº 0822741-79.2022.8.10.0000, “unanimente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal negou provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR (Relator), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM e SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. JOAQUIM HENRIQUE DE CARVALHO LOBATO.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por **A. J. L. P.**, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, pugnando pela reforma da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Imperatriz, nos autos do processo de execução nº 5000001-57.2022.8.10.0040 do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU.

Em suas razões recursais, o agravante aduziu a necessidade de reforma da decisão de item nº 56.1 do SEEU, que homologou o Procedimento Disciplinar Interno – PDI nº 20/2022, que aplicou a sanção de advertência, com alteração da data base para progressão de regime e perda de 1/3 dos dias remidos, sem a realização de audiência de justificação, em notória afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa (ID 21502057 – Págs. 37/43).

Contrarrazões ofertadas pelo Órgão Ministerial, ensejo em que aduziu o acerto do decisum objurgado, ressaltando que o procedimento de apuração da falta grave observou os ditames do contraditório e da ampla defesa, bem como sustentou a desnecessidade de audiência de justificação, uma vez que esta é de observância obrigatória quando há regressão de regime, não sendo este o caso dos autos em razão de o apenado já se encontrar em regime mais gravoso. Por fim, requereu o conhecimento e desprovimento do recurso (ID 21502058 – Págs. 16/19).

Em juízo de retratação, o magistrado singular manteve a decisão alvejada pelos seus próprios fundamentos, determinando a remessa dos autos a esta eg. Corte de Justiça (ID 21502060).

O feito fora inicialmente distribuído ao Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos (ID 21758757), o qual, acolhendo parecer ministerial (ID 22035321), reconheceu a prevenção do presente feito ao Habeas Corpus nº 0009029-02.2015.8.10.0000, impetrado em favor de corréu perante a Terceira Câmara Criminal, e determinou a redistribuição dos autos a esta Relatoria (ID 22077820).

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dr^a. Regina Maria da Costa Leite manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do agravo (ID 22901419).

É o relatório.

Inclua-se na pauta virtual.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso, passando à análise do mérito.

Consoante relatado, pretende o apenado anular a decisão de item nº 56.1 do processo nº 5000001-57.2019.8.10.0040 do Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU, de modo a determinar que o juízo executório promova a audiência de justificação prevista no art. 118, § 2º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), sob o argumento de que a inobservância de tal diligência acarreta em afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de causar prejuízos à execução de sua pena.

Da análise dos mencionados autos no SEEU, observa-se que em 20/04/2022 o Diretor Geral da Penitenciária Regional de Imperatriz expediu ofício ao juízo executório, comunicando a ocorrência de uma tentativa de fuga pelo apenado, em razão deste ter sido surpreendido no dia 14/04/2022 *“fazendo um buraco com uma marreta no muro ao lado da fábrica de blocos interna”*, conforme consta no item nº 43.1 do SEEU.

Diante desse fato, houve a abertura da Portaria nº 20/2022, que instaurou o correspondente Procedimento Disciplinar Interno – PDI, visando apurar a conduta do reeducando, sob a suspeita de cometimento de falta grave.

No julgamento do aludido PDI, procedeu-se à oitiva do interno, assistido pela Especialista Penitenciária Jurídica – EPJ da Unidade Prisional de Davinópolis, Dr^a Jucélia Paula de Sousa Sena (OAB/MA nº 12.347), designada para realizar sua defesa, em razão da impossibilidade da Defensoria Pública (vide item nº 47.1 do SEEU).

Na oportunidade, o reeducando confessou a infração disciplinar, relatando em seu interrogatório:

“que se arrepende do ato; que não [fez] nada premeditado; que não é faccionado; que foi um momento de desespero; que seu ato não agrediu ninguém; que não teve resistência e se entregou espontaneamente, não tendo mais nada a declarar” (sic).

Procedeu-se, ainda, a oitiva dos servidores que realizaram sua abordagem, Valdisson Quinto de Jesus (agente penitenciário temporário) e Valmir Oliveira da Costa (diretor administrativo), os quais relataram a conduta do apenado sob sua ótica.

Após a colheita dos mencionados depoimentos, a Especialista Penitenciária Jurídica ofereceu defesa escrita em favor do custodiado, requerendo a imputação

da pena mínima em caso de condenação, bem como a aplicação da atenuante de confissão, nos termos do art. 30, III do Decreto Estadual nº 34.006/2018 (Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional – REDIPRI aplicável às Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP).

Ultrapassada a fase instrutória do aludido PDI, a reunião do Conselho Disciplinar ponderou pela condenação do interno em razão do cometimento de falta grave (fuga), nos termos do art. 29, II do Decreto nº 34.006/2018, fixando a penalidade de 30 (trinta) dias de isolamento celular, detraindo-se 02 (dois) dias pela aplicação de atenuante e os 10 (dez) dias já cumpridos em isolamento preventivo, remanescendo o saldo final de 18 (dezoito) dias a cumprir.

Encaminhados os autos conclusivos do Procedimento Disciplinar Interno ao juízo executório e ouvido o Ministério Público, o magistrado singular procedeu à sua homologação, ante a inexistência de irregularidades capazes de macular o feito, como revela a decisão do item nº 56.1 do SEEU, ora atacada.

Na oportunidade, o juiz de base, valendo-se das diretrizes da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), deixou de aplicar a punição de regressão, prevista no art. 118 e seguintes da LEP, em razão de o reeducando já se encontrar em regime mais gravoso (fechado), sendo, portanto, desnecessária a designação de audiência de justificação, sobretudo considerando que já houve a colheita de seu depoimento no mencionado PDI, garantindo-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa.

No mais, aplicou a *“sanção de ADVERTÊNCIA, mas com ALTERAÇÃO DA DATA BASE para progressão para o dia do cometimento da falta grave e a PERDA DE PARTE DE DIAS REMIDOS na proporção de 1/3, obtidos até o dia do cometimento da referida falta”* (sic).

Nesse ponto em especial, convém esclarecer que, apesar do inconformismo do agravante acerca da ausência de audiência de justificação, constata-se que a conduta do magistrado deriva de uma interpretação lógica do dispositivo legal, na medida em que, tal diligência só se faria necessária acaso houvesse a regressão de regime do sentenciado, raciocínio que se infere da redação do artigo correspondente da LEP:

*Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade **ficará sujeita à forma regressiva**, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado. (grifou-se).

Ademais, a jurisprudência pátria, seguindo orientação emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, firmou-se “no sentido de ser desnecessária a realização de audiência de justificação para homologação de falta grave, se ocorreu a apuração da falta disciplinar em regular procedimento administrativo, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, inclusive com a participação da defesa técnica” (HC 333.233/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 6/11/2015).

No caso concreto, conforme já mencionado anteriormente, o procedimento administrativo que averiguou a falta grave imputada ao condenado fora revestido de todas as formalidades exigidas no Decreto nº 34.006/2018, contando com a oitiva de testemunhas e do infrator, o qual permaneceu assistido por Especialista Penitenciário Jurídico, responsável pela sua defesa técnica no trâmite da apuração.

Assim, inexistente qualquer inconsistência capaz de conduzir à invalidade do que restou apurado acerca da infração cometida pelo reeducando, circunstância essa que, somada ao fato de o interno já cumprir pena em regime fechado, autoriza a dispensa da audiência de justificação.

Reafirmando tal posicionamento, convém trazer à baila os julgados que seguem, da lavra do Superior Tribunal de Justiça, corroborando o raciocínio ora esposado, verbis:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA GRAVE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PRÉVIO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA FALTA GRAVE. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. AGRAVO IMPROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser desnecessária a realização de audiência de justificação para homologação de falta grave, se ocorreu a apuração da falta disciplinar em regular procedimento administrativo, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, inclusive com a participação

da defesa técnica. 3. Uma vez devidamente fundamentada a aplicação da falta grave pela Corte de origem com base na prova dos autos, no sentido de que suficientemente comprovada sua prática, a pretendida revisão do julgado, com vistas ao afastamento da falta grave, não se coaduna com a estreita via do writ, dada a necessidade de exame aprofundado de fatos e provas. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 615854 SP 2020/0253125-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020). (grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRÉVIA OITIVA NA FASE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não se verifica a incidência da Súmula n. 126 do STJ se o fundamento do acórdão é eminentemente infraconstitucional, relacionado à interpretação dos arts. 59 e 118, § 2º, da Lei n. 7.210/1984. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, quando não houver a regressão de regime prisional, é dispensável a realização de nova oitiva do reeducando em Juízo se este já foi ouvido no curso do procedimento administrativo para a apuração da falta grave. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1753692 MS 2018/0174124-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 28/03/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/04/2019). (grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 118, § 2º, DA LEP. FALTA GRAVE COMETIDA EM REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. 1. O entendimento manifestado pela Corte a quo está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao caráter prescindível da audiência de justificação judicial nas hipóteses em que não há a regressão de regime do apenado. 2. [...] a audiência de justificação estabelecida no art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal somente é necessária para fins de regressão de regime, o que não ocorreu na espécie (HC n. 394.392/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/8/2017). 3. Agravo regimental improvido. (STJ

- AgRg no REsp: 1729038 RO 2018/0054373-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 22/05/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2018). (grifou-se).

A par do que foi dito, verifica-se o acerto da decisão hostilizada, a qual se coaduna com o entendimento jurisprudencial predominante.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do presente agravo para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo incólume a decisão alvejada, nos termos da fundamentação disposta alhures.

É como voto.

São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

MS

Nº 0823799-20.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Prerrogativas da Defensoria Pública;
2. Contagem do prazo em dobro;
3. Necessidade de intimação pessoal.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- A Lei Complementar no 80/1994 conferiu à Defensoria Pública algumas prerrogativas, dentre elas a contagem dos prazos processuais em dobro e a intimação pessoal com vista dos autos;
- A contagem dos prazos para a Defensoria Pública somente tem início com a remessa ou carga dos autos para o referido órgão;
- A inobservância dessas prerrogativas infringe direito líquido e certo, sendo o ato transgressor passível de combate por meio de mandado de segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL Nº 0823799-20.2022.8.10.0000

Sessão virtual de 24/02/2023 a 03/03/2023

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO

Impetrado: ATO DO JUÍZO DA 1ª VARA DA COMARCA DE COROATÁ

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

MANDADO DE SEGURANÇA. PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA. CONTAGEM DOS PRAZOS PROCESSUAIS EM DOBRO. INTIMAÇÃO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA PELA AUTORIDADE IMPETRADA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

I – A Lei Complementar nº 80/1994 conferiu à Defensoria Pública algumas prerrogativas, dentre elas a contagem dos prazos processuais em dobro e a intimação pessoal com vista dos autos.

II – A contagem dos prazos para a Defensoria Pública somente tem início com a remessa ou carga dos autos para o referido órgão.

III – A inobservância dessas prerrogativas infringe direito líquido e certo, sendo o ato transgressor passível de combate por meio de mandado de segurança.

IV – Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, os Desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão decidiram, por unanimidade de votos e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conceder a segurança, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SAMUEL BATISTA DE SOUZA, SEBASTIAO JOAQUIM LIMA BONFIM, SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO, FRANCISCO RONALDO MACIEL OLIVEIRA, VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, JOSE LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA, JOSE JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS e ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAUJO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. REGINA MARIA DA COSTA LEITE.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Coroatá nos autos da ação penal nº 930-93-2019.8.10.0035, que não recebeu o recurso de apelação ali interposto por suposta intempestividade.

Em suas razões, alegou a impetrante que foi intimada da sentença proferida na ação acima referenciada no dia 02/08/2022, tendo interposto recurso de apelação no dia 10/08/2022, fazendo uso da prerrogativa do prazo em dobro, conferida pelo art. 128, I, da Lei nº 80/1994.

Afiçou, ainda, que o apelo não foi recebido pela autoridade impetrada por ter sido julgado intempestivo e, somando-se a isso, assevera que não foi intimada pessoalmente desta decisão de inadmissibilidade, violando mais uma prerrogativa da Defensoria Pública, bem como o seu direito de interpor recurso em sentido estrito, na forma do art. 581, XV, do CPP.

Com fulcro nesses argumentos, requereu a impetrante o deferimento de liminar para cassação do ato impetrado e consequente recebimento do recurso de apelação. No mérito, pugnou pela confirmação da liminar e a respectiva concessão da segurança. Instruiu a inicial com os documentos de ID 21923648 a ID 21923650.

Postergada a apreciação do pedido de liminar, foi determinada a oitiva da autoridade impetrada (ID 22491142), sobrevivendo aos autos as informações de ID 22532387 em que sustentou, preambularmente, o não conhecimento da ação mandamental por inexistência de prova pré-constituída e, no mérito, a legalidade da sua decisão, afirmando que *“a Defensoria Pública, representada pelo Defensor Público Bernardo Mello Portella Campos, tomou ciência pessoal da sentença na própria audiência de instrução, ocorrida em 01/07/2022”*, e não no dia 02/08/2022 como afirmado na exordial.

Volvendo os autos conclusos para apreciação do pedido de liminar, o Des. Raimundo Moraes Bogéa, na qualidade de relator substituto, entendeu por deferi-lo (ID 22805703) por verificar a presença dos requisitos necessários à concessão da medida, determinando, ainda, o envio dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para emissão de parecer.

No parecer de ID 23187379, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e concessão da segurança por vislumbrar a existência de direito líquido e certo em favor do impetrante.

É o relatório.

VOTO

Consoante relatado, a impetrante alegou que 02 (duas) das suas prerrogativas garantidas legalmente, a saber: contagem dos prazos processuais em dobro e intimação pessoal das decisões judiciais, foram relegadas pela autoridade impetrada.

Da análise dos autos, infere-se que o juízo impetrado proferiu sentença em banca nos autos da ação penal nº 930-93-2019.8.10.0035, no dia 01/07/2022, consoante cópia da ata de audiência acostada no ID 22532388, ocasião em que a Defensoria Pública, na pessoa do defensor Bernardo Mello Portella Campos, foi cientificado da decisão, apondo sua chancela ao final do documento.

Apesar dessa ciência, observa-se no extrato de movimentação processual colacionado no ID 21923650, que os autos foram entregues em carga à Defensoria Pública apenas no dia 02/08/2022, sendo protocolado recurso de apelação por esta no dia 10/08/2022.

Não obstante, a autoridade impetrada, de acordo com as informações prestadas, entendeu que o prazo recursal da impetrante teve início no dia 01/07/2022, ou seja, na data em que o Defensor Público Bernardo Mello Portella Campos tomou ciência pessoal da sentença na audiência de instrução, acarretando a alegada intempestividade do apelo interposto no dia 10/08/2022.

O art. 128, I, da Lei Complementar 80/1994, estabelece como prerrogativa dos membros da Defensoria Pública “*receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos*”.

Percebe-se que o juízo monocrático, *data vênia*, fez uma confusão entre a “*intimação do ato*” e o “*início da contagem do prazo processual*”. O STJ analisando caso análogo, apregou que há distinção entre a intimação (ocorrida em audiência ou por certidão cartorial) e o termo a quo do prazo processual para Defensoria Pública, frisando que muito embora a intimação possa se perfectibilizar em audiência de instrução e julgamento, a contagem dos prazos para o defensor público somente terá início posteriormente, com a remessa ou carga dos autos pelo referido órgão, verbis:

HABEAS CORPUS. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO JURÍDICA POSTA. AFETAÇÃO DO WRIT À TERCEIRA SESSÃO. PROCESSO PENAL. INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM AUDIÊNCIA. CONTAGEM DOS PRAZOS. INÍCIO. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À INSTITUIÇÃO. INTIMAÇÃO

E CONTAGEM DE PRAZO PARA RECURSO. DISTINÇÕES. PRERROGATIVA PROCESSUAL. NATUREZA DAS FUNÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA. REGRA DE TRATAMENTO DISTINTA. RAZOABILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, V e 44, I, DA LC N. 80/1994. 1. A intimação dos atos processuais tem por objetivo dar conhecimento ao interessado sobre o ato praticado, permitindo-lhe, eventualmente, a ele reagir, em autêntica expressão procedimental do princípio do contraditório, o qual se efetiva no plano concreto com a participação das partes no desenvolvimento do processo e na formação das decisões judiciais, conferindo tanto ao órgão de acusação quanto ao de defesa o direito de influir, quer com a atividade probatória, quer com a apresentação de petições e arrazoados, escritos e orais, na formação do convencimento do órgão jurisdicional competente. 2. Na estrutura dialética do processo penal brasileiro, a Defensoria Pública desempenha suas funções orientada por princípios constitucionais expressos, entre os quais se destacam o da unidade e o da indivisibilidade, que permitem a atuação, em nome da mesma instituição, de diversos de seus membros, sem que isso importe em fragmentação do órgão, porquanto é a instituição, apresentada por seus membros, que pratica o ato. 3. Cuida-se de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (art. 134 da CR). 4. Para o correto desempenho de suas atribuições constitucionais e legais, estabelecem os arts. 4º, V, e 44, I, da Lei Complementar n. 80/1994 a intimação pessoal com a remessa dos autos à Defensoria Pública. Por sua vez, a intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública é também objeto de expressa previsão no novo CPC, no art. 186, § 1º, semelhantemente ao disposto no art. 370 do Código de Processo Penal. 5. Tal prerrogativa se mostra consentânea não só com o complexo e relevante papel desempenhado pela instituição, mas também com a necessidade de otimizar a eficiência dos serviços oficiais, dependentes do acompanhamento e da fiscalização de vultosa quantidade de processos. ***Dai a justificativa para que a intimação pessoal seja aperfeiçoada com a vista dos autos (conforme disposto expressamente nos arts. 4º, V, e***

44, I, da Lei Complementar n. 80/1994). 6. *É natural que, nos casos em que há ato processual decisório proferido em audiência, as partes presentes (defesa e acusação) dela tomem conhecimento. Entretanto, essa ciência do ato não permite ao membro integrante da Defensoria Pública o exercício pleno do contraditório, seja porque o referido membro não poderá levar consigo os autos, seja porque não necessariamente será o mesmo membro que esteve presente ao ato a ter atribuição para eventualmente impugná-lo.* 7. *A distinção entre intimação do ato e início da contagem do prazo processual permite que se entenda indispensável - para o exercício do contraditório e a efetiva realização da missão constitucional da Defensoria Pública - que a fluência do prazo para a prática de determinado prazo peremptório somente ocorra a partir do ingresso dos autos na Secretaria do órgão destinatário da intimação. Precedentes.* 8. *Assim, a não coincidência entre a intimação do ato decisório (em audiência ou por certidão cartorial) e o início do prazo para sua eventual impugnação é a única que não sacrifica, por meio reflexo, os direitos daqueles que, no âmbito da jurisdição criminal, dependem da esmerada e eficiente atuação da Defensoria Pública.* 9. *Habeas corpus concedido para reconhecer a tempestividade da apelação interposta pela Defensoria Pública e determinar ao Tribunal de origem que julgue o recurso defensivo. (STJ - HC: 296759 RS 2014/0141007-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 23/08/2017, S3 - TERCEIRA SEÇÃO)*

Destarte, uma vez que a vista dos autos pela Defensoria Pública se deu em 02/08/2022, tem-se como sendo este o marco inicial da contagem do prazo processual, afigurando-se equivocado o entendimento manifestado pela autoridade impetrada de contar o prazo recursal desde 01/07/2022, data em que ocorreu a intimação do ato.

Debalde essas razões que já seriam suficientes para conceder a segurança requestada, salientou ainda a impetrante que houve afronta ao seu direito líquido e certo de ser intimada pessoalmente da decisão que não recebeu o apelo interposto, impossibilitando-lhe aviar o recurso em sentido estrito previsto no art. 581, XV, do CPP.

De fato, observa-se tanto da leitura do extrato de movimentação processual colacionado no ID 21923650, quanto mediante acesso aos autos virtualizados na origem, que não houve remessa do caderno processual à Defensoria Pública após

a inadmissão do apelo visando intimá-la pessoalmente da decisão, configurando infração a mais uma prerrogativa da impetrante.

Tal ausência, além de infringir a prerrogativa da impetrante, caracteriza cerceamento ao direito de defesa do jurisdicionado, configurando a nulidade dos atos processuais posteriores, consoante precedente deste Sodalício:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. ALIMENTOS. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. NULIDADE. I - Os arts. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, e 128, I, da Lei Complementar nº 80/94, e os art. 186, § 1º e 183, § 1º, ambos do Novo Código de Processo Civil estabelecem que **o defensor público possui a prerrogativa de ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em qualquer grau de jurisdição.** II - Caracterizado o cerceamento do direito de defesa, deve ser anulada a sentença, com o retorno dos autos ao juízo de origem, para que seja realizada a devida intimação pessoal da Defensoria Pública. (TJ-MA - APL: 0446842015 MA 0002598-85.2012.8.10.0022, Relator: JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, Data de Julgamento: 07/04/2016, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)*

Sendo assim, restando evidenciado que as prerrogativas da impetrante descritas na peça vestibular não foram observadas pela autoridade impetrada, forçosa a concessão da segurança.

Por essa razão, em consonância com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, confirmo a liminar e **CONCEDO** a segurança impetrada para cassar a decisão que julgou intempestivo o recurso de apelação interposto nos autos da ação penal nº 930-93-2019.8.10.0035, devendo o juízo impetrado recebê-lo na forma de praxe, encaminhando os autos originários, após oportunização do contraditório, ao Tribunal de Justiça para apreciação.

É como voto.

Sala das Sessões das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís-MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

nº 0000317-52.2020.8.10.0063

TEMAS ABORDADOS:

1. Crimes dolosos contra a vida;
2. Princípios in dubio pro reo e in dubio pro societate na fase de pronúncia do Tribunal do Júri;
3. Absolvição sumária por não constituir o fato infração penal (art. 415, III, CPP);
4. Excesso de prazo para formação da culpa;
5. Concessão de ordem de habeas corpus de ofício;

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Não obstante vigore na presente fase processual o princípio in dubio pro societate, a decisão de pronúncia depende de um mínimo de lastro probatório, apto a demonstrar, ainda que superficialmente, a plausibilidade da imputação que é dirigida ao réu.
- Não havendo indícios mínimos de animus necandi a justificar o processamento da acusação por delito contra a vida em sua modalidade tentada, cabível a absolvição sumária, nos termos do art. 415, III, do Código de Processo Penal, com a consequente remessa dos autos ao juízo de base competente para processamento e julgamento dos demais delitos imputados.
- Há excesso de prazo para formação da culpa na hipótese em que o acusado permanece custodiado por considerável lapso temporal, sem que a delonga tenha sido provocada pela defesa, o que justifica a concessão da ordem de habeas corpus de ofício.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000317-52.2020.8.10.0063

Sessão do dia 6 de março de 2023

Recorrente: C. R. P.

Advogado: PÉRICLES ANTÔNIO ARAÚJO PINHEIRO (OAB/MA nº 11.292)

Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA. AMEAÇA. RESISTÊNCIA. DESACATO. CORRUPÇÃO PASSIVA. AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. No caso concreto, não se extrai da narrativa dos fatos na denúncia ou do próprio depoimento do ofendido indícios mínimos de animus necandi a justificar o processamento da acusação por homicídio qualificado em sua modalidade tentada.

II. O fato de o recorrente eventualmente tentar tomar a pistola da vítima para não se deixar ser revistado sem razão aparente ou mesmo pelo receio de que fosse a arma sacada contra si não conduz à conclusão de que desejava produzir o resultado morte, circunstância corroborada, inclusive, pela ausência de qualquer lesão ou ferimento decorrente da ação por ele perpetrada.

III. Não obstante vigore na presente fase processual o princípio in dubio pro societate, a decisão de pronúncia depende de um mínimo de lastro probatório, apto a demonstrar, ainda que superficialmente, a plausibilidade da imputação que é dirigida ao réu, o que inexistente na espécie.

IV. Não havendo a prática de crime doloso contra a vida, cabível a absolvição sumária, nos termos do art. 415, III, do Código de Processo Penal, com a consequente remessa dos autos ao juízo de base competente para processamento e julgamento dos demais delitos imputados (ameaça, resistência, desacato e corrupção ativa).

V. Ademais, constatado flagrante constrangimento ilegal por excesso de prazo para formação da culpa, uma vez que o acusado permanece custodiado preventivamente há aproximadamente 02 (dois) anos, sem que a delonga tenha sido provocada por qualquer ato da defesa, mostra-se irrazoável e desproporcional a manutenção do ergástulo cautelar, a justificar a concessão da ordem de habeas corpus de ofício.

VI. Recurso conhecido e provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para relaxamento da prisão preventiva do recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso em sentido estrito nº 0000317-52.2020.8.10.0063, “por maioria de votos e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal conheceu e deu provimento ao recurso para absolver o recorrente do crime de tentativa de homicídio, concedendo de ofício Habeas Corpus, nos termos do voto do Desembargador Gervásio Protásio dos Santos Júnior, contra o voto da Desembargadora Relatora”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR PARA O ACÓRDÃO), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM e SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. MARIA LUIZA RIBEIRO MARTINS.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Adoto o relatório da ilustre Desembargadora Relatora original, de ID 23239839, in verbis:

1 Relatório

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por C. R. P. contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Zé Doca que o pronunciou como incurso no art. 121, §2º, inc. VII, c/c art. 14, inc. II

e arts. 147, 329, 331 e 333 do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado praticado contra policial civil, ameaça, resistência, desacato e corrupção ativa).

Extraí-se dos autos que, no dia 24/06/2020, por volta de 10h30min, no Hospital Municipal de Zé Doca, o acusado, ora apelante, tentou contra a vida da vítima S. M. de O. N., investigador de Polícia Civil, sendo impedido de consumar seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade. Consta ainda que o apelante ameaçou a vítima, lhe ofereceu vantagem indevida para omitir ato de ofício, resistiu à prisão e praticou desacato contra funcionário público.

A denúncia aponta que, no dia e hora supracitados, a vítima e o policial civil F. S. C. faziam a condução de presos para realização do exame de corpo de delito no Hospital Municipal quando foram informados que o apelante teria entrado no cômodo em que os policiais estavam, espiado e saído, bem como que este era acostumado a praticar roubos. Foi então que a vítima decidiu averiguar o ocorrido.

Ao ser abordado, o apelante, aparentando nervosismo, ameaçou o policial (...) “me deixa de mão! Você não me conhece, você não sabe do que sou capaz”. Em seguida, de posse de um capacete, segurou-o como uma arma e, como intimidação, disse para a vítima não chegar perto dele. Foi então que a vítima anunciou que iria revistá-lo, tendo o apelante iniciado uma luta corporal a fim de tomar a pistola daquela.

A equipe do Hospital solicitou reforços e, com a chegada dos demais policiais, imobilizaram o apelante, que resistiu à prisão, dando cotoveladas na vítima ao longo do caminho até a viatura. Durante a tentativa de imobilização, o apelante proferiu xingamentos e ameaças em desfavor da vítima e do policial F. Ao chegar à UPR, a vítima permaneceu na viatura com o apelante, momento em que este perguntou: “tu quer quanto pra me deixar de mão?”.

1.1 Argumentos do recorrente

1.1.1 Ausência de provas de autoria e materialidade aptas a pronunciar o recorrente, posto que a acusação encontra-se baseada apenas em elementos indiciários;

1.1.2 Não comprovação do crime de ameaça, por entender ser pouco crível que a vítima tenha se sentido intimidada com as palavras proferidas pelo apelante;

1.1.3 Não comprovação do crime de resistência, pois não restou comprovado que o ato praticado pela vítima – policial civil – era revestido e legalidade e que o recorrente fez uso de força física ou ameaça;

1.1.4 Não comprovação do crime de desacato, pois ausente o dolo específico, não bastando para caracterizá-lo a enunciação de palavras ofensivas proferidas em momento de raiva ou de exaltação;

1.1.5 Não comprovação do crime de corrupção ativa, ante a ausência de provas;

1.1.6 Subsidiariamente, a revogação da prisão preventiva do recorrente, em razão da ausência de circunstâncias que a justifiquem;

1.2 Argumentos do recorrido

1.2.1 Aduz que a decisão de pronúncia não merece reparo, eis que demonstrou, de forma coesa, os indícios de autoria e a prova da materialidade do delito que recaem perante o recorrente;

1.3 Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, sob a lavra do procurador Krishnamurti Lopes Mendes França, opina pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso em sentido estrito (ID 17599702);
É o relatório.

VOTO

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por C. R. P. contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Zé Doca, que o pronunciou como incurso nas penas do crime tipificado no art. 121, §2º, VII c/c art. 14, II; art. 147, art. 329, art. 331 e art. 333, na forma do art. 69, todos do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado praticado contra policial civil, ameaça, resistência, desacato e corrupção ativa).

Apreciando a matéria, e incluído o feito na pauta da 6ª Sessão Presencial desta 3ª Câmara Criminal, a relatora proferiu voto negando provimento ao recurso, sob o argumento de que não se exige juízo de certeza para que o denunciado seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri, bastando a apuração de meros indícios, de sorte que caberia ao referido órgão a condenação ou absolvição do acusado com base nas provas dos autos.

Assim, observando lastro probatório evidenciado pela tese ministerial de que o recorrente praticou o crime conforme narrado na exordial, entendeu descabido, neste momento processual, o pedido de absolvição por atipicidade das

condutas ou impronúncia.

Por outro lado, reconheceu o constrangimento ilegal ao qual submetido o custodiado, porquanto preso cautelarmente há aproximadamente 02 (dois) anos sem que se possa atribuir à defesa qualquer responsabilidade pela delonga da instrução processual, motivo pelo qual concedeu ordem de habeas corpus de ofício para relaxar a sua prisão preventiva, impondo-lhe o cumprimento de medidas cautelares.

Com a devida vênia, embora de acordo com a soltura do acusado, ousou discordar da conclusão sobre a questão de fundo do recurso, nos moldes adiante expostos.

No caso concreto, consta da peça acusatória que, em 24/06/2020, S. M. de O. N. (vítima) e F. S., ambos policiais civis, estavam no Hospital Municipal de Zé Doca acompanhando os presos que faziam exame de corpo de delito, **quando foram informados que o denunciado entrou no cômodo em que o ofendido se encontrava, espiou e saiu**, motivo pelo qual este último decidiu averiguar a situação, sobretudo pela notícia de que aquele seria conhecido pela prática de roubos.

Infere-se, ademais, que ao ser abordado, o acusado teria dito bastante nervoso que estava trabalhando na colocação de gesso, pedido ao policial que o deixasse em paz, pois não o conhecia e não sabia do que ele seria capaz, oportunidade em que também pegou um capacete de motocicleta, segurou o objeto como uma arma e, como forma de intimidação, ordenou à vítima que não se aproximasse.

Depreende-se, outrossim, que **o ofendido anunciou que iria revistá-lo, momento em que o recorrente teria tentado se apossar de sua arma de fogo, sem, contudo, lograr êxito em seu intuito, iniciando-se, assim, uma luta corporal**, de maneira que, com o pedido de socorro da equipe do nosocômio e a chegada de outros policiais, houve finalmente a imobilização do réu, o qual ainda teria resistido à prisão em flagrante e desferido cotoveladas na vítima até chegarem à viatura, não sem antes proferir ameaças e palavras de baixo calão aos agentes de segurança.

Por derradeiro, relata o órgão ministerial que, ao chegarem na Unidade Prisional, o atuado ofereceu vantagem indevida à vítima para que fosse liberado, de modo que tais condutas, sob a ótica do Parquet, configurariam os crimes tentativa de homicídio qualificado em face de policial civil, ameaça, resistência, desacato e corrupção ativa.

Ocorre que, *ad argumentandum tantum*, mesmo partindo-se do pressuposto de que todas as informações contidas na denúncia são verdadeiras, não se extrai da narrativa dos fatos ou do próprio depoimento do ofendido indícios mínimos de *animus necandi* a justificar o processamento da acusação por delito contra a vida em sua modalidade tentada.

É que, segundo Guilherme de Sousa Nucci, “o crime tentado de homicídio é a união do ‘matar alguém’ com o início de execução, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente. Pode-se ler: **quem, pretendendo eliminar a vida de alguém e dando início à execução, não conseguiu atingir o resultado morte**” (Código Penal Comentado, 22 Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2022, Págs. 142/143).

Em outras palavras, ao iniciar a execução do crime, o sujeito ativo deve estar desejando **diretamente** produzir o resultado morte, o que não se observa in casu, pois o fato de o recorrente eventualmente tentar tomar a pistola da vítima para não se deixar ser revistado sem razão aparente ou mesmo pelo receio de que fosse a arma sacada contra si não conduz à tal conclusão, circunstância corroborada, inclusive, pela ausência de qualquer lesão ou ferimento decorrente da ação por ele perpetrada.

Nesse ponto em particular, frise-se que, de modo diverso do noticiado no noscômio, não constam outros processos criminais ou mesmo inquéritos policiais movidos em desfavor do acusado, conforme se vê de consulta aos sistemas PJE, Jurisconsult e SIISP, o que denota a sua primariedade e reforça a falta de justo motivo para a abordagem inicial.

Ressalte-se, outrossim, que não obstante vigore na presente fase judicial o princípio in dubio pro societate, a decisão de pronúncia depende de um mínimo lastro probatório, apto a demonstrar, ainda que superficialmente, a plausibilidade na imputação que é dirigida ao réu, o que inexistente na espécie.

A propósito, oportuno destacar novamente as lições de Nucci acerca do tema:

*“Noutros termos, a decisão de pronúncia – juízo de admissibilidade da acusação – é momento sério e importante para o réu, devendo ser enfrentado pelo magistrado com a indispensável cautela. Jamais se pode enviar a júri um caso em que as provas, uníssonas, demandam absolvição por insuficiência de provas. Mesmo que o julgador não possa absolver sumariamente, é mais adequado optar pela impronúncia, quando perceber ser totalmente inviável uma condenação justa, no futuro. A expressão in dubio pro societate (na dúvida, em favor da sociedade) é mais didática do que legal. Não constitui um princípio do processo penal, ao contrário, o autêntico princípio calca-se na prevalência do interesse do acusado (in dubio pro reo). Mas tem o sentido eficiente de indicar ao juiz que a decisão de pronúncia não é juízo de mérito, porém de admissibilidade. **Por isso, se houver dúvida razoável, em lugar de absolver, como faria em um feito comum, deve remeter o caso à apreciação do juiz natural,***

constitucionalmente recomendado, ou seja, o Tribunal do Júri. Em suma, não devem seguir a júri os casos rasos em provas, fadados ao insucesso, merecedores de um fim, desde logo, antes que se possa lançar a injustiça nas mãos dos jurados; merecem ir a júri os feitos que contenham provas suficientes tanto para condenar como para absolver, dependendo da avaliação que se faça do conjunto probatório. Essa é a dúvida razoável.” (Nucci, Guilherme de Sousa. Código de Processo Penal Comentado, 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 1.029. (Grifou-se).

Portanto, não havendo a prática de crime doloso contra a vida, forçoso concluir pela absolvição sumária do recorrente, nos termos do art. 415, III, do Código de Processo Penal, com a remessa dos autos ao juízo de base competente para processamento e julgamento dos demais delitos imputados (ameaça, resistência, desacato e corrupção ativa).

De outro norte, no que se refere à prisão, comungo do entendimento manifestado no voto da eminente Desembargadora Relatora, no sentido de que presente flagrante constrangimento ilegal por excesso de prazo para formação da culpa, uma vez que o acusado permanece custodiado preventivamente desde 30/03/2021, ou seja, há aproximadamente 02 (dois) anos, sem que a delonga tenha sido provocada por qualquer ato da defesa.

Registre-se que, somente nesta Corte Estadual, os autos estavam em trâmite desde 01/12/2021, de sorte que se mostra irrazoável e desproporcional, especialmente após a sua absolvição sumária pelo crime de homicídio qualificado tentado, a manutenção do ergástulo cautelar, devendo ser concedida ordem de habeas corpus de ofício.

Ante o exposto, e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, dirijo do voto da douta relatora para **DAR PROVIMENTO** ao presente recurso, para o fim de absolver sumariamente o recorrente **C. R. P.** da imputação da prática do crime de tentativa de homicídio qualificado, nos termos do art. 415, IV, do Código de Processo Penal, determinando, por conseguinte, a remessa dos autos ao juízo de base competente para processamento e julgamento dos demais delitos imputados (ameaça, resistência, desacato e corrupção ativa), conforme fundamentação supra.

Ademais, na linha da relatora original, **concedo, de ofício, ordem de habeas corpus** para relaxar a prisão preventiva do recorrente ante o excesso de prazo observado, substituindo-a por medidas cautelares alternativas, quais sejam, a obriga-

toriedade de comparecer a todos os atos processuais para os quais for intimado e manutenção de endereço atualizado nos autos.

A presente decisão serve de Ofício, Mandado e Alvará de Soltura, inclusive, para o fim de ser o paciente imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não deva permanecer preso.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

HABEAS CORPUS CRIMINAL

nº 0801905-51.2023.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento de crimes praticados contra ou no interior de casa lotérica;
2. Excesso de prazo para formação da culpa;

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Não obstante a suscitação de conflito de competência, cediço que os delitos cometidos contra ou no interior de casa lotérica, pessoa jurídica de direito privado permissionária de serviço público, atingindo apenas o seu patrimônio, não tem o condão de atrair a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da respectiva ação penal, por não lesar bens, serviços ou interesse da União.
- Há excesso de prazo para formação da culpa na hipótese em que se-quer concluído o inquérito policial e oferecida denúncia, perpetuando injustificadamente o tempo de ergástulo.

HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0801905-51.2023.8.10.0000

Sessão do dia 6 de março de 2023

Pacientes: J. H. S. de S. e C. D. F. de B.

Impetrante: LETICIA FERNANDA LOPES SILVA (OAB/MA nº 13.860)

Impetrado: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA COMARCA DE ITAPE-CURU-MIRIM

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DO ERGÁSTULO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

I. A despeito do declínio da competência para o processamento e julgamento da demanda criminal à Justiça Federal pela autoridade indigitada coatora, circunstância que, em tese, ensejaria o não conhecimento da ordem impetrada, observa-se que o MM. Juiz da 2ª Vara Federal Criminal da SJMA suscitou conflito negativo de competência ao e. Superior Tribunal de Justiça, perdurando, portanto, a ordem de prisão emanada por Juiz Estadual.

II. Acrescente-se que não exsurge do processo principal elementos que permitam concluir, com a segurança necessária, que a Caixa Econômica Federal sofreu lesão direta na espécie a possibilitar o deslocamento da competência, mas sim os particulares ou a casa lotérica.

III. Não obstante a fundamentação expendida na origem para homologação da prisão em flagrante dos pacientes e conversão em preventiva, a controvérsia acerca da definição do juízo competente desencadeou notório excesso de prazo, a ser reconhecido de ofício, haja vista que, a despeito do transcurso de mais de 01 (um) mês desde a data da segregação, não constam informações acerca da conclusão do inquérito policial e, conseqüentemente, da apresentação de denúncia, o que, de todo modo, restaria inviabilizado até ulterior e definitiva decisão

sobre o conflito suscitado, perpetuando injustificadamente o tempo de ergástulo.

IV. Ademais, a conduta ensejadora do encarceramento dos acusados não revela expressiva gravidade que demande a imposição da medida mais gravosa, posto que os delitos imputados não foram praticados mediante emprego de violência ou grave ameaça contra pessoa, tampouco constam nas certidões de antecedentes outros processos criminais movidos em desfavor dos mesmos, o que denota a primariedade de ambos e a suficiência de medidas cautelares alternativas.

V. Ordem conhecida e concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Habeas Corpus Criminal nº 0801905-51.2023.8.10.0000, “unanimemente e de acordo com o parecer, adequado em banca, da Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal concedeu a ordem, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SEBASTIAO JOAQUIM LIMA BONFIM e FRANCISCO RONALDO MACIEL OLIVEIRA.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. MARIA LUIZA RIBEIRO MARTINS.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus com Pedido de Liminar, impetrado em favor de J. H. S. de S. e C. D. F. de B., contra ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Itapecuru-Mirim, no bojo do processo nº 0800354-86.2023.8.10.0048.

Alegou a impetrante que, em 31/01/2023, os pacientes foram presos em flagrante pela suposta prática dos crimes inculpidos nos arts. 171, 288, 299 e 304 (estelionato, associação criminosa, falsidade ideológica e uso de documento falso), todos do Código Penal, custódia posteriormente convertida em preventiva sob o pretexto de preservar a ordem pública e a instrução criminal.

Afirmou que o decreto prisional contém fundamentação inidônea, eis que ausentes os requisitos autorizadores da constrição de liberdade, notadamente porque os delitos imputados não foram cometidos mediante violência ou grave ameaça e por não se dedicarem os acusados à atividade criminosa.

Acrescentou inexistir qualquer indicação concreta de que, soltos, os autuados possam atentar contra a ordem pública, causar óbice à instrução criminal ou se evadirem do distrito da culpa, especialmente pelos predicados pessoais favoráveis ostentados por ambos (primariedade, residência fixa e ocupação lícita), ressaltando, de todo modo, a suficiência da aplicação de medidas cautelares menos gravosas.

Nessa esteira, requereu, liminarmente, a concessão da ordem para revogação da prisão dos pacientes, ainda que mediante fixação de cautelares alternativas, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Instruída a peça de ingresso com os documentos de ID 23237157 a ID 23507774.

Distribuído inicialmente ao Desembargador Sebastião Joaquim Lima Bonfim, identificou-se a prevenção do presente writ a outro anteriormente manejado em benefício de co-investigado, tombado sob o nº 0802011-13.2023.8.10.0000, ensejando a sua redistribuição a esta relatoria (ID 23314503).

Na petição de ID 23626169, a impetrante informou que a autoridade indigitada coatora declinou da competência para a Justiça Federal, que, todavia, suscitou conflito negativo de competência ao Superior Tribunal de Justiça.

Indeferido o pedido liminar e dispensada a requisição de informações à autoridade indigitada coatora, nos termos da decisão de ID 23642408.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Maria Luiza Ribeiro Martins opinou pelo não conhecimento do writ (ID 23842627).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, convém registrar que, após o manejo do vertente mandamus, a autoridade impetrada proferiu decisão no processo principal declinando da competência para o processamento e julgamento da demanda criminal à Justiça Federal, por entender evidenciado o interesse da União no feito, uma vez que os fatos se deram no interior de uma unidade lotérica, estabelecimento que atua na prestação de serviços delegados pela Caixa Econômica Federal, sendo a instituição financeira possivelmente afetada em seu patrimônio pelo eventual prejuízo ocasionado através da ação delituosa em exame.

Tal circunstância, em tese, ensejaria o não conhecimento do writ, como delimitado no parecer ministerial, uma vez que esta Corte Estadual não possui competência para examinar processo vinculado à Justiça Federal, no entanto, conforme noticiado pela impetrante e confirmado em consulta ao sistema PJE, o MM. Juiz da 2ª Vara Federal Criminal da SJMA suscitou conflito negativo de competência ao STJ, perdurando, portanto, a ordem de prisão emanada por Juiz Estadual.

Ademais, não se pode olvidar que, até o presente momento, sequer houve a conclusão do inquérito policial, de sorte que, com a devida vênia, não constato dos autos originários elementos que permitam concluir, com a segurança necessária, que a Caixa Econômica Federal sofreu lesão direta na espécie a possibilitar o deslocamento da competência, mas sim os particulares e a casa lotérica.

Nesse sentido, é assente no e. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ofensa a bens de interesse jurídico de concessionários e permissionários públicos, que é o caso das empresas lotéricas, não afeta diretamente bens e serviços de interesses do poder concedente, no caso a União, por uma de suas empresas públicas, a Caixa Econômica Federal, como exemplifica o precedente abaixo colacionado:

PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ROUBO CONTRA CASA LOTÉRICA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PERMISSONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO OU ENTIDADES FEDERAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PENAL.
1. O delito de roubo cometido contra casa lotérica, pessoa jurídica de direito privado permissionária de serviço público, atingido apenas o seu patrimônio, não tem o condão de atrair a competência

da Justiça Federal para o processo e julgamento da respectiva ação penal, por não lesar bens, serviços ou interesse da União. 2. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual (STJ - CC: 40771 SP 2003/0204765-5, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 27/04/2005, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 09.05.2005 p. 293)(grifou-se)

Tecidas tais considerações, por necessário, reputo não ser o caso de não conhecimento da presente ação constitucional, de sorte que, presentes os requisitos legais de admissibilidade, conheço da impetração, passando à análise do mérito.

No caso em apreço, infere-se do auto de prisão em flagrante que, em 31/01/2023, a equipe policial de Itapecuru-Mirim se deslocou à Lotérica Sucesso para apurar a notícia de que um mesmo indivíduo havia realizado vários saques alternados, apresentando contas e documentos diferentes.

Consta, ainda, que a guarnição abordou o suspeito R. de S. S. e, após revista pessoal, o mesmo relatou estar acompanhado por outros 02 (dois) comparsas, ora pacientes, os quais estariam em poder do valor sacado, bem como das demais cédulas de identidade e chips telefônicos, o que se confirmou ao serem todos localizados nas proximidades.

Por seu turno, ao receber a comunicação da captura dos autuados, o magistrado singular, em decisão datada de 02/02/2023, firmou a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva como forma de salvaguardar a ordem pública, evitando-se a reiteração criminosa, assim como por conveniência da instrução criminal.

Ocorre que, não obstante a fundamentação firmada na origem, a autoridade indigitada coatora posteriormente declinou da competência para o processamento e julgamento da demanda criminal à Justiça Federal, ao passo que o MM. Juiz da 2ª Vara Federal Criminal da SJMA também entendeu ser incompetente para tanto, suscitando, em 16/02/2023, conflito negativo de competência ao Superior Tribunal de Justiça, sobre o qual não há notícia sequer da distribuição.

Acresça-se a essa circunstância o notório excesso de prazo decorrente de tal controvérsia, a ser reconhecido ex officio, haja vista que, a despeito do transcurso de mais de 01 (um) mês desde a data da prisão, não constam informações acerca da conclusão do inquérito policial e, conseqüentemente, da apresentação de denúncia, o que, de todo modo, restaria inviabilizado até ulterior e definitiva decisão sobre o conflito suscitado, perpetuando injustificadamente o tempo de ergástulo.

A propósito, em situação semelhante à dos presentes autos, o e. Superior Tri-

bunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar corroborando o entendimento acima delineado:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 4. É direito do preso, acusado em processo penal, ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas, em conformidade com a Constituição da República (art. 5º, LXVIII) e com o Decreto n. 678/1992 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, item 5). 5. **Depreende-se dos documentos do feito que, desde o dia 4/8/2021, o paciente está preso sem que o Ministério Público tenha oferecido denúncia, em função de inúmeras decisões de declinação de competência. Além disso, o caso não apresenta maior complexidade - há um único denunciado em um caso de furto de um caminhão. Dos elementos dos autos, verifica-se que a delonga no processamento da demanda, sem nem sequer previsão para o início da instrução processual, não se deveu por ato da defesa.** (...) 7. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 695.684/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 12/4/2022)(grifou-se)*

Outro não é o entendimento desta egrégia Terceira Câmara Criminal a respeito do tema, como ilustra o recentíssimo julgado adiante transcrito, verbis:

*PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. REJEIÇÃO. REQUISITOS DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. RISCO À ORDEM PÚBLICA EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA DE FORMA JUSTIFICADA. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPERAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM. I – *Verifica-se que as condutas praticadas pela paciente se amoldam, em tese, aos crimes de uso de documento falso e falsa identidade (artigos 304 e 307 do Código Penal), diante da apresentação de documento público falsificado e atribuição de falsa identidade em agência bancária. Assim, atendida a exigência do art. 313, I, do Código de Processo Penal, pois ainda que se considerasse**

somente o crime de uso de documento falso, noto que esse possui pena cominada superior a 04 (quatro) anos (art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal). II – A paciente, além do presente feito, possui contra si outros dois registros criminais recentíssimos, todos envolvendo práticas de fraudes (ou tentativas de fraudes) contra instituições financeiras, perpetradas em cidades distintas, no curto espaço temporal de 1 (um) mês. Assim, resta demonstrada, de forma concreta, a periculosidade da paciente, diante da prática de crimes de forma habitual, assim como o risco concreto de reiteração delitiva, caso essa seja colocada em liberdade. Dessa forma, diante do risco concreto à ordem pública, é necessária a manutenção da prisão preventiva do paciente, na forma do Art. 312 do Código de Processo Penal. III – A não realização de audiência de custódia, além de ter sido devidamente justificada pela autoridade coatora, não nulifica, per se, a prisão preventiva, pois a posterior decretação da custódia cautelar torna superada a referida alegação nulidade, por constituir novo título, apto a justificar o encarceramento. Precedentes. IV – Em análise dos autos, constata-se que transcorreram quase 2 (dois) meses desde a prisão em flagrante da paciente, posteriormente convertida em preventiva. Ademais, conforme consulta ao sistema PJe, noto que o inquérito policial somente foi encerrado em 17/01/2013, não tendo a denúncia sido ofertada até o presente momento. V – Ademais, a inicial acusatória não foi apresentada em razão do Ministério Público de base ter se manifestado pela incompetência do juízo a quo para julgar o feito, tendo a autoridade coatora declinado da competência para a Justiça Federal, o que acarretará maior demora na formação da culpa da paciente. Constrangimento ilegal evidenciado. V – Concessão da ordem. (HC nº 0800191-56.2023.8.10.0000, Rel. Des. Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro, Terceira Câmara Criminal, Julgado em 27/02/2023)(grifou-se)

De mais a mais, ressalte-se que a conduta ensejadora do encarceramento dos acusados não revela expressiva gravidade que demande a imposição da medida mais gravosa, posto que os delitos imputados, a saber, estelionato, associação criminosa, falsidade ideológica e uso de documento falso, não foram praticados mediante emprego de violência ou grave ameaça contra pessoa, bem como que, em pesquisa aos sistemas PJE e SIISP, não há outros processos criminais movidos em desfavor dos mesmos, o que denota a primariedade de ambos.

Destarte, as peculiaridades do caso concreto demonstram a suficiência, adequação e proporcionalidade da imposição de medidas alternativas menos gravosas do que a prisão, sendo imperiosa a concessão da ordem.

Ante o exposto, e unanimemente e de acordo com o parecer, adequado em banca, da Procuradoria Geral de Justiça, **CONHEÇO** e **CONCEDO** a ordem de habeas corpus para substituir a prisão dos pacientes **J. H. S. de S.** e **C. D. F. de B.** por medidas cautelares alternativas, entre as quais, a obrigatoriedade de comparecer a todos os atos processuais para os quais forem intimados, manutenção de endereços atualizados nos autos, bem como outras que, eventualmente, a autoridade apontada como coatora entenda como pertinente.

Esta decisão servirá como Mandado e Alvará de Soltura, inclusive para o fim de serem os investigados imediatamente postos em liberdade, se por outro motivo não devam permanecer preso.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

nº 0800500-17.2022.8.10.0096

TEMAS ABORDADOS:

1. Crime de tráfico de drogas;
2. Definição e distinção das competências das polícias e das guardas municipais;
3. Ilícitude da atuação de guarda municipal para além de seu limite de atuação.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- As guardas municipais não foram elencadas no rol de órgãos responsáveis pela segurança pública e preservação da ordem, sendo a sua atividade voltada à proteção de bens, serviços e instalações do município. Inteligência do art. 144, da Constituição Federal de 1988.
- O art. 301, do Código de Processo Penal, somente legitima a qualquer pessoa efetuar os flagrantes visíveis de plano, e não aqueles em que necessária atividade investigativa, como a busca pessoal ou domiciliar.
- Pertence às polícias, e não às guardas municipais, a competência para patrulhar pontos de tráfico e realizar abordagens ou, ainda, investigar denúncias anônimas de crimes cuja prática não atinja de maneira direta os bens, serviços e instalações municipais, sendo ilícita a prova decorrente da abordagem efetuada por guardas para além de seu limite de atuação.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0800500-17.2022.8.10.0096

Sessão virtual de 27/02/23 a 06/03/23

Apelante: A. S. DE L. F.

Defensor Público: JORGE BRUNO BARBOSA DA SILVA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

Revisor: Desembargadora SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRELIMINARES DE INVALIDADE DA BUSCA POR INVASÃO DE DOMICÍLIO E DE ILICITUDE DA ATUAÇÃO DE GUARDA MUNICIPAL. ACOLHIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 144, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PRIVATIVA DA POLÍCIA. ILICITUDE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO. PREJUDICIALIDADE DO MÉRITO RECURSAL.

I. As guardas municipais não foram elencadas no rol de órgãos responsáveis por exercer a segurança pública e zelar pela preservação da ordem, sendo a sua atividade prioritariamente voltada à proteção de bens, serviços e instalações do município. Inteligência do art. 144, da Constituição Cidadã.

II. O art. 301, do Código de Processo Penal, somente legitima a qualquer pessoa efetuar os flagrantes visíveis de plano, e não aqueles em que necessária atividade invasiva de polícia ostensiva/investigativa, como a busca pessoal ou domiciliar.

III. Pertence às polícias, e não às guardas municipais, a competência para patrulhar pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens ou, ainda, investigar denúncias anônimas relacionadas à mercancia ilegal e outros delitos, cuja prática não atinja de maneira direta os bens, serviços e instalações municipais. Precedentes.

IV. É ilícita a prova decorrente da abordagem efetuada por guardas municipais para além de seu limite de atuação, de modo que o embasamento pertinente à materialidade dos fatos imputados pela denúncia

não deve ser admitido, máxime quando ausente prova decorrente de fonte independente daquela considerada ilícita que possa sustentar a condenação. Inteligência do art. 5º, LVI, da CF/88.

V. Preliminar acolhida. Prejudicado o mérito recursal, com a decretação da absolvição do apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Criminal nº 0800500-17.2022.8.10.0096, “unanimente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal deu provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”. Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM e SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. MARIA LUIZA RIBEIRO MARTINS. São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator
RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por A. S. de L. F. pugnando pela reforma da sentença de ID 20720665, proferida em audiência pelo MM Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Maracaçumé, que o condenou às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Conforme consta da inicial acusatória (ID 20720569), recebida em 09/05/2022, a partir de denúncias sobre intensa venda de drogas em uma casa situada no bairro da Mata, uma guarnição realizou diligências no referido local em 09/04/2022, ocasião em que agentes adentraram no imóvel e encontraram o acusado.

No momento da abordagem, o réu - que estava na companhia de outras duas pessoas - portava um pote contendo seis trouxinhas de maconha, fracionadas e acondicionadas em material plástico. Diante desse contexto, foi efetuada a prisão em flagrante do recorrente e sua condução à delegacia.

Realizada audiência de custódia, foi homologada a prisão em flagrante e decretada a prisão preventiva do réu (ID 20720560). A defesa impetrou habeas corpus em favor do acusado, sendo a liminar indeferida (ID 20720596 pág. 23).

Posteriormente, esse writ foi julgado prejudicado. Na audiência de instrução e julgamento (ID 20720636), realizou-se a oitiva de uma testemunha (sendo a outra dispensada) e o interrogatório do acusado pelo sistema audiovisual. Em seguida, foram oferecidas as alegações finais orais e proferida sentença em banca.

Da sentença, o réu interpôs apelação (ID 20720684), sustentando a preliminar de ilicitude da busca realizada na residência do acusado, notadamente em função da afronta à inviolabilidade de domicílio e pela ausência de atribuição da guarda municipal para promover a citada investigação.

No mérito, alegou que o entorpecente apreendido se destinava ao uso pessoal, destacando que não foi encontrado dinheiro em poder do réu. Subsidiariamente, pugnou pela aplicação do tráfico privilegiado, o qual não pode ser elidido por processo em andamento. Com base nessas razões, requereu o provimento do apelo, com a decretação, a priori, da absolvição do apelante. Caso não acolhido esse pleito, postulou a desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 28, da Lei de Drogas, ou, ainda, a aplicação da redutora atinente ao tráfico privilegiado.

Contrarrazões ao recurso ofertadas pelo Órgão Ministerial no ID 20720687, ensejo em que refutou a preliminar de ilicitude da prova. Quanto ao mérito, enfatizou o não cabimento da forma privilegiada do tráfico na espécie, porquanto “as

investigações e os depoimentos colhidos demonstram que o Apelante desenvolve atividade criminosa de forma reiterada compondo o polo passivo no Processo n.º 0801649-82.2021.8.10.0096, ou seja, não há como falar em aplicação de causa de diminuição da pena”. Após tecer outras considerações, requereu o desprovemento do apelo.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Regina Maria da Costa Leite manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso (ID 22614844).

É o relatório.

VOTO

DA PRELIMINAR DE ILICITUDE DAS PROVAS.

O recorrente, ao sustentar a ilegalidade da ação policial, destacou que o ingresso na casa do acusado ocorreu à margem de denúncia de cometimento de crime e sem qualquer autorização, culminando, assim, com a entrada arbitrária no local.

Outrossim, asseverou mácula insuperável originada do desvirtuamento da guarda municipal, eis que a sua abordagem e prisão foi efetuada por agentes dessa corporação.

Para uma análise pragmática dos temas suscitados em sede de preliminar, é necessária a inversão da ordem dos pontos invocados, pois o enfrentamento da questão atinente à ação de agentes da guarda municipal tornará prejudicado o exame das demais matérias.

Com efeito, analisando detidamente os autos, infere-se que no ID 20720555 pág. 4 repousa o auto de prisão em flagrante do acusado, que foi abordado e conduzido à delegacia por Jeferson Raposo Vieira, guarda municipal de Maracaçumé (matrícula 1.304/03). Por ocasião da prisão, o citado agente relatou em solo policial que, estando de plantão no alojamento da Guarda Municipal no dia do fato, recebeu denúncia de fluxo de pessoas consumindo e comercializando drogas em uma casa situada no bairro Lagoa da Mata, ensejo em que saiu em diligência com sua equipe.

Prosseguiu narrando que encontrou o apelante na companhia de outros três indivíduos, vindo a apreender no bolso de sua bermuda seis porções de maconha embaladas em plástico e dentro de um frasco, razão pela qual efetuou a prisão em flagrante e condução do acusado à delegacia.

Feito esse breve retrospecto, verifica-se que a preliminar suscitada pelo recor-

rente de ilicitude da prova reunida merece prosperar, eis que a abordagem e prisão do acusado efetuada por guarda municipal está dissociada da competência constitucional a ele conferida, o que contamina todo o procedimento daí decorrente.

Nessa toada, a recente jurisprudência do STJ revisitou o tema para endossar os limites do art. 144, da Lex Mater, que preceitua que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

No § 8º do dispositivo em apreço, consta a possibilidade de criação das guardas municipais, com os limites de sua atuação: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

À luz desses preceitos, sobressai que as guardas municipais não foram elencadas no rol de órgãos responsáveis por exercer a segurança pública e zelar pela preservação da ordem, os quais estão nos incisos I a V do art. 144, da Constituição Cidadã.

Do mesmo modo, o referido § 8º delimita expressamente a atuação das guardas municipais à proteção de seus bens, serviços e instalações, evidenciando, com nitidez solar, que não possuem a mesma amplitude de atuação das polícias.

À luz desses imperativos constitucionais, convém trazer à baila relevante precedente do STJ que, apreciando caso atinente a delito de tráfico de drogas, trouxe à tona a presente discussão, enumerando importantes fundamentos para a nulidade da prova ancorada em atuação ilegal de guarda municipal, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157 E 244 DO CPP. RECURSO PROVIDO. 1. A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras "polícias municipais", mas tão somente de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e insta-

lações. A exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte - apesar das investidas em contrário - por não incluir no texto constitucional nenhuma forma de polícia municipal. 2. Tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil - em contrapartida à possibilidade de exercerem a força pública e o monopólio estatal da violência - estão sujeitas a rígido controle correcional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF) e do Poder Judiciário (respectivamente da Justiça Militar e da Justiça Estadual). Já as guardas municipais - apesar da sua relevância - não estão sujeitas a nenhum controle correcional externo do Ministério Público nem do Poder Judiciário. É de ser ver com espanto, em um Estado Democrático de Direito, uma força pública imune a tais formas de fiscalização, a corroborar, mais uma vez, a decisão conscientemente tomada pelo Poder Constituinte originário quando restringiu as balizas de atuação das guardas municipais à vigilância do patrimônio municipal. 3. Não é preciso ser dotado de grande criatividade para imaginar - em um país com suas conhecidas mazelas estruturais e culturais - o potencial caótico de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo. Ora, se mesmo no modelo de policiamento sujeito a controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por eventuais abusos na atividade policial, é fácil identificar o exponencial aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros. 4. A exemplificar o patente desvirtuamento das guardas municipais na atualidade, cabe registrar que muitas delas estão alterando suas denominações para "Polícia Municipal". Ademais, inúmeros municípios pelo país afora - alguns até mesmo de porte bastante diminuto - estão equipando as suas guardas com fuzis, equipamentos de uso bélico, de alto poder letal e de uso exclusivo das Forças Armadas. 5. **A adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a fundada suspeita de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal, por-**

que não é a qualquer cidadão que é dada a possibilidade de avaliar a presença dele; isto é, não é a todo indivíduo que cabe definir se, naquela oportunidade, a suspeita era fundada ou não e, por consequência, proceder a uma abordagem seguida de revista. Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito. 6. Ao dispor no art. 301 do CPP que "qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito", o legislador, tendo em conta o princípio da auto-defesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes. 7. Da mesma forma que os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns. Trata-se de agentes públicos com atribuição sui generis de segurança, pois, embora não elencados no rol de incisos do art. 144, caput, da Constituição, estão inseridos § 8º de tal dispositivo; dentro, portanto, do Título V, Capítulo III, da Constituição, que trata da segurança pública em sentido lato. Assim, se por um lado não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro lado também não estão plenamente reduzidos à mera condição de "qualquer do povo"; são servidores públicos dotados do importante poder-dever de proteger patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações. 8. É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, de modo a garantir que não tenham sua estrutura física danificada ou subtraída por vândalos ou furtadores e, assim, permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. Nessa esteira, podem realizar patrulhamento preventivo na cida-

de, mas **sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias,** tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas. 9. **Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico** e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais. Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações absolutamente excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais. Vale dizer, **só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária.** 10. Na hipótese dos autos, os guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o recorrente sentado na calçada, o qual, ao avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Por desconfiar de tal conduta, decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no referido recipiente certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante delito. 11. Ainda que eventualmente se considerasse provável que a sacola ocultada pelo réu contivesse objetos ilícitos, **não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita e efetuar a busca pessoal no acusado. Caberia aos agentes municipais, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que realizassem a abordagem e revista do suspeito,** o que, por não haver sido feito, macula a validade da diligência por

violação do art. 244 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP, também contrariado na hipótese. 12 . Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.119/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.).

No corpo do voto desse precedente, o Min. Rogerio Schietti, em ampla digressão sobre o tema, pontuou o entendimento que vinha sendo perfilhado até então, inclusive no sentido de que qualquer do povo está apto a efetuar prisão em flagrante, a partir do art. 301 da Lei Adjetiva Penal. Porém, após explanar a origem histórica da guarda municipal e das polícias, e de observar que a jurisprudência não deve permanecer estática diante das novas realidades sociais que se desenham (com uma intensa e arbitrária militarização das guardas em diversos municípios), destacou a necessidade de revisitar o tema, em respeito aos limites impostos pela Lei Maior.

Em suas observações, o insigne Ministro pontuou:

Constata-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 – por opção político-democrática expressa do constituinte – não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras “Polícias Municipais”, mas tão somente de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

E tanto é assim que tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n. 275/2016, que “Dá nova redação ao § 8º do art. 144 da Constituição Federal de 1988, para incluir a guarda municipal entre os órgãos de segurança pública”, a evidenciar que, no modelo atual, essa entidade tem conformação constitucional distinta da que se lhe pretende atribuir. (...)

No tocante à realização de busca pessoal, certo é que esta colenda Sexta Turma tem decisões no sentido de que, presente fundada suspeita (justa causa), é válida a revista realizada por agentes da guarda municipal. Por essa razão, penso ser necessário aclarar e lapidar o entendimento da Corte sobre o tema, em especial à vista do cenário de expansão e militarização das guardas municipais (...).

Acerca desse ponto, bastante pertinente é a doutrina invocada pelo Ministro Relator, que ressalta a necessidade de controle externo dos órgãos de segurança pública, o que inexistente com relação às guardas municipais:

Como terceiro argumento, é a possibilidade das Guardas Municipais,

nos termos da Lei nº 13.022/2014, exercer o patrulhamento preventivo nas vias públicas (bens de uso comum) sem qualquer controle externo, ao contrário do que ocorre com os demais órgãos de segurança pública, conforme o art. 129, VII, da Constituição Federal. Como as Guardas não são consideradas “polícia”, suas ações nas vias públicas, salvo melhor juízo, não estarão sujeitas ao controle externo do Ministério Público. A lei ora em análise, pelo menos, não faz qualquer menção a respeito deste tema do controle externo pelo Ministério Público, o que poderá ser muito danoso à sociedade, pois municípios pequenos e longínquos serão dominados por milícias municipais que atuarão sem qualquer possibilidade fiscalizatória dos órgãos de controle externo, por expressa falta de disposição expressa. Trata-se de um tema de grande relevância e que acarretará consequências diretas à segurança pública brasileira. (VELASQUEZ, Douglas Pohlmann, A Inconstitucionalidade Material da Lei nº 13.022/2014 – Estatuto Geral das Guardas Municipais. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 10, n. 111, mar. 2015, p. 82, destaqui).

Ao final, remetendo à teoria dos frutos da árvore envenenada - fruits of the poisonous tree doctrine -, considerou ilícita a prova assim alcançada, promovendo a absolvição do réu no caso submetido a julgamento.

Essa linha, inclusive, vem sendo seguida no âmbito da citada Corte Superior em outros julgamentos, como se observa dos arestos a seguir colacionados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. PRISÃO EFETUADA APÓS ATOS INVESTIGATIVOS REALIZADOS POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. PRECEDENTES DO STJ. BUSCA PESSOAL. INOBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Recentemente, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.119/SP, em 16/8/2022, da relatoria do e. Ministro Rogério Schietti Cruz, propôs criteriosa análise sobre a

atuação das guardas municipais e apresentou como conclusão, entre outras, que somente é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), **relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil** para combate da criminalidade urbana ordinária. Assim, somente em situações absolutamente excepcionais a guarda pode realizar a abordagem de pessoas e a busca pessoal, quando a ação se mostrar diretamente relacionada à finalidade da corporação. 2. Na hipótese, constatase a ilegalidade da atuação da Guarda Municipal, agindo como se fosse polícia investigativa e ostensiva, em **flagrante desrespeito às suas atribuições constitucionais**. Isso porque os guardas municipais, durante patrulhamento em local supostamente conhecido como ponto de tráfico de drogas (embora não se tenha notícia de equipamento ou serviço municipal a ser resguardado na região), seguiram o paciente apenas pelo fato de que ele começou a correr e, efetuada a busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado. Após a abordagem, um dos guardas promoveu buscas na área e encontrou pequenas porções de drogas que teriam sido dispensadas pelo suspeito durante a fuga. Portanto, não se vislumbra sequer a presença de fundada suspeita a ensejar eventual abordagem policial, tampouco situação absolutamente excepcional a legitimar a atuação dos guardas municipais, porquanto não demonstrada concretamente a existência de relação clara, direta e imediata com a proteção do patrimônio municipal. 3. Ressalta-se, ademais, que a busca pessoal está apoiada apenas na genérica descrição de "atitude suspeita" do paciente, que teria empreendido fuga ao avistar os guardas municipais, de maneira que não foram apontados elementos concretos de fundada suspeita de que o averiguado estaria na posse de arma ou objetos ilícitos, conforme exige o art. 244 do Código de Processo Penal. 4. Assim, tendo em vista que a situação de flagrante delito só foi descoberta após a realização de diligências ostensivas e investigativas típicas da atividade policial e completamente alheias às atribuições da guarda municipal, o reconhecimento da ilicitude das

provas colhidas com base nessas medidas e todas as que delas derivaram é medida que se impõe. 5. Agravo regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 771.705/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL. GUARDA MUNICIPAL. ILICITUDE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Nos termos do art. 240, § 2º, do CPP, para a realização de busca pessoal é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. 2. Verifica-se dos autos que os "guardas municipais realizavam ronda quando se depararam com o acusado, que correu assim que os viu, fato que levantou suspeita e motivou a abordagem". Foi então realizada a abordagem do acusado em local público, e, na busca pessoal, foi localizada em seu poder "uma sacola que continha 60 porções de maconha e 58 de cocaína". 3. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, quanto à realização de busca pessoal, o próprio § 2º do art. 240 do CPP consagra que é necessária a presença de fundada suspeita para que esteja autorizada a medida invasiva, estando ausente de razoabilidade considerar que o fato de ter o agente, ao avistar os guardas em via pública, aparentando nervosismo ou corrido, enquadre-se na excepcionalidade da revista pessoal ocorrida em seguida. 4. **Sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida, e mesmo pela falta de atribuições dos guardas municipais para a busca, deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova,** devendo ser o paciente absolvido da imputação constante na denúncia. 5. Concessão do habeas corpus. Absolvição do paciente da imputação constante na denúncia. Expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. (HC n. 704.964/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.).

Volviendo-se ao caso em tela, o auto de prisão em flagrante anexado aos autos,

conjugado com os depoimentos das fases investigativa e judicial da testemunha Jeferson Raposo (guarda municipal que abordou o acusado), revelam que o agente municipal efetuou tarefa investigativa e ostensiva, irrogando-se no mister de atuar como se policial fosse.

E aos guardas municipais, como visto, não é permitido tal nível de atuação, vez que a atribuição, consistente na preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, está reservada às polícias federal, militar, civil e corpo de bombeiros, como verificado a partir do disposto no art. 144 da CF/88, mencionado alhures.

Nesse passo, forçoso concluir pela ilegalidade da ação dos guardas municipais, órgão público que não compõe a polícia judiciária, única competente para patrulhamento com vistas a inibir e averiguar notícias de suposta prática delitiva, bem como para abordar, revistar e prender pessoas que estejam em atitudes suspeitas.

Oportuna seria a comunicação do fato para a polícia competente, vez que, no crime de tráfico, o estado de flagrância se perpetua enquanto durar a conduta típica. No presente caso, conquanto os guardas municipais tenham apreendido pequena quantidade de maconha em poder do acusado, conforme acima exposto, restou evidenciada a ilicitude da conduta dos agentes, contaminando a prova colhida nessas circunstâncias.

É ilícita, portanto, a prova assim obtida, de modo que o embasamento pertinente à materialidade dos fatos imputados pela peça incoativa não merece ser admitido (art. 5º, LVI, CF/88).

Forçoso reconhecer, ademais, que inexistente prova decorrente de fonte independente daquela considerada ilícita que possa sustentar o édito condenatório em desfavor do acusado. Via de consequência, o acolhimento da preliminar suscitada pela defesa torna prejudicada as demais matérias do apelo, dando ensejo à absolvição do recorrente, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Face ao presente julgamento, deve ser expedido em favor do acusado o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, o que melhor será avaliado pelo juízo de Primeiro Grau.

CONCLUSÃO

A partir de um exame global do processado, é oportuno registrar que, caso a matéria preliminar restasse vencida - o que se cogita apenas por amor ao debate -, o mérito do apelo conduziria à desclassificação da conduta para o tipo previsto

no art. 28, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a singela quantidade de maconha apreendida (cerca de seis gramas, conforme laudo de ID 20720582) e a ausência de apreensão de dinheiro ou petrechos típicos da mercancia com o réu, sendo o entorpecente dos menos deletérios à saúde humana.

Noutro giro, em decorrência do acolhimento da preliminar acima enfrentada - que culmina com a absolvição do acusado - exsurge a integral divergência com a manifestação exarada pela Procuradoria Geral de Justiça, porquanto a cota ministerial opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso, em sentido diverso do manifestado por este Relator.

Ante o exposto, e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto para, acolhendo a preliminar de nulidade da prova, absolver o recorrente, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame do mérito.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

Nº 0812186-03.2022.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Preenchimento dos requisitos para o recebimento da denúncia (art. 41, CPP);
2. Não exigência da entrega ou aceitação da vantagem indevida para a configuração do crime de corrupção ativa;
3. Coexistência dos crimes de corrupção passiva e ativa de forma autônoma;
4. Possibilidade de prática do crime previsto no art. 333, CP por interposta pessoa (intermediário).

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Afasta-se a tese de inépcia quando a denúncia descreve o fato delituoso com todas as suas circunstâncias, além de indicar os agentes e a classificação do crime.
- Para a configuração do crime de corrupção ativa basta o oferecimento de vantagem indevida a servidor público, ainda que de forma indireta, sendo irrelevante a entrega ou aceitação da oferta, por se tratar de crime formal.
- Os crimes de corrupção ativa e passiva são autônomos, podendo coexistir de forma independente, com cada agente respondendo pela conduta praticada isoladamente.
- Não acolhida a tese de atipicidade do crime de corrupção ativa, considerando que os agentes aderiram à conduta do agente corruptor, como intermediários, devendo responder como coautores ou partícipes.

**EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0812186-
03.2022.8.10.0000**

1º Embargantes : A.Y. e R.A.L.

Advogados : TRACY REINALDET – OAB/PR 56300, GIOVANNI DINIZ – OAB/PR 103541 e MATTEUS MACEDO – PR83616

2º Embargante : A.N.F

Advogadas: JOYCE ROYSEN – OAB/SP 89038, PALOMA DE MOURA SOUZA – OAB/SP390943, DENISE NUNES GARCIA – OAB/SP 101367 e LAURA RICCA HUMBERG – OAB/SP 228074-E

Relator: Des. GERVÁSIO Protásio dos SANTOS Júnior

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. APELAÇÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROVIDA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. TESES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, ATIPICIDADE DA CONDOTA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO. IMPROVIMENTO DOS EMBARGOS.

Preenchidos os requisitos do art. 41, do CPP no que se refere à descrição do fato delituoso com todas as suas circunstâncias, além da indicação dos agentes e a classificação do crime, afasta-se a alegação de inépcia de denúncia formulada em favor dos embargantes.

O crime de corrupção ativa (art. 333, do CP) configura-se com o oferecimento de vantagem indevida a servidor público, ainda que de forma indireta, sendo irrelevante a entrega ou aceitação da oferta, por se tratar de crime formal. Nesse sentido, revela-se incabível a tese de que o crime de corrupção ativa demandaria a prática de ato de ofício por parte do servidor público ou mesmo nexos com a prática do crime na modalidade passiva. Os crimes de corrupção ativa e passiva são autônomos, podendo coexistir de forma independente, com cada agente respondendo pela conduta praticada isoladamente.

A utilização de verbos que não sejam idênticos aos núcleos do tipo incriminador, não enseja, por si só, o reconhecimento da tese de atipicidade da conduta, quando da leitura e interpretação da denúncia se

extraí a conclusão quanto ao enquadramento legal do crime imputado (art. 333, do CP).

Afasta-se a tese de atipicidade do crime de corrupção ativa por imputação de fatos posteriores ao exaurimento do referido delito (*post factum* impunível), considerando que os embargantes supostamente aderiram à conduta do agente corruptor, como intermediários, devendo responder como coautores ou partícipes do delito em comento. Precedentes. Extraí-se dos autos a presença de suporte probatório suficiente para embasar a denúncia quanto ao crime de corrupção ativa imputado aos embargantes, em especial os depoimentos colhidos na fase pré-processual, aliados às informações obtidas junto aos órgãos públicos envolvidos na investigação (TJMA e Secretaria de Estado de Transparência e Controle), os quais dão conta do oferecimento e entrega de vantagem indevida para viabilização de acordo para pagamento de precatório, em prejuízo ao erário estadual. Tese de ausência de justa causa para a denúncia rejeitada.

Embargos Infringentes e de Nulidade conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos Embargos Infringentes nº 0812186-03.2022.8.10.0000, “unanimente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, as Câmaras Criminais Reunidas conheceram e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO (REVISORA), ALEXANDRE LOPES DE ABREU (CONVOCADO PARA COMPOR QUÓRUM), SEBASTIAO JOAQUIM LIMA BONFIM, FRANCISCO RONALDO MACIEL OLIVEIRA, ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAUJO e JOSE JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. SELENE COELHO DE LACERDA.

São Luís (MA), data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos SANTOS Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Tratam-se de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos por A.Y., R.A.L. e A.N.F. contra acórdão constante no ID 17949990 - Pág. 176/220 que, por maioria e, em parcial acordo com o parecer da PGJ, deu provimento parcial ao recurso de Apelação Criminal nº 0005567-34.2015.8.10.0001, para manter a absolvição de Helena Cavalcanti Haickel e Roseana Sarney, e reformou a decisão tão somente em relação aos demais recorridos, os acusados R.A.L., A.Y., A.N.F. Marco Antônio e J.A., prosseguindo-se à ação penal quanto a eles somente em relação aos crimes de corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 333, ambos do CP), nos termos do voto do Des. José Luiz Oliveira de Almeida, vencido o relator, Des. José Bernardo Rodrigues, que votou pelo improvimento in totum do apelo ministerial.

Em suas razões recursais (ID 17949465 - Pág. 19/23 e ID 17949467 - Pág. 1/9), os primeiros embargantes (A.Y. e R.A.L. Lopez) pugnam pela prevalência do voto vencido, no sentido de manter inalterada a sentença que os absolveu sumariamente de todos os delitos imputados na denúncia, afastando, em consequência, a determinação de continuidade quanto ao delito de corrupção ativa.

Quanto ao embargante A. Y., sustentam os patronos a prevalência do entendimento minoritário, no que se refere à tese de atipicidade da conduta, sob o fundamento de que *a configuração típica dos delitos de corrupção ativa ou passiva, demanda-se que a vantagem indevida esteja relacionada a ato de ofício que pertença à esfera de atribuições do funcionário público envolvido (...)*, por conseguinte, afirmam que os atos funcionais que ensejaram a imputação - intermediar a negociação de um precatório – estariam fora da alçada do servidor apontado como corrompido - J.A. (Chefe da Casa Civil, à época dos fatos) - , inclusive inexistindo qualquer ato praticado por ele no processo administrativo nº 0225867/2013.

Acrescentam que, ainda que o referido embargante eventualmente tenha tentado corromper funcionário público para agir em seu favor ou em favor de terceiro, na hipótese estaria configurado crime impossível, ante a impossibilidade de o servidor atender os desejos do particular, no sentido de desvirtuar o ato de ofício que estaria fora de sua competência, não havendo sequer relação causal entre a vantagem em tese oferecida pelo embargante e as atribuições de J.A., razão pela qual deve ser mantida a absolvição, de acordo com o voto vencido.

Ainda quanto à suscitada atipicidade da conduta, aduzem que o voto divergente deve prevalecer no sentido de não ser possível a aplicação da teoria monista do concurso de pessoas (art. 29, do CP) quando se trata de crime de corrupção,

considerando que eventual hipótese de reconhecimento do crime de corrupção passiva perpetrado por J.A. não induz ao reconhecimento da prática de corrupção pelo embargante A.Y., seja na modalidade ativa ou na passiva, ou ainda, por “participação” ou “coautoria” no crime de corrupção passiva.

Encerra a defesa alegando a ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, ao argumento que o *Parquet não foi capaz de produzir provas ou elementos informativos fortes que viessem a apontar para a existência de materialidade e de autoria delitiva do embargante em relação ao crime imputado*, impondo-se, em consequência, *a absolvição sumária/rejeição da denúncia de A.Y. especificamente no que diz respeito ao crime de corrupção ativa*.

No que diz respeito ao embargante R.A.L., asseveram atípicas as condutas a si imputadas, sob a tese de que as ações de “movimentar” e “entregar” valores a J.A., expressas na exordial acusatória, não são contempladas no tipo penal (art. 333, do CP) sendo incabível uma *ampliação dos significados existentes nos verbos nucleares do tipo penal*, consoante delineado no voto vencido.

Ressaltam que inexistem indicativos de que o embargante sabia se tratar do pagamento de propina ou de que teria negociado ou determinado a prática de ato de ofício por parte do agente público, não sendo comprovada a sua participação no acerto – formalização de acordo no precatório -, de acordo com depoimento de colaborador e do próprio investigado.

Argumentam que a ação do embargante tampouco pode ser configurada como exaurimento do crime de corrupção ativa, o qual se consuma no momento da oferta ou promessa indevida ao funcionário público e não com a ação atípica da entrega feita *a posteriori*, sendo forçoso concluir pela ausência de participação na formulação e consumação do delito e, em consequência, pela manutenção da absolvição sumária.

Por derradeiro, suscitam a inépcia da denúncia em face do referido embargante, ante a ausência de descrição das condutas tidas como ilícitas, limitando-se a afirmar que ele teria sido responsável pela entrega dos valores a J.A., sem, contudo, fornecer todas as circunstâncias do fato imputado.

Com esses argumentos requer o recebimento e processamento dos presentes Embargos Infringentes e, no mérito, o seu provimento, para que prevaleça o voto divergente do Desembargador José Bernardo Rodrigues, que entendeu pela total improcedência do recurso de apelação, mantendo a absolvição sumária dos embargantes A.Y. e R.A.L. Lopez.

Por sua vez, em suas razões recursais, o segundo embargante (A.N.F) sustenta a

inépcia da denúncia, a ausência de justa causa e a atipicidade da conduta.

No tocante à primeira tese – inépcia da inicial acusatória, alega que a denúncia não descreve de maneira *clara e precisa de que forma o embargante teria concorrido para prática da infração, com todas as suas circunstâncias, nos termos do artigo 41, do Código de Processo Penal.*

Afirma que em momento algum a peça da acusação descreveu as condutas do art. 333, do CP em face do embargante, diferentemente do que se observa quanto aos acusados A.Y. e João Guilherme de Abreu, na medida que quanto a estes foi imputada a conduta de oferecer e aceitar, enquanto ao recorrente foram atribuídas as ações de “entregar” e “movimentar” valores, que não integram o núcleo do tipo penal em questão.

Prossegue sustentando a ausência de justa causa para a persecução penal, em virtude da fragilidade do lastro probatório que embasa a inicial, consubstanciado em trechos de vídeos coletados das câmeras do hotel que não revelam o transporte de valores, bem como de informações das empresas aéreas ou de colaboradores relatando que o embargante usava meias de compressão para transportar valores ilícitos.

Pontua que embora tivesse realizado as viagens juntamente como o corréu R.A.L., não sabia das tratativas entre seu chefe A.Y. e de seu companheiro de viagem com agentes públicos do Estado do Maranhão, posto que apenas exercia a função de motorista do mencionado corréu e cumpria suas atividades a mando, tanto que foi absolvido pelo então Juiz Sérgio Moro, nos autos da Ação Penal nº 508325-829.2014.4.04.7000/PR, sendo esta decisão mantida pelo TRF da 4ª Região, dada a insubsistência das provas trazidas pela acusação.

Esclarece que a ausência de prova ou elemento indiciário das condutas imputadas, assim como a inexistência de vínculo subjetivo com os fatos ou com os supostos autores, configura infração ao art. 41, do CPP e enseja a rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, I e III, do mesmo diploma legal.

Em conclusão, alega a atipicidade da conduta sob os mesmos argumentos do embargante R.A.L., no tocante a ausência de previsão das condutas “entregar” e “transportar” dentre os núcleos do tipo descrito no art. 333, do CP, bem como no que se refere à participação do embargante quando já exaurido o crime de corrupção ativa, ao entendimento de que se trata de post factum impunível.

Requer, nestes termos, o acolhimento integral do voto divergente, a fim de rejeitar a denúncia ante a evidente inépcia, mantendo-se a absolvição sumária do embargante, nos termos do art. 397, III, CPP.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou manifestação quanto aos Embar-

gos Infringentes opostos por A.N.F no Id 17949465 - Págs. 4/16 e quanto aos embargos de A.Y. e R.A.L., no Id 17949465 - Pág. 19/23 e Id 17949467 - Pág. 1/9, opinando pelo conhecimento e rejeição dos recursos para manter o acórdão que reformou a sentença de primeiro grau e determinou o prosseguimento da ação penal em relação aos embargantes.

Os autos foram redistribuídos ao Desembargador Francisco Ronaldo Maciel Oliveira, em razão da declaração de suspeição, por motivo de foro íntimo do relator originário, Des. José Luiz Oliveira de Almeida (Id 15008935 - Pág. 1).

Admitido o recurso (Id 17949458 - Pág. 4), os autos foram distribuídos a esta relatoria.

É o Relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os embargos opostos.

Superada tal análise, cumpre ressaltar que a controvérsia em exame restringe-se às teses de inépcia da denúncia, atipicidade da conduta e ausência de justa causa, as quais restaram afastadas quanto ao crime de corrupção ativa, pelo Desembargador Relator para o acórdão, em relação aos ora embargantes.

Inicialmente, para esclarecimento da matéria, cumpre transcrever trechos da peça acusatória impugnada:

“Consta no incluso Inquérito Policial, nos quais arrima-se a presente DENÚNCIA, que os denunciados acima qualificados praticaram condutas descritas nos artigos 333 e 317 do Código Penal, ao oferecerem e movimentarem, os quatro primeiros, propinas a J.A., no valor de. R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), destinadas ao pagamento de um crédito, por parte do Estado do Maranhão, no valor de R\$113.366.859,84 (cento e treze milhões, trezentos e sessenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e quatro centavos) em favor da empresa de construção civil UTC/ CONSTRAN, ocorrido no ano de 2014, nesta urbe.

A priori, impende consignar que os fatos que articularam a presente DENÚNCIA, originaram-se da «OPERAÇÃO LAVA JATO», na esfera federal, visando a apuração de condutas ilegais de desvios de recursos públicos, por meio de contratos superfaturados entre empresas diversas, e da qual deu ensejo a diversas delações premiadas e abertura de inquéritos

policiais. Nessa linha, em meio a diversos depoimentos prestados nos procedimentos da «Operação LAVA JATO», ficou registrado o pagamento de propina, por A.Y., no valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) para agentes públicos do Estado do Maranhão, para que fosse viabilizado o pagamento de um precatório em favor da construtora UTC/CONSTRAN, de R\$113.366.859,84.

(...)Nesse sentido, e tentando viabilizar o pagamento dos precatórios, a título de propina, A.Y., MARCO ANTÔNIO DE CAMPOS ZIEGERT, R.A.L. LOPEZ e A.N.F, movimentaram o valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) ao então Chefe da Casa Civil do Governo do Estado do Maranhão, JOÃO GUILHERME DE ABREU, que, frise-se, deixou de exercer a função pública que lhe assegurava a prerrogativa de ter sua ação movida perante o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Segundo consta nos autos, A.Y., mega empresário atuante no mercado financeiro e imobiliário, foi apresentado a JOÃO GUILHERME DE ABREU por MARCO ANTÔNIO DE CAMPOS ZIEGERT, que, após diversas tratativas pessoais - ofuscadas com a suposta sociedade ao Shopping Jaracaty por parte de YOUSSEF, do qual JOÃO GUILHERME DE ABREU consta como um dos sócios -, ofereceu o valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) a J.A. para que os precatórios da UTC/CONSTRAN tivessem urna rápida solução, tendo este solicitado mais um milhão de reais, negado pelo denunciado A.Y., pois, necessário seria, ainda, o pagamento do percentual devido a MARCOS ANTÔNIO, vulgo «MARCÃO», intermediário na ligação entre os demais.

Nesse sentido, J.A. solicitou, por intermédio do Secretário JOÃO BERNARDO BRINGEL, junto à Secretaria de Planejamento, nota técnica que demonstrasse a economia do contrato para o Estado na questão do parcelamento dos precatórios, que a constar dos autos, encontra-se registrado sob o número 049/2013 SAF/SEPLAN.

Nessa senda, dada a economia para o Estado ante a nota técnica, foram os precatórios retirados da lista cronológica, homologado pela Justiça após autorização do governo do Estado do Maranhão, para parcelamento devido. Ocorreu que, consoante mencionado alhures, nessas tratativas pessoais entre A.Y. e JOÃO GUILHERME DE ABREU, intermediadas por MARCO ANTÔNIO DE CAMPOS ZIEGERT, o primeiro ofereceu ao ex-chefe da Casa Civil o valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais)

em propinas, para viabilização dos precatórios, aceitas por este. Nesse ínterim, a dupla R.A.L. LOPEZ e A.N.F foram os responsáveis pela entrega dos citados valores a JOÃO GUILHERME, para tanto, utilizavam meias de intensa compressão, por meio do qual acondicionavam notas de R\$100,00 (cem reais) e assim, realizavam viagens destinadas a esse fim, entregando-os diretamente a J.A..

Dos autos, consta termos de interrogatório de A.Y. informando tais afirmações acima expostas (termos de fls.901), bem como foi toda a ação minuciosamente relatada por R.A.L. (termos de fls.935), acrescentando que esteve ao menos 02 (duas) vezes na cidade de São Luís para esse fim, entregando-os diretamente ao ex-chefe da Casa Civil no interior do palácio dos Leões.

Registre-se, em autos investigatórios, constam informações fornecidas pelas companhias aéreas às indicando que ADARICO e RAFAEL realizaram viagens a esta urbe, partindo de São Paulo/SP, no dia 24 de fevereiro de 2014, com retorno no dia seguinte, pelos voos G1400/G31912;G31135/G32035, bem como no dia 07 de março do corrente ano ocorreu nova viagem de ADARICO, pelos voos G31400/G31912, todos pela empresa GOL. Ainda, pela empresa TAM, esta informou que MARCO ANTÔNIO ZIEGERT esteve presente em vôo no dia 18 de março de 2014 (JJ3181), bem como R.A.L. LOPEZ, nos dias 03 e 08 de março de 2014 (JJ3552/JJ3321), e ADARICO, no dia 08 de março de 2014, no vôo JJ3321, demonstrando a veracidade dos fatos aqui expostos. Frise-se, para a viabilização desses encontros, realizados no Palácio dos Leões, R.A.L. e A.N.F identificavam-se como pessoas que ali estavam para se «encontrar com ABREU «por parte do PRIMO», codinome este utilizado por A.Y., consoante se pode verificar dos autos e sua verossimilhança às declarações que ali consta e relatórios de quebra de sigilo telefônico, indicando que «Primo» e Youssef tratam da mesma pessoa - fls.259.

Ainda, resta anotar, que o liame entre os denunciados se tornou evidente, nos termos a seguir destacados: No dia 13 de setembro de 2014, os denunciados A.Y. e MARCO ANTÔNIO, hospedaram-se em um hotel ludovicense denominado «HOTEL LUZEIROS», em quartos separados, estando o primeiro na posse de uma caixa amadeirada, contendo em seu interior três vinhos da marca Vega Scicilia e uma mala (ut fls Auto de Apresentação e Apreensão de fls.1054), e o segundo também na posse de

mala e mochila. Todavia, ante o recebimento de uma ligação oriunda da Polícia Federal em Curitiba/PR que o investigava, em seu apartamento, tentando obter sua localização, aquele primeiro, ao detectar a origem, direcionou-se ao quarto do seu comparsa, «MARCÃO», entregando-lhe a mala na qual continha verba de propina, solicitando que o mesmo a entregasse a J.A., pois logo seria acautelado.

(...) Em termos de fls. 859, em declarações prestadas pela Polícia Federal, e posteriormente interrogatório à Polícia Civil (fls.925), informou que confessou ter intermediado contatos entre A.Y. e MARCO ANTONIO ZIEGERT, todavia, assegurando que para tratativas de investimentos no Shopping Jaracaty, no qual J.A. configura como sócio proprietário, e local onde supostamente A.Y. intencionava investir. Acrescentou ainda, que das reuniões realizadas na Casa Civil, onde estava presente, também foram alvo de discussões a criação de um fundo de investimento para facilitação na questão dos Precatórios, bem como confessou que, na data da prisão de A.Y., de fato deixou uma garrafa de vinhos, presente de YOUSSEF a J.A., na portaria do hotel, levando, a seguir e pessoalmente, uma mala que estaria lacrada, onde imaginava conter plantas e documentação referente a um projeto em shopping center.

A.Y., em termos de interrogatório às fls. 901, confessou a autoria delitiva, informando às fls. 902, que ofereceu o valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) a J.A., e este, ao receber a proposta, pediu mais R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) além do valor oferecido, negado pelo denunciado YOUSSEF, sob a justificativa de entregar uma porcentagem a MARCO ANTONIO ZIEGERT, vulgo «Marcão», e cujo pagamento ao mesmo seria conforme recebesse sua comissão da CONS-TRAN; nessa linha, informou que a primeira parcela foi no valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), levada por A.N.F e R.A.L. LOPEZ a São Luís/MA e cujas informações da chegada dos emissários eram repassadas diretamente a J.A..

A.N.F, em termo de fls.919, confessou a autoria delitiva, ao informar que possui ligação com A.Y., e que realizou viagens a São Luís/MA em duas ocasiões, uma ocorrida no final do ano 2013, e outra no começo de 2014. Informou ainda que acompanhava R.A.L. LOPEZ, todavia, que não sabia das negociatas dos demais envolvidos, e que permanecia a todo instante no Hotel, apenas acompanhando seu parceiro. Acrescentou, por

fim, que não levava dinheiro em seu corpo, nem ter informações se R.A.L. LOPEZ o fazia.

R.A.L. LOPEZ, ao contrário, em termos de interrogatório de fls.935, informou que realizou três viagens a esta urbe, de modo que sabia que as viagens realizadas a mando de A.Y. envolviam a movimentação de dinheiro, os quais eram envolvidas em seu corpo em papel filme de alimentos, as quais eram envolvidas em suas pernas, cada uma comportando R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), em notas de R\$100,00 (cem reais), envolvidas com meias de futebol, e entregues a J.A. no Palácio dos Leões, pessoalmente. Por fim, informou que em uma das ocasiões, foi acompanhado de A.N.F, que, também, levava em seu corpo a quantia de R\$300.00,00 (trezentos mil reais), totalizando, assim, R\$600.000,00 (seiscentos mil reais).

Frise-se, tais ligações entre RAFAEL e ADARICO, foram confirmadas pela testemunha LEONARDO MEIRELLES, que em termos de declarações de fls.916, informou que tinha conhecimento que aqueles levavam recursos a esta urbe presos em seu corpo, cujos papéis eram periféricos na negociata, e cuja ordem partia de A.Y., chegando este a informar à testemunha que o montante se destinava a pagamento de propina no Maranhão.”

Feito o registro, passa-se a examinar a regularidade da denúncia quanto ao crime previsto no art. 333, do CP, sob o enfoque do art. 41, do Código de Processo Penal, em cotejo com os votos condutor e divergente.

Nessa esteira, quanto à tese de inépcia da denúncia, os embargantes A.N.F e R.A.L. aduzem que a peça acusatória não descreve as condutas ilícitas supostamente praticadas por ambos, limitando-se a apresentar fatos e elementos genéricos, não preenchendo, em consequência, os requisitos legais para a sua admissibilidade, de acordo com o reproduzido nos seguintes excertos do voto vencido:

Como se sabe, ainda na fase inicial do processo penal, apresentadas as respostas à acusação (e as manifestações defensivas sobre o aditamento), o art. 397 do CPP, em seu inciso III, prevê a possibilidade de absolvição sumária dos acusados, quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, como na hipótese dos autos, em que o magistrado de primeiro grau, de forma bastante fundamentada, reconheceu a incidência desta situação, agregado à inépcia da exordial e do seu correspondente aditamento (art. 395, 1, CPP).

(...) Na espécie, a denúncia não descreveu a conduta de A.N.F, de R.A.L. Lopez e de Marco Antônio de Campos Ziegert de maneira que se amoldasse ao tipo penal previsto no art. 333 do CP, restringindo-se a imputar aos dois primeiros as condutas de levar e entregar dinheiro, e ao último, a de intermediar contatos. Além disso, a exordial não descreveu vínculo subjetivo entre estes três acusados e a suposta promessa ou oferta de vantagem indevida a J.A..

Entretanto, diversamente do afirmado, constata-se o preenchimento dos requisitos para admissão da denúncia, na medida que a referida peça expôs os fatos e circunstâncias que resultaram na imputação quanto ao crime de corrupção ativa em face dos embargantes Adarico e Rafael, ao passo que a participação destes na empreitada delituosa está descrita da seguinte forma:

*Ocorreu que, consoante mencionado alhures, nessas tratativas pessoais entre A.Y. e JOÃO GUILHERME DE ABREU, intermediadas por MARCO ANTÔNIO DE CAMPOS ZIEGERT, o primeiro ofereceu ao ex-chefe da Casa Civil o valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) em propinas, para viabilização dos precatórios, aceitas por este. **Nesse ínterim, a dupla R.A.L. LOPEZ e A.N.F foram os responsáveis pela entrega dos citados valores a JOÃO GUILHERME, para tanto, utilizavam meias de intensa compressão, por meio do qual acondicionavam notas de R\$100,00 (cem reais) e assim, realizavam viagens destinadas a esse fim, entregando-os diretamente a J.A.. (...) Registre-se, em autos investigatórios, constam informações fornecidas pelas companhias aéreas às indicando que ADARICO e RAFAEL realizaram viagens a esta urbe, partindo de São Paulo/SP, no dia 24 de fevereiro de 2014, com retorno no dia seguinte, pelos voos G1400/G31912;G31135/G32035, bem como no dia 07 de março do corrente ano ocorreu nova viagem de ADARICO, pelos voos G31400/G31912, todos pela empresa GOL. Ainda, pela empresa TAM, esta informou que MARCO ANTÔNIO ZIEGERT esteve presente em vôo no dia 18 de março de 2014 (JJ3181), bem como R.A.L. LOPEZ, nos dias 03 e 08 de março de 2014 (JJ3552/JJ3321), e ADARICO, no dia 08 de março de 2014, no vôo JJ3321, demonstrando a veracidade dos fatos aqui expostos. Frise-se, para a viabilização desses encontros, realizados no Palácio dos Leões, R.A.L. e A.N.F, identificavam-se como pessoas que ali estavam para***

se «encontrar com ABREU «por parte do PRIMO», codinome este utilizado por A.Y., consoante se pode verificar dos autos e sua verossimilhança às declarações que ali consta e relatórios de quebra de sigilo telefônico, indicando que «Primo» e Youssef tratam da mesma pessoa - fls.259. (...) R.A.L. LOPEZ, ao contrário, em termos de interrogatório de fls.935, informou que realizou três viagens a esta urbe, de modo que sabia que as viagens realizadas a mando de A.Y. envolviam a movimentação de dinheiro, os quais eram envolvidas em seu corpo em papel filme de alimentos, as quais eram envolvidas em suas pernas, cada uma comportando R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), em notas de R\$100,00 (cem reais), envolvidas com meias de futebol, e entregues a J.A. no Palácio dos Leões, pessoalmente. Por fim, informou que em uma das ocasiões, foi acompanhado de A.N.F, que, também, levava em seu corpo a quantia de R\$300.00,00 (trezentos mil reais), totalizando, assim, R\$600.000,00 (seiscentos mil reais). Frise-se, tais ligações entre RAFAEL e ADARICO, foram confirmadas pela testemunha LEONARDO MEIRELLES, que em termos de declarações de fls.916, informou que tinha conhecimento que aqueles levavam recursos a esta urbe presos em seu corpo(...)

Com efeito, extrai-se da denúncia a narrativa dos fatos atribuídos aos embargantes, assim como as circunstâncias inerentes à prática delituosa, como o *modus operandi*, datas e local em que realizado os fatos a si imputados, a motivação e resultado da conduta, uma vez que aos recorrentes é atribuída a conduta de, sob as ordens de A.Y., transportar entre as cidades de São Paulo/SP e São Luís/MA, vultosa quantia destinada ao pagamento de propina referente a liberação de precatório para, em seguida, entregá-la pessoalmente ao denunciado J.A., então chefe da casa Civil, no Palácio dos Leões, o que teria ocorrido em mais de uma oportunidade, entre os meses de janeiro e março de 2014, sendo que em uma delas os embargantes teriam levado consigo a quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) cada um, totalizando R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), em notas de R\$ 100,00 (cem reais), acondicionadas em meias de compressão, envolvidas em seus corpos.

Evidencia-se, dessa forma, o atendimento ao previsto no art. 41, do CPP, impondo-se o não acolhimento da tese de inépcia da denúncia formulada em favor dos embargantes R.A.L. e A.N.F, consoante o entendimento firmado pela Corte Superior de Justiça, no sentido de que *preenchidos os requisitos legais, afasta-se a alegação de inépcia da denúncia* (AgRg no RHC n. 148.430/SE, relator Mi-

nistro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 27/5/2022).

Assim, deve prevalecer a tese do voto vencedor que abordou a questão, nos seguintes termos:

Diante de tais premissas, os elementos probatórios reunidos nos autos dão conta, prima facie, de que os acusados agiram, sim, como coautores ou partícipes do delito de corrupção ativa. Nesse sentido, conforme destacamos no item 1 do presente decisum, há nos presentes autos fortes indícios de que os acusados A.N.F, R.A.L. Lopez e Marco Antônio Ziegert atuaram de modo a dar cumprimento à entrega do valor de três milhões de reais a J.A., Chefe da Casa Civil do Governo do Estado do Maranhão, à época, cientes, ao que tudo indica, de que se tratava de propina para formalização do acordo direto em precatório.

Prosseguindo, no que diz respeito a tese de atipicidade do crime de corrupção ativa formulada em favor dos embargantes A.Y., R.A.L. e A.N.F, necessária a apreciação da matéria de maneira

individualizada, de acordo com a conduta atribuída a cada um dos agentes na denúncia.

Nesse sentido, apontado como “agente corruptor”, o embargante A.Y. sustenta inicialmente a atipicidade da conduta, sob a alegação de que o suposto corrompido, Sr. J.A., não possuía competência para realizar a negociação dos precatórios, inclusive inexistindo ato praticado por ele no processo administrativo nº 0225867/2013. Argumenta, ademais, conquanto houvesse tentativa de suborno, na hipótese estaria caracterizada a prática de crime impossível, em razão da impossibilidade de o servidor público (J.A.) atender ao embargante, a fim de desvirtuar ato de ofício fora de suas atribuições, conforme restou consignado no decisum vencido que vindica prevalência, vejamos:

(...) No caso, nenhum dos atos efetivados no processo administrativo nº 0225867/2013, que originou o acordo entre o Estado do Maranhão e a empresa CONSTRAN acerca do pagamento do precatório, foi praticado pelo acusado J.A. (...)

Portanto, a denúncia não descreveu qual o ato praticado por J.A., inerente à sua função pública e contido no rol de atribuições como Secretário Chefe da Casa Civil do Governo do Maranhão, para fins de configuração da suposta corrupção. Não houve também a descri-

ção e indicação do nexo de causalidade entre a conduta do agente público J.A. e a realização de ato funcional de sua competência, em decorrência de vantagem tida por indevida e supostamente aceita.

Por outro lado, é necessário anotar que o próprio aditamento reconhece que «o réu João Guilherme de Abreu, na época auxiliar direto da então Governadora, não deliberou sobre o precatório» (fl. 1.793) e que «não há nenhuma evidência de que o acusado João Guilherme de Abreu seria o destinatário exclusivo da propina, visto que este não praticou o ato da contrapartida do recebimento desses valores» (fl. 1.794).

Ora, se a própria acusação aponta que o J.A. não deliberou sobre o precatório e nem praticou ato de contrapartida, resta claro que inexistiu conduta criminosa.

(...) Finalmente, quanto à imputação do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) a A.Y., está, como consequência, acaba por não se sustentar. É que, se o acusado J.A. não praticou corrupção passiva (art. 317 do CP), na medida em que não tinha atribuição para celebrar acordo extrajudicial ou judicial com a empresa CONSTRAN, consequentemente, o acusado A.Y. não cometeu corrupção ativa, já que não lhe era possível comprar vantagem indevida de quem não lhe poderia atender o anseio, como corretamente fundamentou o Juiz de primeiro grau. Logo, sua conduta é igualmente atípica, já que nos crimes de corrupção ativa e passiva, o acontecimento fenomênico é único, com cada agente praticando delito diverso, mas ligados por um liame de fato comum, consubstanciando uma exceção à teoria monista ou unitária.

Em contrapartida, ao afastar a tese de atipicidade em relação aos crimes de corrupção ativa e passiva supostamente cometidos por A.Y. e J.A., o Relator para o acórdão aduziu o seguinte:

O juiz de primeiro grau absolveu sumariamente o réu J.A. do crime de corrupção passiva, por entender que os atos supostamente desejados por A.Y. (viabilização do acordo para pagamento do precatório da UTC/Constran) não eram da competência do primeiro. Por consectário lógico, também absolveu A.Y., adotando a teoria monista, em relação aos crimes de corrupção ativa e passiva.

Em que pese o engenhoso raciocínio engendrado pelo juiz de primeiro grau, a decisão também deve ser reformada neste ponto.

Como se viu linhas acima, dois foram os fundamentos empregados na sen-

tença de absolvição sumária: solicitação, ao funcionário público, da prática de ato de ofício fora de sua competência e adoção da teoria monista, em relação aos crimes de corrupção ativa e passiva.

Sob o primeiro enfoque argumentativo, vale destacar que é assente, nos Tribunais Superiores, a orientação de que “a possibilidade de imputação de corrupção passiva a servidor público independe da existência de nexa causal entre a vantagem indevida a ele prometida e ato de ofício específico de sua competência”.

De fato, ainda que o codenunciado João Abreu não ostentasse competência ou atribuição para desvirtuar o ato de ofício, esta circunstância, por si só, não enseja o reconhecimento da atipicidade da conduta quanto ao crime de corrupção passiva.

Nesse contexto, a interpretação dada pela Corte Superior de Justiça ao crime de corrupção passiva sofreu ampliação, nos termos do voto da Ministra Laurita Vaz, proferido no REsp nº 1.745.410, fixando a tese que ***independe para a configuração do crime de corrupção passiva a existência de nexa causal entre a vantagem indevida ofertada ao servidor público e ato de ofício específico de sua competência.***

Infere-se, portanto, que o acórdão embargado está em conformidade com o posicionamento do Tribunal da Cidadania, impondo-se, como consequência, o não acolhimento da tese de que o codenunciado não possui competência para praticar o ato de ofício (negociação dos precatórios).

Como consectário lógico, cai por terra a pretensão de ver prevalecer o voto vencido, no que diz respeito a atipicidade do crime de corrupção ativa imputado ao embargante A.Y., fundada na arguição de configurado crime impossível, ante a impossibilidade de o servidor público atender a oferta do particular.

Noutro giro, ainda sobre o tema da atipicidade da conduta, sustenta o recorrente que embora eventualmente verificada a consumação do crime de corrupção passiva pelo denunciado J.A., isto não implicaria na configuração da prática de corrupção, seja na modalidade ativa, ou mesmo por “coautoria” ou “participação”, na modalidade passiva, em razão da inaplicabilidade da teoria monista do concurso de pessoas, prevista no art. 29, do CP.

Por sua vez, o acórdão impugnado concorda quanto à não incidência da teoria monista em relação aos crimes de corrupção (ativa e passiva) por se tratarem de delitos autônomos, contudo, enfatiza que tais crimes podem coexistir em determinadas circunstâncias, respondendo cada agente pela conduta que praticou. A propósito, cumpre destacar:

Em relação ao segundo aspecto teórico envolvendo os crimes de corrupção ativa e passiva, há de se ressaltar, neste particular, que, desde meu olhar, não incide a teoria monista ou unitária no tratamento desses delitos.

Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência pátrias, ao contrário do entendimento expendido na sentença absolutória, se orientam no sentido de que os crimes em comento são distintos e independentes.

A corroborar essa linha de compreensão, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, in litteris:

No crime de corrupção podem concorrer às modalidades ativa e passiva ou se apresentar somente uma delas, em determinadas circunstâncias específicas, designadamente quando a solicitação específica parte do funcionário. Entretanto, não importa que a solicitação ou sugestão aberta advenha do funcionário, não excluindo o tipo, dessa forma, a iniciativa do corrompido.

Destarte, conquanto reconhecida a impossibilidade de aplicação da teoria monista na vertente hipótese, para o reconhecimento do concurso de agentes nos delitos de corrupção, ainda remanesce a possibilidade de o embargante responder, isoladamente, pelo cometimento do crime de corrupção ativa, posto que, conforme acima registrado, se trata de delito autônomo.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

O delito de corrupção é unilateral, tanto que legalmente existem duas formas autônomas, conforme a qualidade do agente. A existência de crime de corrupção passiva não pressupõe necessariamente o de corrupção ativa (APn n. 224/SP, Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 26/4/2004).

De mais a mais, é cediço que para a configuração do crime em comento basta que o agente, de forma direta ou indireta, ofereça vantagem indevida a servidor público, sendo irrelevante a entrega ou aceitação da oferta, por se tratar de crime formal.

Seguindo essa linha de raciocínio, a exordial descreve que o embargante A.Y. ofereceu ao então Chefe da Casa Civil, J.A., o valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para que intermediasse a negociação do precatório da UTC/Constran, segundo esclareceu o Eminentíssimo Desembargador José Luiz de Oliveira Almeida, no voto vencedor:

Pois bem. A par dessas premissas dogmáticas - conquanto breves, porém, fundamentais -, observo que os dados probatórios já criteriosamente ana-

lisados no item 1 desta decisão fornecem sólidos indícios de que A.Y. ofereceu vantagem patrimonial indevida a J.A., chefe da Casa Civil à época, para que este atuasse em favor da negociação do citado precatório da UTC/Constran.

Nessa linha de intelecção, restou demonstrado que A.Y., inclusive, confessou, em seu depoimento na sede da DEIC/MA, ter dito para J.A. o seguinte “eu vou te dar de presente R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais)”, tendo J.A., na oportunidade, pedido mais um milhão, o que lhe foi negado, entretimentos.”

Conclui-se, portanto, que a conduta descrita na denúncia amolda-se ao tipo penal previsto no art. 333, do Código Penal - corrupção ativa -, não havendo se falar em atipicidade da conduta, seja por eventual carência de competência do servidor público para a realização do ato de ofício, ou por demandar relação de dependência os crimes de corrupção passiva atribuído a J.A. e de corrupção ativa imputado ao embargante.

Rechaçada a tese de atipicidade da conduta formulada em favor de A.Y., passa-se ao enfrentamento da alegação quanto aos demais embargantes.

Nessa esteira, R.A.L. e A.N.F sustentam a atipicidade do crime de corrupção ativa sob a idêntica tese de que as condutas descritas na exordial acusatória (entregar e movimentar) não fazem parte dos núcleos do tipo penal impugnado (art. 333, do CP), razão pela qual pretendem a manutenção da sentença absolutória, nos termos do voto vencido:

(...)Dois são os núcleos do tipo penal previsto no art. 333 do CP (corrupção ativa), quais sejam, OFERECER e PROMETER vantagem indevida, de modo que os verbos MOVIMENTAR, LEVAR, ENTREGAR ou INTERMEDIAR, por não terem previsão legal, afasta a sua configuração. Além disso, o tipo penal exige o dolo específico, que é o especial fim de agir, consistente em determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Na espécie, a denúncia não descreveu a conduta de A.N.F, de R.A.L. Lopez e de Marco Antônio de Campos Ziegert de maneira que se amoldasse ao tipo penal previsto no art. 333 do CP, restringindo-se a imputar aos dois primeiros as condutas de levar e entregar dinheiro, e ao último, a de intermediar contatos. Além disso, a exordial não descreveu vínculo subjetivo entre estes três acusados e a suposta promessa ou oferta de vantagem indevida a J.A..

As atividades de movimentar e entregar dinheiro a J.A., sem participação das supostas tratativas com o mesmo, por si só, não configuram corrupção ativa, daí porque não há que se falar na prática delitiva por parte de A.N.F e de R.A.L. Lopez.

Sucedeu que o Relator para o acórdão esclareceu que a mera interpretação dos verbos nucleares do tipo penal previsto no art. 333, do CP não enseja a absolvição sumária, se existem indícios do cometimento do delito em referência. A propósito, colaciono a respectiva conclusão:

Na sentença de absolvição sumária consta que A.N.F, R.A.L. Lopez e Marco António Ziegert teriam praticado a conduta de «movimentar ou entregar» propinas a J.A., o que, supostamente, não integraria o tipo penal de corrupção ativa, composto apenas dos verbos «oferecer» ou «prometer» vantagem indevida. (...)

Destarte, apesar do jogo de palavras empregado na sentença, a conduta do agente que entrega dinheiro a outrem, em circunstâncias indicativas de que sabe se tratar de pagamento de propina, amolda-se, em tese, à figura típica do art. 333, do CPB.(...). Desta forma, a argumentação em tomo de questões meramente semânticas na interpretação dos verbos nucleares do tipo penal do art. 333, do CPB, não se prestam para justificar a absolvição sumária dos referidos acusados, face a robustez dos elementos informativos constantes nos autos; sendo de rigor, portanto, a continuidade da ação penal pelo crime de corrupção ativa no que concerne aos indigitados.

Decerto que o emprego de termos similares ou sinônimos aos núcleos verbais incriminadores não pode ser desprezado se da interpretação deles resulta a configuração do tipo penal.

Nessa perspectiva, embora o órgão acusatório tenha empregado os verbos “movimentar” e “entregar”, chega-se à conclusão da leitura da inicial acusatória que os embargantes R.A.L. e A.N.F atuaram em conjunto com A.Y., a fim de dar viabilidade à negociação do precatório da UTC/Constran, sendo estes os responsáveis pela entrega dos valores destinados a propina. Desse modo, despicienda a utilização de termos *ipsis litteris* aos núcleos descritos no tipo legal para alcançar essa conclusão (indícios do cometimento do crime de corrupção ativa), o que impede o acolhimento da tese absolutória fundada neste argumento.

Por derradeiro, ainda no que pertine a alegação de atipicidade da conduta, aduzem os embargantes que a conduta imputada relativa a entrega de valores re-

apresenta post factum impunível, na medida que o crime de corrupção ativa exauriu-se com a oferta ou promessa de vantagem indevida, não sendo relevante para efeito de configuração do delito a ação de entrega a posteriori, conforme delineou o voto vencido:

*Além disso, como bem ponderou o Magistrado de primeiro grau, ainda que se considerasse como verdadeira a hipótese de A.Y. ter oferecido ou prometido vantagem indevida a J.A., delas não participaram os três acusados acima referidos, **cabendo destacar que a anuência ou aceitação da oferta ou promessa constitui mero exaurimento, por se tratar de delito de natureza formal.** Portanto, arremata adequadamente o Sentenciante, **“A participação ex post fact dos acusados neste suposto evento não seria criminosa - posto que seria empreendida com vontade diversa para a realização de uma conduta não prevista como crime -, em obséquio aos princípios da legalidade e tipicidade.”***

Resta inviabilizada, assim, a acusação, quanto aos referidos apelados, revelando correta a decisão que os absolveu sumariamente.

Entretanto, evidencia-se que a denúncia fornece elementos acerca da participação dos embargantes, em adesão à conduta do embargante A.Y., conforme assinalou o Desembargador Relator para o acórdão, ao registrar que *os elementos probatórios reunidos nos autos dão conta, prima facie, de que os acusados agiram, sim, como coautores ou partícipes do delito de corrupção ativa.*

Seguindo esse raciocínio, não há como considerar a singela afirmação de que o ato de entregar vultosa quantia a servidor público representa fato posterior impunível, porquanto da exordial infere-se que os embargantes teriam aderido à conduta do agente corruptor, como intermediários, devendo responder pela prática do crime previsto no art. 333, do CP, *como coautores ou partícipes*, tal qual restou consignado no voto vencedor.

Sobre o tema, o STJ já se posicionou quanto a possibilidade de o crime de corrupção ativa ser praticado por interposta pessoa, respondendo o intermediário como se autor fosse:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA.

CARACTERIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. O delito de corrupção ativa pode ser praticado por interposta pessoa, não requisitando, necessariamente, para o seu aperfeiçoamento, em hipóteses tais, que a pessoa, por intermédio da qual o agente oferece ou promete

a vantagem indevida a funcionário público, adira à sua vontade no crime já em execução, convertendo-se em autor. 2. O agente que, valendo-se das atribuições de assessor do funcionário, promete ou oferece vantagem indevida, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, comete crime de corrupção ativa, tipificado no artigo 333 do Código Penal. 3. Não transmitida a proposta ao funcionário pelo assessor, caracterizada fica a tentativa do delito.

4. Ordem denegada. (HC n. 33.535/SC, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25/10/2004) (...) ***O delito de corrupção ativa pode ser praticado por interposta pessoa, não carecendo, necessariamente, para o seu aperfeiçoamento que a pessoa – por intermédio da qual o agente oferece ou promete a vantagem indevida a funcionário público – filie-se à sua vontade no crime já em execução.*** (EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.263 – SC. RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR).

Por conseguinte, afastada a possibilidade de absolvição sumária dos embargantes por atipicidade da conduta, resta apreciar a tese de ausência de justa causa para a acusação formulada em favor de A.Y. e de A.N.F.

Nesse sentido, sustenta o primeiro embargante que *a acusação não logrou êxito em demonstrar o lastro mínimo probatório para que a inicial pudesse ser acolhida* uma vez que não foi capaz de produzir elementos que viessem a apontar para a existência de materialidade e autoria delitiva em relação ao crime imputado, segundo trecho do voto minoritário a seguir transcrito:

Para o oferecimento da denúncia e até mesmo para o indiciamento, a materialidade tem que estar devidamente comprovada, assim como presentes os indícios de autoria.

A mera suspeita pode autorizar uma investigação, mas jamais pode ser confundida com indícios, que conforme dicção do art. 239 do CPP, é uma circunstância conhecida e provada.

O recebimento da denúncia indica uma probabilidade de condenação, surgindo daí uma necessária e garantista instrução criminal. E o que os presentes autos nos revela?

Durante anos, após sucessivas medidas investigativas, quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, colheitas de depoimentos e delação premiada, não aportou no processo quaisquer elementos probatórios que demonstrassem as condutas delitivas imputadas, conforme se passa a demonstrar.

Sob outro prisma, entendeu o Desembargador relator para o acórdão quanto à existência de indícios de prova acerca da prática do crime de corrupção ativa, apontando como suporte probatório os depoimentos prestados por A.N.F, R.A.L. Lopez e Marco Antônio Zierget, os quais declararam que viajaram à cidade de São Luís, a mando de A.Y., a fim de entregar vultosas quantias em dinheiro a J.A..

Ademais, a acusação está embasada no interrogatório do próprio embargante, que reconheceu ter oferecido o valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) a J.A. para a liberação de precatório em favor da construtora UTC/Constran, no valor de R\$ 113.366.859,84.

A par disso, constam nos autos principais informações prestadas por esta Egrégia Corte, no que se refere ao precatório da Constran, que à época dos fatos ocupava o 5º lugar na listagem de precatórios de natureza geral (ID 17949473 - Pág. 144), além da Nota Técnica nº 49/2013 – SAF/SEPLAN, datada de 31/10/2013, que manifesta concordância com a proposta de parcelamento do referido precatório, em razão da hipotética vantagem aos cofres públicos estaduais (ID 17949473 - Pág. 147/152), além de parecer da Procuradoria Geral do Estado (ID 17949473 - Pág. 154/161) no mesmo sentido.

Também merece destaque o depoimento prestado por Meire Bomfim da Silva Poza, perante a autoridade policial (ID 17949475 - Pág. 116/119) a qual afirmou que (...) *YOUSSEF havia resolvido de outra maneira, ou seja, o Governo do Maranhão passaria o precatório que estava inscrito na quinta posição para a primeira, dividiria em 24 (vinte e quatro) parcelas e em contrapartida YOUSSEF receberia 15% do valor total do precatório pagos pela Constran, e desse montante entregaria R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para representantes do Governo do Maranhão, não especificando a qual pessoa seria feito o pagamento.*

Impende destacar o relatório de Auditoria realizado após o início das investigações, no âmbito da Secretaria de Estado de Transparência e Controle, que evidenciou diversas irregularidades na celebração do acordo extrajudicial de parcelamento do precatório e constatou indícios da prática de crimes contra a Administração Pública, tais como peculato, corrupção ativa e passiva (ID 12122771- Pág. 285 a 17949475 - Pág. 223).

Verifica-se, portanto, a presença de elementos probatórios robustos de autoria e materialidade delitiva para a continuidade da persecução penal em face do embargante A.Y., não havendo se falar em ausência de justa causa para o acolhimento da peça acusatória. Corroborando tal entendimento, confira-se julgados do Superior Tribunal de Justiça:

(...)- *O trancamento da ação penal constitui medida de exceção que se justifica apenas quando estiverem comprovadas, de plano e sem necessidade de exame aprofundado de fatos e provas, a inépcia da exordial acusatória, a atipicidade da conduta, a presença de excludente de ilicitude ou de culpabilidade ou causa de extinção de punibilidade ou, enfim, a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade.*

VI - Justa causa para a ação penal condenatória é o suporte probatório mínimo ou o conjunto de elementos de fato e de direito (fumus comissi delicti) que evidenciam a probabilidade de confirmar-se a hipótese acusatória deduzida em juízo. Constitui, assim, uma plausibilidade do direito de punir, extraída dos elementos objetivos coligidos nos autos, os quais devem demonstrar satisfatoriamente a prova de materialidade e os indícios de que o denunciado foi o autor de conduta típica, ilícita (antijurídica) e culpável.

VII- Para o recebimento da peça acusatória, não se exige prova cabal de todas as afirmações de fato e de direito tecidas na denúncia, pois é suficiente a sua verossimilhança, desde que bem assentada no acervo de elementos cognitivos que subsidiam a acusação.

VIII - Com relação à descrição do fato criminoso nos crimes de autoria coletiva, conquanto não se possa exigir a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado, é necessário que a peça acusatória estabeleça, de modo objetivo e direto, a mínima relação entre o denunciado e os crimes que lhe são imputados. O entendimento decorre tanto da aplicação imediata do art. 41 do Código de Processo Penal como dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da individualização das penas e da pessoalidade.

(...)

XIII - A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Não se vislumbra ausência de pressuposto ou de condição da ação, nem da justa causa para o processo. Ademais, não é o caso de nenhuma das hipóteses de absolvição sumária do art. 397 do CPP. Lado outro, as imputações são suficientemente concretas e particularizadas, a permitir o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. Por conseguinte, impõe-se o prosseguimento da ação penal, a fim de que sejam efetivamente apuradas as imputações formuladas contra o recorrente.

(...)

Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 130.466/RJ, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 9/12/2020, DJe de 15/12/2020.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. «LAVAGEM» DE DINHEIRO. TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. VÍCIO NÃO OBSERVADO. NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE CONFIRMA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ANÁLISE RESTRITA ÀS HIPÓTESES DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

A aptidão da denúncia é aferida a partir do conteúdo da descrição dos fatos delituosos, que deve apontar todas as circunstâncias que envolvem a prática da infração penal, individualizando e tipificando, na medida do possível, a conduta de cada um dos imputados.

Neste caso, embora a denúncia não forneça uma descrição minuciosa dos fatos criminosos, a descrição das condutas e de suas circunstâncias atende ao requisito do art. 41 do Código de Processo Penal, delimitando os aspectos indispensáveis à individualização da conduta, permitindo, com isso, o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O magistrado, ao examinar a resposta à acusação, está limitado à constatação da presença das hipóteses de absolvição sumária, não podendo ampliar demasiadamente o espectro de análise, sob pena de invadir a seara relativa ao próprio mérito da demanda, que depende de prévia instrução processual para que o julgador possa formar seu convencimento.

Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC n. 139.637/RR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021.)

Idêntica conclusão obtém-se quanto ao embargante A.N.F, considerando que os depoimentos colhidos na fase pré-processual apresentam indícios de sua participação no delito em comento, em especial os depoimentos de R.A.L. e Leonardo Meirelles, os quais relataram que tinham conhecimento de que o embargante levava consigo recursos presos em seu corpo, sob as ordens de A.Y..

Registre-se, ainda, que foram obtidas informações da companhia aérea GOL, dando conta que o embargante A.N.F partiu de São Paulo/SP, no dia 24 de feve-

reiro de 2014, com destino à São Luís e retornou no dia seguinte, embarcando nos voos G1400/G31912 e G31135/G32035, bem como no dia 07 de março de 2014 realizou nova viagem, pelos voos G31400/G31912.

Destarte, incabível o pleito de manutenção da absolvição sumária, na medida que os indícios de materialidade e autoria extraídos da denúncia e da documentação que a acompanha sobrepujam a alegação de que o ora embargante desconhecia as tratativas entre seu chefe A.Y. e de seu companheiro de viagem (R.A.L.) com agentes públicos do Estado do Maranhão, até porque em havendo informações de que o embargante levava consigo expressiva quantia acondicionada em meias de compressão envoltas em seu corpo, indaga-se se ele não poderia presumir que tais valores teriam procedência ou destinação questionável, considerando que eram transportados às escondidas das autoridades?

Logo, forçoso concluir quanto à imprescindibilidade de apuração das alegações veiculadas na denúncia para que o juízo singular possa aferir a pertinência da acusação, sobretudo por se tratar de imputações de extrema relevância, em que particulares estariam em conluio com servidores públicos para auferimento de vantagens indevidas, mediante entrega/aceitação de vultosas quantias de dinheiro, em prejuízo à probidade administrativa e, em consequência, à própria Administração Pública.

ANTE O EXPOSTO, em acordo com as manifestações da Procuradoria Geral de Justiça, **CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO AOS EMBARGOS OPOSTOS POR A.Y., R.A.L. E A.N.F.**, mantendo inalterado o acórdão embargado.

É como voto.

São Luís (MA), data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos SANTOS Júnior
Desembargador Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

nº 0867828-55.2022.8.10.0001

TEMAS ABORDADOS:

1. Acordo de Não Persecução Penal;
2. Liberdade negocial do Ministério Público no oferecimento do ANPP;
3. Competência do Juízo da Execução Penal para indicar a entidade beneficiária.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- O art. 28-A, V, do Código de Processo Penal confere ao Ministério Público liberdade de atuação, permitindo ao Parquet negociar condição proporcional e compatível com a infração penal praticada.
- Embora se reconheça que compete ao Juízo da Execução Penal indicar entidade pública ou de interesse social para receber pagamento em dinheiro fruto de Acordo de Não Persecução Penal nos termos do art. 28-A, IV, do CPP, não se verifica esta exigência legal na hipótese em que o Órgão Ministerial impõe ao beneficiário do ANPP condição diversa da prestação pecuniária, ainda que exista um ônus monetário, eis que ausente a entrega de pecúnia.
- Não subsiste o fundamento de possível parcialidade do órgão beneficiado com o Acordo de Não Persecução Penal unicamente por ter participado da operação estruturada pelo Ministério Público que culminou nos acordos, em especial porque atuava na exata medida de suas funções institucionais e porque inexistente proibição legal neste sentido.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0867828-55.2022.8.10.0001

Sessão virtual de 13/03/23 a 20/03/23

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Recorrido: R. A. J.

Advogado: AIRLAN LAUNÉ MAIRA ALVES – OAB/MA nº 26.106

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NÃO HOMOLOGADO PELO JUÍZO A QUO. INCIDÊNCIA DO ART. 28-A, INCISO V, DO CPP. LIBERDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. O Acordo de Não Persecução Penal constitui negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, a fim de se atingir um fim consensual, de modo a otimizar o sistema de justiça criminal, desafogando o Judiciário e promovendo a efetivação dos princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade e celeridade.

II. A entrega de equipamento de proteção individual a um determinado Órgão Público se amolda, pela sua natureza, ao disposto no art. 28-A, V, do CPP, e não ao previsto no inciso IV do referido dispositivo legal, o que confere ao Parquet liberdade negocial e afasta, em consequência, a atuação do juízo da execução na indicação da entidade beneficiária.

III. A participação de órgão público, beneficiado com o Acordo de Não Persecução Penal, na operação estruturada pelo Órgão Ministerial que deu causa ao ANPP, não constitui, por si só, justificativa para discutir a imparcialidade da entidade.

IV. Embora o Ministério Público não tenha observado o correto procedimento ao executar o negócio jurídico antes da decisão homologatória do juízo competente, tal fato não é capaz de imputar ao beneficiário prejuízo maior que a não homologação do ANPP, tendo em vista que o acordo já fora cumprido nos exatos termos propostos.

V. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0867828-55.2022.8.10.0001, “unanimemente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal deu provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SEBASTIAO JOAQUIM LIMA BONFIM E SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. REGINA MARIA DA COSTA LEITE.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo **Ministério Público Estadual** em face da decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de São Luís/MA, no bojo da Ação Penal nº 0867828-55.2022.8.10.0001, que não homologou o Acordo de Não Persecução Penal firmado com R. A. J.

Consta dos autos que no dia 21/06/2022, por volta das 21h, na Avenida Jerônimo de Albuquerque, o investigado foi preso em flagrante pela prática, em tese, do delito previsto no art. 54, caput, da Lei nº 9.605/98, o que ensejou o oferecimento de ANPP pelo Órgão Ministerial, que foi aceito pelo beneficiário.

Encaminhados os autos para o juízo da 7ª Vara Criminal, a magistrada singular deixou de homologar o ANPP sob o argumento de que a instituição destinatária do objeto do acordo não pode ser órgão público atuante nas operações policiais que culminaram em sua celebração. Outrossim, consignou que o inciso IV do art. 28-A do CPP dispõe que a definição da entidade beneficiada seja feita pelo juízo da execução penal (ID 22995944).

Do referido decisum, o Ministério Público, interpôs Recurso em Sentido Estrito, aduzindo que não houve ilegalidade na propositura do Acordo de Não Persecução Penal e que a sua não homologação será especialmente prejudicial ao investigado, tendo em vista que já ocorreu a execução das cláusulas propostas (ID 22995947).

No ID 22995957, R. A. J. informou desinteresse em apresentar contrarrazões, pugnando pela homologação do ANPP.

O magistrado singular, exercendo a faculdade disposta no art. 589 do Código de Processo Penal, manteve o decisum recorrido em todos os seus termos, determinando a remessa do feito ao eg. Tribunal de Justiça (ID 22995958).

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça, o Procurador, Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (ID 23644112)

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Consoante relatado, a insurgência recursal cinge-se, basicamente, quanto à não homologação do Acordo de Não Persecução Penal pelo juízo da 7ª Vara Criminal de São Luís.

Compulsando os autos, observa-se que R. A. J. foi preso em flagrante pela prática, em tese, do delito previsto no art. 54, caput, da Lei nº 9.605/98, durante uma operação denominada "rolezinho", coordenada pelo Ministério Público Estadual, por transitar na motocicleta modelo YAMAHA LANDER XTZ 250, COR PRETA, cujo o som produzido estava muito acima do permitido pela legislação, conforme perícia realizada por perito do ICRIM.

Concluído o Inquérito Policial, o Órgão Ministerial ofereceu Acordo de Não Persecução Penal, o que foi aceito pelo beneficiário.

Encaminhados os autos para o juízo da 7ª Vara Criminal, o ANPP deixou de ser homologado sob o argumento de que a instituição destinatária do objeto do acordo não pode ser órgão público atuante nas operações policiais que culminaram em sua celebração. Outrossim, a magistrada de base consignou que o inciso IV do art. 28-A do CPP dispõe que a definição da entidade beneficiada deve ser feita pelo juízo da execução penal (ID 22995944).

Pois bem. O referido acordo deve ser considerado como um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, a fim de se atingir um fim consensual, de modo a otimizar o sistema de justiça criminal, desafogando o judiciário e promovendo a efetivação dos princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade e celeridade. O regramento se encontra previsto no art. 28-A do CPP, o qual determina como requisito para o seu oferecimento (a) a existência de justa causa para a ação penal, (b) a infração ter sido cometida sem violência ou grave ameaça, (c) pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, (d) confissão formal, e (e) mostrar-se o acordo suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Nesse contexto, está consolidado na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que *“o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto”* (STJ - AgRg no REsp: 2002178 SP 2022/0142625-0, Julgamento: 14/06/2022, QUINTA TURMA, DJe: 24/06/2022).

Desse modo, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, cabe ao órgão ministerial, antes de oferecer a denúncia, avaliar, além dos requisitos legais, a conveniência e oportunidade para a celebração do instrumento processual em questão, o que foi feito na hipótese, tendo o Parquet proposto ao beneficiário a compra de equipamentos de proteção individual, no valor de R\$1.212,00 (um mil, duzentos e doze reais), deduzido o montante pago a título de fiança, a serem entregues à Secretaria Municipal de Trânsito e Transporte.

Analisando os autos, verifica-se que o acordo foi aceito e devidamente cum-

prido, tendo R. A. J. comprado três pares de botas, as quais foram entregues à entidade pública indicada.

Nesse ponto, cabe ressaltar que o fim teleológico do instituto jurídico foi plenamente atingido, ou seja, a questão foi prontamente resolvida entre investigado e Ministério Público, com a consequente redução da demanda judicial, posto que não se iniciou a ação penal, e, principalmente, ocorreu a efetiva responsabilização da parte, na medida da sua responsabilidade e da reprovação do crime.

Lado outro, com todas as vênias ao entendimento da magistrada de base, não se verifica, no caso em apreço, a aplicação do art. 28-A, IV, do CPP, haja vista que não houve o pagamento de prestação pecuniária pelo beneficiário do acordo, mas sim o cumprimento de uma condição indicada pelo Promotor de Justiça, qual seja, a entrega de equipamento de proteção individual a um determinado Órgão Público, nos termos do inciso V do mesmo dispositivo legal.

Acerca da matéria e especificamente sobre a liberdade de atuação do Parquet, conferida pelo art. 28-A, V, do CPP, convém trazer à baila os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho (2022, pág. 199), verbis:

Nesse modelo de solução de litígios, a liberdade de negociar é considerada ponto central (...) É por isso que se diz que no modelo de justiça consensual vige o princípio do devido processo consensual, estruturado pela autonomia de vontade, princípio da eficiência, da lealdade e da boa-fé objetiva.

Trata-se, pois, de uma cláusula aberta, que permite ao Ministério Público negociar outra condição proporcional e compatível com infração penal praticada, registrando-se que, embora a compra dos EPI's imponha um ônus monetário, não houve a entrega de valores pecuniários à SMTT, de modo que a obrigação imposta não se amolda, pela sua natureza, ao disposto no art. 28-A, IV, do CPP, o que afasta, em consequência, a atuação do juízo da execução na indicação da entidade beneficiária.

Outrossim, não subsiste o fundamento de possível parcialidade do órgão beneficiado com o Acordo de Não Persecução Penal, não sendo a participação da SMTT, Polícia Militar e ICRIM na operação estruturada pelo Ministério Público justificativa, por si só, a discutir a parcialidade das entidades; a um, porque inexistente proibição legal neste sentido; a dois, porque atuavam na exata medida de suas funções institucionais; e a três, porque o questionado ANPP sobreveio após a operação e não durante a sua execução, partindo, ressalta-se uma vez mais, da discricionariedade que é facultada por lei ao Órgão Ministerial.

Anote-se, por oportuno, que, embora esta não seja uma condição imprescindí-

vel para a escolha da entidade beneficiária do ANPP na hipótese do inciso V do art. 28-A do CPP, a Secretaria Municipal de Trânsito e Transporte, por integrar o Sistema Nacional de Trânsito, guarda correlação com os bens jurídicos aparentemente lesados pela conduta prevista no art. 54, caput, da Lei nº 9.605/98, uma vez que, na forma do art. 6º, inciso I, do Código Brasileiro de Trânsito, a defesa ambiental é uma das diretrizes da Política Nacional do Trânsito.

Ad argumentandum tantum, e tão somente para este efeito, ao contemplar a SMTT, bem como as polícias e demais órgãos públicos, com os frutos dos ANPP's, o Ministério Público contribui sobremaneira para resolução de notórias carências estruturais destas entidades, muitas vezes negligenciadas pelo poder executivo, o que beneficia não só os agentes públicos diretamente envolvidos, mas a sociedade como um todo.

Acresça-se que não se olvida o erro procedimental cometido pelo Parquet ao executar o acordo antes da decisão homologatória. No entanto, tal fato não é capaz de imputar ao beneficiário prejuízo maior que a não homologação do ANPP pela magistrada singular.

Nesse ponto, cabe registrar que o indiciado, agindo de boa-fé, realizou a compra de três pares de bota e os entregou à Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes, conforme termo de recebimento de material e nota fiscal de ID 22995941, de modo que, não homologar o referido acordo seria penalizar a parte que nada tem a ver com a discussão aqui travada e que, ressalta-se, imaginava-se livre de qualquer responsabilização criminal, pois cumpriu o acordo nos exatos termos propostos.

Dessa forma, merece reparo a decisão impugnada, que negou o pedido de homologação do Acordo de Não Persecução Penal proposto pelo Promotor de Justiça.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço e **DOU PROVIMENTO** ao presente recurso, para determinar a homologação do Acordo de Não Persecução Penal realizado entre o Ministério Público e R. A. J., conforme fundamentação supra.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

nº 0009631-19.2017.8.10.0001

TEMAS ABORDADOS:

1. Crime de sonegação de ICMS;
2. Modulação da fração pela continuidade delitiva;
3. Ausência de erro de proibição;
4. Impropriedade do processo criminal para a discussão de eventuais nulidades no procedimento administrativo fiscal.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- A aplicação da fração de 2/3 (dois terços), a título de continuidade delitiva, coaduna-se com o cometimento de 16 (dezesesseis) condutas delitivas pelo réu, conforme parâmetros dos Tribunais Superiores quanto à modulação da causa de aumento, dando azo ao redimensionamento da pena do réu.
- Não se configura o erro de proibição quando uma mínima diligência, por parte daquele que atua no ramo empresarial, bastaria para induzir à consciência da ilicitude de deixar de registrar notas fiscais, adquirir e comercializar bens mediante a suspensão da inscrição do estabelecimento, omitir vendas, deixar de reter imposto na condição de substituto tributário, além de deixar de promover o lançamento e pagamento de ICMS.
- O processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no procedimento administrativo fiscal.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0009631-19.2017.8.10.0001

Sessão de 27 de março de 2023

1º Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

1º Apelado: E. L. DE S. F.

Advogados: WALNEY ABREU OLIVEIRA (OAB/MA 4.378), PABLO ALVES NAUE (OAB/MA 10.197)

2ª Apelante: E. L. DE S. F.

Advogados: WALNEY ABREU OLIVEIRA (OAB/MA 4.378), PABLO ALVES NAUE (OAB/MA 10.197)

2º Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

Revisor: Desembargadora SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO DE ICMS. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. REJEIÇÃO. FRAÇÃO APLICÁVEL À CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ATOS DE GERENCIAMENTO DA EMPRESA. ERROS DE CONTABILIDADE QUE NÃO JUSTIFICAM A PRÁTICA DELITIVA. DOLO GENÉRICO. AUTOS DE INFRAÇÃO HÍGIDOS. DOSSIMETRIA. MANUTENÇÃO.

I. Conquanto o mesmo auto de infração seja objeto de outra ação penal, no mesmo juízo de origem, a consulta processual revela que já houve a prolação da sentença naquele feito, no qual foi reconhecida a litispendência e excluído o débito tributário correspondente, situação que impõe a manutenção da apreciação do mencionado auto de infração no presente processo e a consequente rejeição da preliminar suscitada.

II. Consideradas as 16 (dezesseis) condutas executadas pelo réu, a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), a título de continuidade delitiva, possui consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores a modulação da causa de aumento, dando ensejo ao redimensionamento da pena do réu para 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, além de 21 (vinte e um) dias-multa.

III. Correta a condenação lastreada nas provas colhidas ao longo da instrução, eis que o 2º apelante figurava como único responsável pelas empresas e possuía exclusivos poderes de gestão no período dos fatos delituosos.

IV. Não há que se falar em erro de proibição quando um mínimo empenho, por parte daquele que atua no ramo empresarial, bastaria para induzir à consciência da ilicitude de deixar de registrar notas fiscais, adquirir e comercializar bens mediante a suspensão da inscrição do estabelecimento, omitir vendas, deixar de reter imposto na condição de substituto tributário, além de deixar de promover o lançamento e pagamento de ICMS.

V. O processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no procedimento administrativo-fiscal, conforme firme orientação jurisprudencial.

VI. 1º apelo ministerial conhecido e provido. 2º recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Criminal nº 0009631-19.2017.8.10.0001, “unanimente e de acordo com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal deu provimento ao recurso do Ministério Público e negou provimento ao apelo de E. L. de S. F., nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SEBASTIÃO JOAQUIM LIMA BONFIM E SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. JOAQUIM HENRIQUE DE CARVALHO LOBATO.

São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Tratam-se de Apelações Criminais interpostas, respectivamente, pelo Ministério Público Estadual e por E. L. de S. F. pugnando pela reforma da sentença de ID 21404611, proferida pela MM^a Juíza de Direito da 7^a Vara Criminal da Comarca de São Luís, que absolveu o réu da imputação calcada no art. 2º, II, da Lei nº. 8.137/90 e condenou-o com base no art. 1º, I, II e V, c/c art. 12, I, do mesmo diploma legal, em continuidade delitiva.

Ao acusado, foram impostas as penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, além de 16 (dezesesseis) dias-multa. A sanção corporal foi substituída por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo juízo da execução, sendo ainda garantido ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade.

Conforme consta da denúncia, o 2º apelante, na condição de proprietário e administrador das empresas E L. DE S. F. e C. DE A. D. LTDA – ME, teria deixado de recolher R\$ 2.722.173,55 (dois milhões, setecentos e vinte e dois mil, cento e setenta e três reais e cinquenta e cinco centavos) em ICMS ao Estado do Maranhão, consolidados em 07 (sete) autos de infração, incorrendo em crime contra a ordem tributária e obtendo vantagem econômica de maneira ilícita.

O denunciado, segundo a peça acusatória, agiu em continuidade delitiva nos exercícios de 2013 a 2016, omitindo vendas em valor superior à receita bruta declarada, deixando de utilizar equipamento emissor de cupom fiscal e adquirindo mercadorias mesmo com a inscrição estadual suspensa, dentre outras condutas.

Na sentença (ID 21404611), a magistrada singular aduziu a condenação do acusado, na forma acima referenciada. Por outro lado, decretou a sua absolvição no que tange à imputação lastreada no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, tendo em vista que, cometido o fato por uma única oportunidade (Auto de Infração nº 400664005136), não se verificou a contumácia exigida, nos termos do precedente do STF sobre a matéria (RHC n. 163.334/SC).

Da sentença, o Parquet manejou apelação no ID 21404624, sustentando, em síntese, que a fração de 1/4 (um quarto) aplicada no aumento de pena pela continuidade delitiva encontra-se em descompasso com as balizas fornecidas pela jurisprudência, notadamente porque a conduta foi reiterada por 16 (dezesesseis) vezes.

Após invocar precedentes a respeito do ponto abordado, pugnou pelo provimento do apelo interposto, para que a pena aplicada ao apelado seja exasperada à razão de 2/3 (dois terços) pela continuidade delitiva.

Contrarrazões ofertadas pelo 1º recorrido no ID 21404632, oportunidade em

que registrou que deve ser afastado, ao caso, o critério puramente matemático no cálculo da pena do acusado. Enfatizou que o tipo penal em questão possui natureza peculiar, e que, malgrado possa se aperfeiçoar com apenas uma conduta, possui como característica usual a prática reiterada, vale dizer, mês a mês. Após mencionar julgados endossando a manutenção da fração contemplada na sentença vergastada, pugnou pelo desprovemento do 1º apelo.

Por sua vez, no 2º recurso de apelação (ID 22625530), o réu E. L. de S. F. suscitou a preliminar de litispendência, eis que o Auto de Infração nº 4616630000303 foi objeto de outra ação penal.

Quanto ao mérito, alegou que algumas das condutas imputadas decorreram de inaptidão do escritório de contabilidade contratado, que não deu ciência ao 2º recorrente de certos erros nas atividades empresariais que poderiam culminar em crimes tributários, como o remanejamento informal de mercadorias e a falta de informação sobre a suspensão da inscrição estadual.

Nesse viés, destacou a ausência de dolo ou intenção de lesar o fisco, bem como uma espúria tentativa de responsabilização objetiva, pelo simples fato de figurar o 2º recorrente como administrador das empresas autuadas. Salientou, outrossim, que o caso versa sobre evidente erro de proibição, devido à incapacidade técnica do apelante de cuidar de questões fiscais e contábeis, o que atrairia a causa de diminuição de pena do art. 21 do Código Penal.

Lado outro, sustentou que as condutas vinculadas aos Autos de Infração nº 46146300270 e nº 4616630000304, deveriam ser analisadas sob a ótica do art. 2º, II, da Lei nº 8137/90, destacando que, contrariamente ao que constatou o auditor fiscal, a empresa possuía o emissor de cupom fiscal (ECF), sendo precária a prova a esse respeito.

Argumentou que “*não houve a devida intimação do representante legal da empresa acerca da constituição do crédito tributário, o que macula a condenação criminal*”, sendo que, em relação ao auto de infração nº 461663003281, sua notificação foi feita quando o réu já havia se retirado da sociedade.

Em relação à pena imposta, alegou que os crimes ocorreram no interstício de 14 competências, e não em 16 meses, o que impõe a redução da pena imposta. Pugnou pela aplicação da atenuante de confissão, bem como pela redução da basilar ao mínimo legal, eis que a repercussão da conduta à sociedade é elemento inerente ao tipo, suscitando, ainda, a Súmula nº 444, do STJ.

No mais, o 2º apelante impugnou a causa de aumento de pena do art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, por entender que a falta do emissor de cupom fiscal não seria

causa hábil à supressão do ICMS para ensejar a medida aplicada pela juíza singular. Ao fim e ao cabo, pugnou pelo provimento do 2º recurso, nos termos da vasta argumentação invocada.

O Órgão Ministerial ofertou contrarrazões ao 2º recurso no ID 23130710, destacando que, por ocasião das alegações finais e das contrarrazões aos embargos de declaração opostos pelo 2º apelante, ainda no Primeiro Grau, algumas de suas alegações já foram devidamente rechaçadas.

Quanto aos demais pontos, destacou que, malgrado a ciência do apelante acerca da lavratura dos autos de infração, o juízo penal sequer comporta discussão sobre a higidez de tais documentos e dos procedimentos administrativos fiscais, cuja censura deve ser provocada no juízo cível.

Noutro giro, salientou que a representação fiscal para fins penais do auto nº 4616630000304 é um documento administrativo inerente à notícia crime que não vincula o entendimento do Ministério Público, inexistindo mácula à persecução penal. Quanto ao número de delitos cometidos, pontuou que “*mesmo que se admitisse a diminuição do número de crimes de 16 para 14, isso em nada alteraria a pena imposta ao apelante*”, ante o reconhecimento do crime continuado na mesma intensidade do que consta na sentença alvejada.

Refutou, ademais, a transferência de responsabilidade ao contador, bem como o dolo específico, destacando que o relato de confusão patrimonial de uma empresa para outra nada mais é do que uma confissão da prática delitativa. Após destacar o grave dano à coletividade como razão para incidência do art. 12 da multicitada lei, além do acerto no cálculo da pena imposta, requereu o desprovemento do 2º recurso.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, o Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo ministerial (ID 22006849), e pelo conhecimento e desprovemento do 2º recurso (ID 23724821).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, os apelos merecem ser conhecidos. Não obstante o recurso do Ministério Público tenha sido protocolado primeiro, em razão da dinâmica dos fatos e das teses suscitadas, necessário que se proceda antes o exame do recurso manejado pelo réu.

RECURSO DA DEFESA

DA PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA

Passando-se ao exame do apelo da defesa, convém rejeitar, de início, a preliminar de litispendência suscitada pelo apelante, uma vez que ausente o risco de julgamento conflitante, ou mesmo de bis in idem, em relação ao Auto de Infração nº 4616630000303.

Debalde o citado auto de infração tenha sido objeto de outra ação penal, inclusive no mesmo juízo, a consulta do proc. nº 0014928-36.2019 no sistema PJe revela que já houve prolação da sentença no mês de fevereiro do corrente ano, na qual a magistrada singular reconheceu a litispendência naquele feito, excluindo de plano o débito tributário correspondente.

Cumprе trazer à colação o trecho da sentença proferida no citado processo sobre o ponto, verbis:

Peremptoriamente, assiste razão o acusado ao alegar litispendência em relação ao auto de infração nº 4616630000303, o qual foi objeto da ação penal nº 0009631-19.2017.8.10.0001, que já foi julgada em primeiro grau, estando pendente o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa.

É cediço que o fenômeno da litispendência, típico da esfera cível, ocorre quando há em distintos processos identidade de partes, do pedido e causa de pedir. Ou seja, quando se reproduz ação idêntica a outra, já em curso (CPC, art. 337, §§1º ao 3º).

No caso em apreço, observo que o débito tributário referente ao auto de infração nº 4616630000303 foi imputado também na denúncia da ação penal nº 0009631-19.2017.8.10.0001, oportunidade em que o mesmo acusado destes autos, Edivan Lima de Souza Filho, foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 1º, incisos I, II e V c/c art. 12, I da Lei nº. 8.137/90 e art. 71 do Código Penal.

Outra saída não há senão o reconhecimento da litispendência, excluindo destes autos o crime constituído no auto de infração nº 4616630000303, permanecendo somente os crimes relativos aos autos de infração nº 461263000017 e 461263000016. (ID 85261761 dos autos originais).

Decerto, como a apreciação do mencionado auto de infração foi excluída do proc. nº 0014928-36.2019, ela deve perdurar no presente feito, o que impõe a rejeição da preliminar suscitada, eis que não subsiste a alegação de nulidade sem a

demonstração de qualquer prejuízo à parte (art. 563 da Lei Adjetiva Penal).

DO MÉRITO DO APELO DA DEFESA

Passando-se ao cerne do recurso da defesa, a tese engendrada no sentido de que as condutas delitivas seriam originadas da incapacidade técnica do profissional de contabilidade, no curso das atividades empresariais, não merece chancela.

Tal argumento, comumente invocado em crimes tributários, não possuem a mínima subsistência: a uma, porque as atividades de recolhimentos de impostos ou de manejo de estoque não possuem complexidade suficiente para gerarem uma avaliação reiteradamente errônea por parte de profissional habilitado; a duas, pela total falta de interesse do contador para a sonegação; a três, porque o único beneficiado seria aquele que estava à frente dos negócios, e não um subordinado.

Afigura-se extremamente cômodo ao 2º recorrente transferir a responsabilidade em causa ao contador, sob o parco argumento de cometimento de erros; porém, é notório que esse profissional agiu em nome da empresa dirigida pelo réu, detentor do poder de direção e único responsável pelos negócios. Entender de outro modo seria consentir com a impunidade de crimes que suprimem elevadas cifras dos setores públicos, deixando a população mais carente entregue à sua própria sorte.

Relativamente ao argumento no sentido da responsabilidade penal pelo simples fato de constar o nome do réu no contrato social da empresa, tido pelo apelante como uma “*odiosa responsabilidade objetiva*”, também não merece guarida a alegação.

Decerto, a sentença vergastada está longe de considerar isoladamente a condição de proprietário do apelante para embasar a condenação. Para além dessa condição, restou demasiadamente comprovado que o acusado exercia exclusivamente a gestão da empresa, o que foi admitido literalmente por ele na audiência de instrução. Ou seja, estava à frente da direção de suas atividades.

Registre-se, em complemento, que, ao responder aos questionamentos do Ministério Público sobre a existência de outros sócios, o acusado detalhou que, como possuía uma empresa individual, abriu uma outra sociedade conjuntamente, sendo compelido a incluir outras pessoas. Destacou, nessa senda, que os outros sócios não tinham função concreta, figurando apenas “para constar” na empresa; que não foi integralizado nenhum capital social e não havia participação deles em lucros, sendo a administração exclusiva do interrogado; que sequer conhecia tais pessoas que figuravam como sócias (as quais o Parquet qualificou como sócios “laranjas”).

Quanto à configuração do dolo, é oportuno registrar que, sendo o recorrente

o proprietário e administrador do estabelecimento, com atos de gerenciamento, possuía a evidente capacidade de entender a ilicitude da sonegação fiscal perpetrada. Ainda que o acusado tenha vinculado à sua assessoria contábil a competência para trâmites específicos, tinha ciência da atividade por meio da entrega de documentos ao contador, do faturamento mensal e do proveito econômico que sua própria empresa lhe proporcionava.

No tocante à tese de erro de proibição, esse argumento foi eficazmente rechaçado no comando sentencial objetado, tendo a juíza a quo pontuado: “(...) *é certo que o agente, empresário e atuante no ramo, possui capacidade de apreender a ilicitude da situação concreta de deixar de registrar as notas fiscais de compras, adquirir e comercializar bens mesmo estando com a inscrição do seu estabelecimento empresarial suspensa, além de omitir vendas, deixar de reter o imposto devido na condição de substituto tributário, bem como deixar de promover o lançamento e pagamento do respectivo ICMS (...)*”.

Não há que se falar, nem mesmo, em erro de proibição evitável, pois um mínimo empenho daquele que atua no ramo empresarial é suficiente para induzir ao basilar conhecimento sobre a necessidade do recolhimento de impostos.

No que tange à reclassificação contemplada na sentença quanto à autuação nº 46146300270, que passou a ser fincada no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, a insurgência do 2º apelante não merece prosperar, eis que a ressalva feita pela auditora fiscal Maria José Moreira Reis foi tendente a registrar que uma parte do imposto foi recolhido, mas outra parte consubstanciou, de plano, a prática delitiva de omitir e prestar declaração falsa à autoridade fazendária.

Nessa toada, os autos revelam que o agir do réu consistiu em não reter o imposto (ou seja, deixou de cobrar o ICMS por antecipação da empresa fornecedora), além de ter omitido essa informação ao fisco, o que foi corroborado pelo depoimento da auditora fiscal Maria José Moreira Reis

Ora, a conduta de deixar de recolher pressupõe simplesmente uma inércia por parte do agente; entretanto, no caso em testilha, o recorrente foi mais além, mantendo uma conduta mais elaborada, como bem detalhado na sentença. O que se percebe, na realidade, é que o apelante tenta, a todo momento, relacionar os atos delitivos a erros de contabilidade, intuito esse que, como destacado alhures, apresenta-se insubsistente, notadamente quando a defesa não produz provas contundentes a respeito de suas alegações.

Relativamente à multa imposta pela falta do ECF (emissor de cupom fiscal), pertinente ao auto de infração nº 4616630003448-2, o apelante alega que estaria

dispensado da obrigação desse equipamento por trabalhar com vendas no atacado.

Porém, tal argumento cai por terra diante da informação constante dos autos de que a empresa autuada – E. L. de S. . e Cia. Ltda – possui o seguinte Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE): “4729699 COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL OU ESPECIALIZADO EM PRODUTOS ALIMENTÍCIOS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE”. Essa informação consta justamente no auto pertinente à infração consistente na falta do ECF, consoante se vê no ID 21404252 pág. 17.

Portanto, ao realizar operações varejistas, a empresa do apelante deveria necessariamente emitir cupom fiscal; contudo, se não possuía nem mesmo o equipamento, à toda evidência que não emitia o documento fiscal obrigatório.

Ad argumentandum tantum, cabe registrar que a falta de oitiva do auditor José Domingues Galdez decorreu do seu falecimento em 26/04/2020, conforme certidão de óbito anexada aos autos no ID 21404505, o que repele a mácula suscitada pelo recorrente nesse sentido.

Sobre a alegada ausência de ciência do acusado sobre a conclusão das autuações de nº 400664005136, 461663003281, 4616630000303 e 4618630000665, infere-se que, com relação ao primeiro auto de infração, ele sequer foi alvo da condenação imposta na sentença alvejada.

O apelante, no afã de sustentar máculas inexistentes ao caso, olvidou-se de atentar que a magistrada singular promoveu a sua absolvição quanto ao crime do art. 2º, II da Lei nº. 8.137/90, relativamente ao auto de infração nº. 400664005136, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Desse modo, essa absolvição torna prejudicado exame da alegada ausência de notificação da respectiva autuação.

Quanto aos demais, consta prova da ciência manifestada por E. L. L. (sócia figurativa utilizada pelo apelante) no ID 21404547 pág. 6 na data de 25/08/2016 (auto nº 461663003281); do mesmo modo, o canhoto do auto de infração nº 4618630000665-3 encontra-se assinado com a ciência do contribuinte, através de seu preposto (ID 21404568 pág. 2), na data de 20/06/2018; ademais, como destacou o representante do Parquet, foi feito acordo de parcelamento quanto ao débito tributário objeto da autuação de nº 4616630000303, o que comprova o conhecimento do recorrente sobre o procedimento em questão.

Na realidade, o acervo de provas formado na instrução, tomado em seu conjunto, demonstra que o apelante efetivamente tomou ciência dos fatos contra si imputados, sendo inócua a tentativa de atribuir a pecha do cerceamento de defesa quando os autos descortinam o amplo debate acerca das condutas verificadas. É insubsistente

o questionamento da notificação feita na pessoa da sócia E. quando ela constava, tão somente, como elemento figurativo na composição da sociedade em questão, o que endossa que o recorrente, estando à frente dos negócios, tomou conhecimento da notificação, promovendo medidas de defesa ou de parcelamento do débito.

Outrossim, não há como acolher a linha argumentativa do 2º recorrente voltada a sustentar uma equivocada tipificação do auto de infração nº 4616630000304 apenas com base nos quesitos marcados pelo auditor fiscal, uma vez que a apuração da conduta delitiva é formada a partir de uma análise muito mais ampla, na qual são extraídas perante os órgãos competentes as informações sobre o levantamento fiscal da empresa.

O documento citado pelo recorrente trata-se de mero elemento administrativo, sem força vinculativa, de sorte que o juízo de convicção conta com base jurídica mais extensa, a exemplo das provas orais, além das documentais, coletadas no curso da instrução.

Mesmo em face da ausência de vícios, anote-se que o processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no procedimento administrativo-fiscal, conforme firme orientação do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp nº 469137/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; AgRg no AREsp nº 1058190/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz; EDcl no AREsp nº 771666/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Discorrendo sobre o alcance dos aspectos substanciais da constituição do crédito tributário em questão, leciona MARIA HELENA RAU DE SOUZA, *verbis*:

Sem embargo de já fixar o lançamento o an e o quantum debeat, a lei faz defluir a presunção de certeza e liquidez do ato de inscrição, porquanto pressupõe esta última, exatamente como ato administrativo autônomo do lançamento, o controle específico e suplementar da legalidade do ato de constituição do crédito, onde é procedida a verificação da certeza e liquidez da dívida, bem como o transcurso do prazo para pagamento na esfera administrativa, sem qualquer impugnação por parte do contribuinte, ou após decisão final proferida em processo regular. Assim, a regularidade da inscrição, a qual a norma em comento atribui o efeito de gerar a presunção em foco, diz não somente com aspectos formais (requisitos extrínsecos do termo de inscrição), mas também com aspectos substanciais concernentes à própria constituição do crédito” (Código Tributário Nacional Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007, pág. 1024, grifei).

Assim, não sendo o processo penal o meio próprio para a desconstituição da

presunção derivada da inscrição da dívida ativa, como já destacado, caberia ao interessado munir-se da via pertinente, ajuizando ação anulatória de débito fiscal, embargos à execução ou outro instrumento processual. E, nesse passo, não consta dos autos que tenha havido decisão judicial em outra seara desconstituindo o tributo lançado.

A sentença encontra-se devidamente motivada e fundamentada, tendo reproduzido trechos de depoimentos dos auditores e suscitado elementos específicos do caso.

Diante desse acervo, infere-se que a prova amealhada aos autos confere respaldo à condenação imposta ao réu/recorrente, sendo oportuno o julgado adiante transcrito e extraído do STJ pertinente ao tema, verbis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. SÚMULAS 7 E 83/STJ. NEGATIVA DE AUTORIA E ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Verifica-se que o entendimento do Tribunal a quo está em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a conduta omissiva de não prestar declaração ao Fisco, com o fim de obter a redução ou supressão de tributo, quando atinge o resultado almejado, consubstancia crime de sonegação fiscal, na modalidade do inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 (REsp 1.637.117/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/03/2017). 2. De mais a mais, nota-se que o dolo, enquanto elemento subjetivo do tipo capitulado no art. 1.º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é o genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos" (AgRg no AREsp n. 1.225.680/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe de 24/8/2018). 3. (...). 5. Por fim, não se vislumbra ilegalidade na manutenção da condenação imposta ao ora recorrente, pois descabem as alegações de nulidade, de ausência de dolo de atipicidade, ou de insuficiência de provas. Rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, alicerçado em provas produzidas sob o crivo do contraditório e o devido processo legal, não prescinde a necessária incursão na seara fático-probatória dos autos, vedado em sede recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ. 6. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp n. 1.961.473/SE, relator Ministro Reynaldo Soares

da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022).

Ademais, é certa a autoria do recorrente, porquanto a prova oral e documental dá conta de que ele administrava as empresas ao tempo dos fatos, ensejando a incidência da norma prevista no artigo 11, da Lei nº 8.137/90, que reza: “*Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

Mantida a condenação do réu, passa-se ao exame dos pontos de insurgência referentes às penas impostas.

Relativamente à quantidade de condutas delitivas detectadas, em número de 16 (dezesseis), a irresignação do apelante sobre o ponto, de que haveria bis in idem por crimes apurados no mesmo mês, não merece acolhimento.

Com efeito, no que tange à autuação de nº 4618630000665, depreende-se que a conduta foi pautada em contexto fático diverso, ou seja, a infração verificada consistiu na aquisição de mercadorias pelo contribuinte que estava com a inscrição estadual do estabelecimento suspensa no cadastro de ICMS (ID 21404252 pág. 23).

Quanto aos fatos descritos nos autos de infração nº 4616630000303 e 4616630000304, embora a conduta seja a mesma (omissão de vendas em valor superior à receita bruta declarada), infere-se que um auto foi direcionado ao Comercial de Alimentos D. e outro à empresa E L L., sendo, portanto, referentes a empresas distintas do recorrente (ID 21404252 págs. 18 e 21).

Ademais, ainda que prosperasse a argumentação do apelante neste ponto, a alteração do número de crimes de 16 (dezesseis) para 14 (catorze) em nada modificaria a fração aplicável para o crime continuado, que, como será demonstrado adiante quando do exame do recurso interposto pelo Ministério Público.

No tocante à atenuante de confissão, muito embora o réu/recorrente tenha aduzido a sua aplicação, menciona apenas que admitiu estar à frente da empresa, sem reconhecer, de fato, o cometimento da prática delitiva, até mesmo porque reiteradamente vincula a malsinada conduta a erros do contador.

Nessa toada, essa circunstância não pode ser admitida por via transversa somente na parte que interessa ao acusado, ou seja, no intuito de minorar a pena, até mesmo porque na segunda fase da dosimetria, a pena não pode romper o mínimo legal (Súmula nº 231, do STJ).

Frise-se que, em relação à fixação da pena-base, o réu alegou, equivocadamente, que a juíza singular promoveu sua elevação devido aos reflexos sociais do fato criminoso. Sustentou, ainda, a necessidade de consideração de seus bons antecedentes e primariedade nessa etapa do cálculo da pena.

Sucedo que, da simples leitura do comando sentencial, observa-se que a basilar foi fixada no mínimo legal, o que esvazia a argumentação do recorrente nesse ponto.

Quanto ao valor contemplado nos autos de infração e a correspondente incidência do art. 12, da Lei nº 8.137/90, convém salientar que, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o “(...) *dano tributário é valorado considerando seu valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa*” (REsp 1849120/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, Dje 25/03/2020).

Lado outro, a medida encontra amparo na orientação desta Corte Estadual de Justiça, que preconiza: “*Dessa forma, deve ser fixada a seguinte tese: ‘No caso do Estado do Maranhão, máxime a inexistência de regramento específico e expreso a respeito do que seja crédito prioritário ou de grande devedor para a fazenda estadual, reputa-se presente a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei de no 8.137/1990 quando seu valor atualizado for superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), nos termos da Portaria GABIN/SEFAZ no 615/2019*” (TJ/MA. Rel. Des. JOÃO SANTANA SOUSA, Primeira Câmara Criminal, julgado em 06/07/2021, DJe 09/07/2021).

Registre-se que a irrisignação do réu em questionar o dano carreado à sociedade não se sustenta quando se observa que, sem o emissor do cupom fiscal, por óbvio que a sonegação se consumava, na medida em que a emissão da nota é que permite ao fisco tributar cada operação.

DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No exame do apelo da acusação, verifica-se que o Órgão Ministerial pugna pela reforma da sentença vergastada no sentido da alteração da fração utilizada para dosar a continuidade delitiva no cálculo da sanção do apelado, que foi de 1/4 (um quarto) na instância singular.

Para justificar a adoção desse percentual, a magistrada sentenciante asseverou que o incremento em maior grau seria excessivamente gravoso ao réu, valendo-se de julgado do TRF da 4ª Região em caso de apropriação indébita previdenciária para, distanciando-se do critério usualmente adotado de 2/3, aplicar fração diversa.

Em sua irrisignação, o Parquet salienta que, diante das 16 (dezesseis) condutas criminosas detectadas, a fração de 2/3 (dois terços) se afigura mais adequada por refletir o justo cálculo da pena do recorrido, dado o prejuízo à coletividade ocasionado com a cadeia delituosa.

A pretensão deduzida no recurso ministerial merece guarida, porquanto a mencionada fração de aumento no patamar de 2/3 (dois terços) encontra vasto

alicerce na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “(...) em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações; e 2/3 para 7 ou mais infrações” (AgRg no AREsp n. 1.636.214/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 2/6/2020).

Registre-se, por oportuno, que em caso no qual o STJ apreciou, concomitantemente, sonegação de contribuição previdenciária e sonegação fiscal, também foi adotada a mesma orientação, nos seguintes termos: “A propósito do patamar de exasperação da pena pelo reconhecimento de crime continuado, esta Corte Superior de Justiça compreende que se aplica a fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela prática de 2 infrações; 1/5 (um quinto) para 3 infrações; 1/4 (um quarto) para 4 infrações; 1/3 (um terço) para 5 infrações; 1/2 (metade) para 6 infrações e 2/3 (dois terços) para 7 ou mais infrações, motivo pelo qual as frações aplicadas pela Corte a quo - 1/5 e 2/3 - são adequadas e condizentes ao número de infrações praticadas (3 e 48 infrações, respectivamente)” (AgRg no REsp n. 1.902.209/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 3/8/2021).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também endossa o critério da quantidade de condutas na modulação da fração aplicável, como se vê na transcrição do seguinte aresto, na parte que interessa:

*Consideradas as **19 condutas** executadas pelo réu, também não há nenhum reparo a ser realizado na aplicação da fração de 2/3 a título de continuidade delitiva, mormente porque **esse proceder encontra-se em consonância com a reiterada jurisprudência** desta Suprema Corte sobre a matéria, no sentido de que o aumento da pena, em caso de crime continuado simples (art. 71 do CP), **deve ser proporcional ao número de infrações cometidas**. Precedentes. (HC 194229 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 19-02-2021 PUBLIC 22-02-2021) – ementa parcial.*

Assim, a adoção desse critério - o qual vem sendo, inclusive, prestigiado por esta Câmara, a exemplo do julgamento proferido na Apelação Criminal 0003433.63.2017.8.10.0001, de minha relatoria -, evita subjetivismos, e coaduna-se uma justiça imparcial e isonômica. O gravame mencionado na sentença cede espaço para a própria natureza do delito, eis que um expressivo montante de dinheiro deixou de ser aplicado em prol da coletividade para ser alvo do benefício

pessoal almejado pelo recorrido. Assim, o inconformismo do Ministério Público, no sentido do incremento da pena do réu, pelo crime continuado, no patamar de 2/3 (dois terços), merece acolhimento, pelas razões acima expostas. O seu reflexo na quantificação da sanção infligida pelo crime do art. 1º, I, II e V, da Lei nº 8.137/90.

CONCLUSÃO

Assim, diante de todas as alegações minuciosamente examinadas, infere-se que a sentença alvejada merece reparo na aplicação da fração de 2/3 pela continuidade delitiva, tendo em vista o provimento do recurso, manejado pelo Ministério Público.

Via de consequência, a reprimenda do réu mantida nas fases anteriores em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, resulta, com a incidência da fração de 2/3, em **4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 21 (vinte e um) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto (art. 33, §2º, b, do Código Penal).**

Dada a quantidade de pena, torna-se inviável a sua conversão em restritivas de direitos. Outrossim, a solução dada ao caso possui consonância com a manifestação exarada pela Procuradoria Geral de Justiça, em relação a ambos os recursos, tendo sido bem observado que “o valor de R\$ 2.722.173,55 (dois milhões, setecentos e vinte e dois mil, cento e setenta e três reais e cinquenta e cinco centavos) destoa dos padrões de normalidade atinentes aos delitos de sonegação fiscal, sendo superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), de modo que implica em grave dano à coletividade”.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço de ambos os recursos para **DAR PROVIMENTO AO APELO** manejado pelo Ministério Público, e **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** interposto pelo réu **E. L. de S. F.**

Via de consequência, adotando a fração de 2/3 (dois terços) pela continuidade delitiva, **redimensiono a pena do réu E. L. de S. F. para 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 21 (vinte e um) dias-multa**, a ser cumprida em regime **semiaberto**.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

HABEAS CORPUS CRIMINAL

nº 0803917-38.2023.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Crimes cometidos no exercício da advocacia;
2. Medidas cautelares diversas da prisão;
3. Suspensão do exercício da atividade profissional no âmbito de ação penal;
4. Independência entre atuação administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil e atuação criminal dos Órgãos Jurisdicionais competentes.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Validade da imposição de medida cautelar de impedimento do exercício da advocacia em razão dos indícios de que o acusado se valia de sua profissão para cometer delitos, conforme permissivo do art. 319, IV, do Código de Processo Penal.
- O deferimento da cautelar de suspensão do exercício da atividade profissional no bojo da ação penal correlata não configura usurpação de atribuição que seria exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que ela possui natureza administrativa, sem prejuízo da atuação criminal dos órgãos jurisdicionais competentes.

HABEAS CORPUS CRIMINAL nº 0803917-38.2023.8.10.0000

Sessão de 3 de abril de 2023

Paciente: G. H. B. de O.

Impetrante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (SECCIONAL MARRANHÃO)

Impetrada: JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA DA COMARCA DE CODÓ

Relator: DESEMBARGADOR GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. EXTORSÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

I. Nos termos do art. 319, IV, do Código de Processo Penal, consiste em medida cautelar diversa da prisão a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

II. No caso em exame, após o recebimento de denúncia imputando ao paciente os crimes de apropriação indébita majorada pelo exercício da profissão, em continuidade delitiva, extorsão majorada e falsificação de documento particular, a magistrada singular, não obstante tenha afastado a custódia preventiva, fixou cautelar alternativa consistente na suspensão do exercício da advocacia, sob o fundamento de salvaguardar a ordem pública, ante os fortes indícios de que o acusado utiliza do seu valoroso ofício para cometer delitos.

III. É válida a imposição de medida cautelar de impedimento do exercício da atividade profissional, especialmente a advocacia, quando o agente se vale da profissão para a prática delitiva. Precedentes.

IV. Inexiste, na espécie, violação ao art. 70 da Lei nº 8.906/94 ou usurpação de competência privativa da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que a atuação administrativa da OAB ocorre sem prejuízo da

atuação criminal dos órgãos jurisdicionais competentes, especialmente porque não há punição disciplinar do paciente, mas uma medida cautelar de natureza criminal, determinada no âmbito de ação penal, que impõe o cerceamento temporário do exercício da advocacia.

V. Encontrando-se a cautelar diversa do cárcere devidamente fundamentada na possibilidade de reiteração criminosa e no modus operandi empregado, eis que as condutas criminosas, em tese, teriam sido perpetradas no exercício do múnus da advocacia, bem como esclarecida a independência entre as decisões das esferas administrativa e criminal, resta afastado o alegado constrangimento ilegal.

VI. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Habeas Corpus nº 0803917-38.2023.8.10.0000, “unanimemente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal conheceu e denegou a ordem impetrada, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SEBASTIAO JOAQUIM LIMA BONFIM e SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. REGINA MARIA DA COSTA LEITE.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus com Pedido Liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Maranhão, em favor de G. H. B. de O., contra ato da MM. Juíza de Direito da 3ª Vara da Comarca de Codó, no bojo do processo nº 0804971-68.2022.8.10.0034.

Alegou a impetrante que, visando apurar o cometimento dos crimes de apropriação indébita, extorsão e falsificação de documento particular, a autoridade policial representou pela prisão preventiva, busca e apreensão domiciliar e sequestro de bens do paciente, sendo deferidas pela magistrada singular apenas as duas últimas providências.

Afirmou que, não obstante o pagamento dos valores reclamados, o Ministério Público ofereceu denúncia imputando ao acusado os delitos insculpidos no art. 168, § 1º, III, na forma do art. 71, caput, c/c art. 158, §1º e art. 298, todos do CP, tendo a juíza de base recebido a peça acusatória e, com fulcro no art. 319, VI, do CPP, aplicado-lhe a cautelar de suspensão do exercício da advocacia por prazo indeterminado, excedendo os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Asseverou que, por força do art. 70 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), a determinação judicial para cerceamento do exercício profissional dos advogados, enquanto durar a instrução processual, não encontra amparo legal, somente podendo ser determinada pela OAB, de modo que caberia ao Conselho Seccional ou ao Conselho Federal, a depender da situação, a imposição da penalidade.

Acrescentou que a lei especial derroga a geral e, sendo o Estatuto da Advocacia uma lei específica, este deveria prevalecer sobre o disposto no art. 319, VI, do CPP, que se constitui como norma de caráter geral, motivo pelo qual entende que incumbiria à impetrada oficiar à OAB – detentora de competência exclusiva para penalizar os inscritos em seus quadros – para que referida entidade tomasse as providências que julgasse pertinentes.

Argumentou que o investigado padece de constrangimento ilegal em função da violação da garantia prevista no art. 5º, XIII da Carta Magna, bem como no art. 7º, I, da Lei nº 8.906/94, ressaltando, ademais, que já adotou as medidas necessárias junto ao Tribunal de Ética e Disciplina no intuito de garantir a manifestação daquele acerca dos crimes imputados para posterior julgamento.

Nessa esteira, requereu, liminarmente, a concessão da ordem para imediata suspensão da eficácia da decisão atacada, possibilitando que o paciente exerça seu mister até o julgamento do mérito deste mandamus.

Instruída a peça de ingresso com os documentos de ID 21523727 a ID 23933029.

Distribuído inicialmente ao Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos, identificou-se a prevenção do vertente writ a outro anteriormente manejado em benefício do paciente, tombado sob o nº 0800026-09.2023.8.10.0000, ensejando a sua redistribuição à minha relatoria.

Indeferido o pedido liminar e dispensada a requisição de informações à autoridade indigitada coatora, nos termos da decisão de ID 24194158.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Maria Luiza Ribeiro Martins opinou pelo conhecimento e denegação da ordem (ID 24381529).

É o relatório. Decido.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da impetração e passo à análise de seu mérito.

Consoante relatado, o vertente writ versa sobre o inconformismo da impetrante quanto à decisão da magistrada singular que impôs ao paciente medida cautelar diversa da prisão consistente na suspensão do exercício da advocacia, aduzindo que competiria exclusivamente à Ordem dos Advogados do Brasil penalizar os inscritos em seus quadros.

No caso em apreço, infere-se da exordial acusatória que, em 01/04/2022, fora instaurado inquérito policial com vistas a apurar possível crime de apropriação indébita, ante a notícia de que o paciente, no exercício de sua função como advogado, teria se apropriado indevidamente da quantia depositada em um alvará judicial em nome de F. N. S., não repassando os valores ao legítimo proprietário do bem, sendo identificadas, no curso das investigações, outras 06 (seis) vítimas da referida conduta, perpetrada com o mesmo modus operandi.

Ventilou-se, ainda, que G. H. B. de O., através de pessoa interposta, teria exigido de M. da C. S., mediante várias ameaças, quantia maior que a inicialmente acordada para a prestação dos serviços advocatícios, bem como teria falsificado a assinatura de D. G. da S. N. em documento particular, haja vista que o ofendido afirmou não ter subscrito qualquer procuração outorgando poderes para o investigado atuar em seu nome, o que se confirmou por perícia grafotécnica.

Ante as descrições fáticas delineadas, o Ministério Público ofereceu denúncia

imputando ao acusado os delitos insculpidos no artigo 168, § 1º, III (07 vezes), na forma do art. 71, caput c/c artigo 158, § 1º e artigo 298, todos do Código Penal (apropriação indébita majorada pelo exercício da profissão, em continuidade delitiva, extorsão majorada e falsificação de documento particular).

Por seu turno, em decisão datada de 03/11/2022, a autoridade indigitada coatora recebeu a referida peça e apreciou a representação por prisão preventiva formulada pela autoridade policial, firmando, todavia, a desnecessidade da custódia antecipada e a suficiência da aplicação de medida cautelar alternativa, com fundamento no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, a saber, a suspensão do exercício da advocacia pelo denunciado, tal como postulado de forma subsidiária pelo Delegado de Polícia.

No supracitado decisum, a juíza de base consignou a razoabilidade desta restrição para salvaguardar a ordem pública, “*eis que são fortes os indícios de que o acusado utiliza do seu valoroso ofício para cometer crimes, contrariando os princípios norteadores da advocacia e ferindo de morte a confiança depositada pelos clientes que o contratam, tornando real o risco de que, no exercício da advocacia, continue a praticar infrações penais*”.

Nesse ponto, em particular, ressalte-se que o e. Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada no sentido da validade da imposição de medida cautelar de suspensão do exercício da atividade profissional, especialmente a advocacia, quando o agente se vale da profissão para a prática delitiva, como exemplifica o julgado abaixo colacionado:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. AGENTE QUE SE UTILIZAVA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PARA A PRÁTICA DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Essa Corte Superior tem admitido a cautelar de suspensão do exercício da atividade profissional, inclusive de advocacia, quando é imputada a prática de crime. 2. Havendo a indicação de que o paciente participava “de vultoso esquema de obtenção de dados bancários, falsidade ideológica, estelionato e associação criminosa, a fim de auferir indevidamente vantagem financeira”, tem-se como indicados fundamentos concretos e adequados à cautelar de suspensão do exercício da advocacia. 3. Habeas corpus denegado, (STJ - HC: 526504 SP 2019/0237032-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de

Julgamento: 17/12/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2020)(grifou-se)

Frise-se, outrossim, que no julgamento do habeas corpus nº 0822818-88.2022.8.10.0000, de minha relatoria, impetrado em benefício do denunciado, esta 3ª Câmara Criminal reconheceu a proporcionalidade e razoabilidade da suspensão impugnada, reputando-a adequada e necessária, máxime em virtude do modus operandi empregado nos crimes imputados, os quais, em tese, foram cometidos no exercício da advocacia, em contrariedade aos princípios norteadores desse digno mister e, aparentemente, com abuso da confiança dos clientes que o contrataram.

De outro norte, não merece prosperar a alegação de que competiria exclusivamente à Ordem dos Advogados do Brasil impor a suspensão da função pública de advogado, uma vez que a sua atuação administrativa ocorre sem prejuízo da atuação criminal dos órgãos jurisdicionais competentes, especialmente porque não há, no caso concreto, punição disciplinar do paciente, mas uma medida cautelar de natureza criminal, determinada no âmbito de ação penal, que impõe o cerceamento temporário do exercício da advocacia, inexistindo violação ao art. 70 da Lei nº 8.906/94 ou usurpação de competência privativa da OAB.

Como bem pontuado pela Procuradoria Geral de Justiça, “*convém rememorar a inexistência de relação de dependência ou subordinação entre as decisões tomadas pela OAB, em sua função fiscalizatória da atividade profissional, com aquelas exaradas pelo Poder Judiciário, notadamente na seara penal*”.

A propósito, o STJ já teve a oportunidade se manifestar em situação semelhante à dos presentes autos, corroborando o entendimento acima esposado e tecendo considerações também acerca da ausência de violação ao Estado de Direito e de afronta ao livre exercício profissional em tais casos, conforme se vê do recentíssimo aresto adiante transcrito, verbis:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA AGRAVADA. INEXISTÊNCIA. RECURSO GENÉRICO. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ART. 319, VI, DO CPP. VALIDADE E INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO CONHECIDO. (...) 3. O cautelar prevista no art. 319, VI, do CPP, claramente tem a finalidade de abranger toda e qualquer profissão, tanto pública como privada, não podendo ser outra a leitura em relação à advocacia, que se encaixa em

“atividade de natureza financeira”. 4. A cautelar de suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira não viola o Estado Democrático de Direito, pelo contrário, o observando, considerando a opção estabelecida pelo legislador em atendimento à vontade popular indireta. 5. O disposto no art. 319, VI, do CPP, não afronta o valor social do trabalho e da livre iniciativa, ou a liberdade de profissão, considerando que nenhuma liberdade pública é absoluta, sendo tais direitos fundamentais corretamente restringidos com base no critério da proporcionalidade. Primeiro, porque a previsão é adequada, isto é, idônea ao fim proposto para assegurar a aplicação da lei penal, para garantir a investigação ou instrução criminal, ou para evitar a prática de infrações penais. Segundo, porque é necessária, por ser o meio menos gravoso suficiente, destinado justamente a substituir a providência cautelar mais danosa que é a prisão preventiva. Terceiro, porque é proporcional em sentido estrito, em face da exigência de a medida ser apropriada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado. 6. O deferimento da cautelar de suspensão do exercício da advocacia não configura usurpação de atribuição que seria exclusiva da OAB, uma vez que ela possui natureza administrativa, sem prejuízo da atuação criminal dos órgãos jurisdicionais competentes. A interpretação sistemática exige que a leitura do art. 70, caput, do EOAB, seja efetuada em conjunto com o disposto no art. 319, VI, do CPP, não havendo entre os dispositivos legais nenhuma antinomia, real ou aparente. 7. A despeito de os advogados exercerem uma função essencial à justiça e de possuírem direitos, garantias e inviolabilidade, isso não serve como escudo protetivo da prática de atos ilícitos, o que aliás não pode ser benefício de nenhum indivíduo, em atuação pública ou privada, até para não receber privilégios que contrariem o expresso princípio constitucional da igualdade. 8. Os requisitos técnicos necessários ao exercício de atividades profissionais são exigências para o início da atuação, mas o preenchimento delas não impede a posterior suspensão se a pessoa habilitada, por melhor que seja na sua área, passar a usar o ofício para praticar ilícitos penais. 9. Agravo regimental não conhecido. (STJ - AgRg no RHC: 165716 MG 2022/0161801-3, Data de Julgamento: 16/08/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2022)(grifou-se)

Ademais, não se pode olvidar que a medida cautelar ora questionada atenua a imposição de providência mais gravosa, que seria a prisão preventiva, constrição de liberdade que certamente também impediria o paciente de exercer sua profissão.

Portanto, encontrando-se a cautelar diversa cárcere devidamente fundamentada na possibilidade de reiteração criminosa e no modus operandi delitivo, eis que as condutas criminosas, em tese, teriam sido perpetradas no exercício do múnus da advocacia, bem como restando esclarecido que inexistente conflito entre as decisões das esferas administrativa e criminal, forçoso concluir pela ausência de constrangimento ilegal a ser repellido na presente via.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, embora conheça do habeas corpus, **DENEGO** a ordem impetrada.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

CORREIÇÃO PARCIAL

Nº 0802763-82.2023.8.10.0000

TEMAS ABORDADOS:

1. Análise das teses constantes da resposta à acusação;
2. Motivação da decisão;
3. Nulidade.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- Embora a análise da resposta à acusação não exija fundamentação exauriente, a fim de não configurar prejulgamento da causa, mostra-se imprescindível a mínima referência aos argumentos apresentados pela defesa;
- A necessidade de motivação não se trata de mera faculdade do juiz, mas de impositivo constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal);

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 0802763-82.2023.8.10.0000

Sessão de 27/03/2023 a 03/04/2023

Corrigente: J A P D S

Advogado: CARLOS SEABRA DE CARVALHO COELHO - OAB/MA 4.773

Corrigendo: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE TIMON

Relator: DESEM. GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

CORREIÇÃO PARCIAL – DECISÃO QUE DESIGNOU AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, SEM ANALISAR AS TESES DEDUZIDAS EM RESPOSTA À ACUSAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE – NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – PRECEDENTE DO STJ E DESTA CORTE.

I - Embora a análise da resposta à acusação não exija fundamentação exauriente, a fim de não configurar prejulgamento da causa, mostra-se imprescindível a mínima referência aos argumentos apresentados pela defesa.

II – A necessidade de motivação não se trata de mera faculdade do juiz, mas de impositivo constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal).

III – Correição parcial conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheceu e deu provimento à correição parcial, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram os Senhores Desembargadores GERVASIO PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR (RELATOR), SEBASTIAO JOAQUIM LIMA BONFIM e SONIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. JOAQUIM HENRIQUE DE CARVALHO LOBATO.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de correição parcial ajuizada contra decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Timon-MA, proferida nos autos da ação penal nº 0002060-77.2018.8.10.0060 movida pelo Ministério Público do Estado do Maranhão em face de J A P D S e outros, por suposta prática do delito tipificado no art. 312, § 1º, c/c o art. 327, § 1º, do Código Penal.

Em suas razões, defende o corrigente, em síntese, que o juízo corrigendo, sem enfrentar as 05 (cinco) matérias prejudiciais de mérito suscitadas na resposta à acusação, designou audiência de instrução criminal para o dia 27/06/2023, às 10hs, aduzindo que tal situação caracteriza *“violência aos arts. 395 e 397, do CPP, ambos a exigir do magistrado que examine as condições da ação e as questões de ordem pública antes da submissão do réu ao ritual degradante de uma audiência de instrução, interrogatório e julgamento”*.

Recebidos os autos, esta relatoria, na decisão de ID 23518289, indeferiu o pleito liminar por não verificar a presença dos requisitos imprescindíveis à sua concessão, determinando, por conseguinte, a oitiva do Órgão Ministerial.

No parecer de ID 24099719, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento da correição parcial sob argumento de que inexistente *“constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita”*.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, tratam os autos originários de ação penal movida pelo Ministério Público do Estado do Maranhão em desfavor do corrigente por suposta prática do crime de peculato.

Analisando os autos, verifica-se que o juízo corrigendo recebeu a denúncia e determinou a citação do *“acusado para que responda à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 396 do CPP”*, consoante cópia da decisão acostada no ID 23499784.

Na resposta à acusação (ID 23499783), observa-se que foram suscitadas 05 (cinco) matérias preliminares, assim dispostas pelo corrigente em suas razões cor-reicionais:

- *Dicção genérica da interlocutória de recebimento da denúncia;*
- *Inépcia da proposta porque o enredo não descreve desvio, nem apropriação;*

- *Feiura por ausência de discriminação da conduta acessória penalmente relevante do partícipe;*
- *Defeito da narrativa quanto ao elemento subjetivo, ou seja, a ciência de estar concorrendo para que terceira pessoa pratique o crime;*
- *Falta de justa causa porque a prova dos autos está no sentido da mera irregularidade de natureza operacional, sem relevância penal.*

Ao despachar (ID 23499780), o juízo singular dispôs em seu decisum que “após regularmente citado(s), o(s) acusado(s) apresentou(aram) resposta(s) escrita(s) à acusação. Não restam configurados vícios ensejadores da rejeição da peça acusatória ou quaisquer das hipóteses concernentes à absolvição sumária, disciplinada no art. 397, do Código de Processo Penal. Assim sendo, designo audiência de instrução criminal para o dia 27 DE JUNHO DE 2023, ÀS 10:00 HORAS, a ser realizada na sala de audiência deste fórum judicial”.

No caso, o juízo singular, após a defesa preliminar, limitou-se a afirmar que “não restam configurados vícios ensejadores da rejeição da peça acusatória ou quaisquer das hipóteses concernentes à absolvição sumária” e designou a audiência de instrução, olvidando de analisar, porém, as questões processuais deduzidas pela defesa em sua resposta.

Destarte, constata-se um salto entre as matérias preliminares previstas nos arts. 396-A e 406 do CPP e a instrução probatória (art. 400 do CPP), sem observância da necessidade de exame dos temas que podem dissolver elementos constitutivos da culpa penal.

É sabido que o simples registro de que não se vislumbram as hipóteses do art. 397 do Código de Processo Penal não justifica a confirmação do recebimento da denúncia, porquanto a legislação exige maior apuro de convencimento, de forma a preservar o indivíduo dos rigores do feito criminal.

Por essa razão é que o legislador, ao editar a Lei nº 11.719/2008 que trouxe a nova sistemática do CPP, previu a possibilidade de arguição de matérias preliminares, entre as quais a inépcia da inicial, ausência de pressupostos processuais e condições da ação penal, e falta de justa causa para instauração da lide penal (art. 395 do CPP), além de nulidades que possam causar prejuízo para a defesa (art. 563, caput, do CPP).

Para a hipótese em pauta, comunga-se do entendimento do STJ manifestado no julgamento do RHC 46.127/MG, que teve como relatora a Min. Maria Thereza de Assis Moura, segundo o qual mostra-se imprescindível a mínima referência aos argumentos apresentados na defesa preliminar, sob pena de nulidade, embora

a análise da resposta à acusação não exija fundamentação exauriente, até para não configurar prejulgamento da causa, *verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DAS TESES DEFENSIVAS. QUESTÃO PROCESSUAL RELEVANTE. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Na fase do art. 397 do Código de Processo Penal, nada impede que o juiz faça consignar fundamentação de forma não exauriente, sob pena de decidir o mérito da causa. Contudo, deve ao menos aludir o julgador àquilo que fora trazido na defesa preliminar. Incumbe-lhe enfrentar questões processuais relevantes e urgentes ao confirmar o aceite da exordial acusatória. 2. Hipótese em que o magistrado a quo, após a defesa preliminar, limitou-se a afirmar que as matérias alegadas seriam "defesa de mérito" e a designar audiência. Não fez qualquer menção acerca das teses elencadas no cerne da peça processual, que seriam relevantes, inclusive pela alegação de absoluta falta de prova da materialidade do crime ambiental, decorrente do laudo pericial inconclusivo. 3. Recurso provido a fim de anular o processo, a partir da segunda decisão de recebimento da denúncia, devendo outra ser proferida, apreciando-se os termos da resposta preliminar. (RHC 46.127/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

Filiando-se ao entendimento do STJ, a Primeira Câmara Criminal desta Corte assim decidiu ao julgar a correição parcial nº 0822323-44.2022.8.10.0000, que teve como relator o Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO PROCESSO. CARACTERIZAÇÃO. CORREIÇÃO PARCIAL. 1. É passível de correição, por absoluta falta de fundamentação, a decisão que, sem qualquer menção aos pleitos formulados em resposta à acusação, simplesmente de logo designa data para audiência de instrução e julgamento, fazendo ouvidos moucos àquela peça, como se em verdade sequer existisse. 2. Conquanto o recebimento da inicial prescindia de prova cabal de todas as teses de fato e de direito suscitadas, ainda assim haverá, o julgador, que demonstrar de que forma evidenciada, ali, verossimilhança bastante à admissibilidade da acusação. Não o fazendo,

e tendo, como no caso de todo ignorado as matérias em princípio prejudiciais ao próprio trâmite do feito, razão assiste à defesa, no manejo da presente Correição. 3. Correição Parcial deferida.

Com efeito, a necessidade de motivação não se trata de mera faculdade do juiz, mas de impositivo constitucional (art. 93, IX, da CF), sendo cediço que a fundamentação das decisões judiciais é condição expressa à sua eficácia e validade, sob pena de nulidade.

Nesse quadro, constatado que foram ignoradas as matérias preliminares deduzidas pela defesa e que, ao menos em princípio, seriam prejudiciais à regular tramitação processual, resta caracterizada a plausibilidade do pleito vestibular, visando instar o juízo corrigendo a apreciar, mesmo que de forma não exauriente, as questões preliminares deduzidas na resposta à acusação.

Ante o exposto e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, **CONHEÇO** da presente correição parcial para julgá-la **PROCEDENTE**, determinando que o Juízo Corrigido, como entender de direito, proceda à análise das preliminares suscitadas em resposta à acusação, dando regular prosseguimento ao feito, nos termos da Lei.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

Nº 0006379-03.2020.8.10.0001

TEMAS ABORDADOS

1. Semi-imputabilidade do réu (transtorno mental decorrente do uso prolongado de drogas);
2. Substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança;
3. Ausência de vinculação do magistrado à espécie de medida de segurança sugerida por médico especialista.

TESES FIXADAS NO JULGADO

- Tratando-se o réu de pessoa que evidentemente precisa de acompanhamento psiquiátrico e psicológico de forma permanente, ante seu retardo mental e dependência química, demonstrados através de incidente de insanidade mental instaurado nos autos, bem como demonstrado a sua propensão à prática de crimes, não há dúvidas ser o caso, nos termos do art. 98 do Código Penal, de aplicação de medida de segurança no lugar de sanção privativa de liberdade, por ser mais apropriada ao caso.
- A escolha pelo magistrado da espécie de medida de segurança a ser imposta ao réu não pode ser definida pela natureza da pena privativa de liberdade aplicável, devendo levar em consideração como critério primordial a periculosidade do acusado, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente da Terceira Seção do STJ (EREsp n. 998.128/MG).
- A sugestão da medida de segurança a ser aplicada ao réu apresentada pelos médicos psiquiatras, quando da realização da perícia no incidente de insanidade mental, não possui caráter vinculativo em relação ao magistrado, cabendo a este, analisando o caso concreto e todas as suas circunstâncias, inclusive baseado em dados de outros processos criminais, identificar a periculosidade do acusado e aplicar a medida que mais se adequa ao caso.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0006379-03.2020.8.10.0001

Sessão virtual de 24/02/23 a 02/05/23

Apelante: L. A. S.

Defensor Público: EDUARDO HENRIQUE SALOMÃO SILVA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

Revisora: Desembargadora SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENOR. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. PERÍCIA MÉDICA. RÉU SEMI-IMPUTÁVEL. RETARDO MENTAL LEVE E TRANSTORNO MENTAL DECORRENTE DO USO DE DROGAS. PERICULOSIDADE DO RÉU DEMONSTRADA. ADEQUAÇÃO DA SANÇÃO AO CASO CONCRETO. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. VINCULAÇÃO À MEDIDA DE SEGURANÇA SUGERIDA EM LAUDO PERICIAL. INEXISTÊNCIA.

I. A medida de segurança é um importante instituto de humanização do direito penal, na medida em que permite que o sistema de justiça criminal lide de forma adequada com pessoas que cometeram crimes, mas que não têm o necessário discernimento sobre seus atos. A sua aplicação, nesse sentido, tem um duplo objetivo: proteger a sociedade, evitando que indivíduos perigosos sejam liberados indistintamente sem acompanhamento médico, e também proteger o cidadão com problema de saúde mental que pratica um delito, impondo a ele o tratamento médico de que necessita.

II. Considerando tratar-se o réu de pessoa que evidentemente precisa de acompanhamento psiquiátrico e psicológico de forma permanente, ante seu retardo mental e dependência química, demonstrados através de incidente de insanidade mental instaurado nos autos, bem como demonstrado a sua propensão à prática de crimes, não há dúvidas ser o caso, nos termos do art. 98 do Código Penal, de aplicação de medida de segurança no lugar de sanção privativa de liberdade, por ser mais apropriada ao caso.

III. O Superior Tribunal de Justiça, em sua Terceira Seção, no EREsp n. 998.128/MG, ao uniformizar o entendimento de suas duas Turmas Criminais, consignou que a escolha pelo magistrado da espécie de medida de segurança a ser imposta ao réu não pode ser definida pela natureza da pena privativa de liberdade aplicável, devendo levar em consideração como critério primordial a periculosidade do acusado, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

IV. Hipótese dos autos em que, além de tratar-se de crimes puníveis com reclusão (art. 157, § 2º, II, do Código Penal e art. 244-B da Lei nº 8.069/1990), restou demonstrada a periculosidade do réu, uma vez que possui três ciclos prisionais, sendo dois por crimes de roubo e um por homicídio, sendo mais adequado ao caso a aplicação da medida de segurança de internação.

V. A sugestão da medida de segurança a ser aplicada ao réu apresentada pelos médicos psiquiatras, quando da realização da perícia no incidente de insanidade mental, não possui caráter vinculativo em relação ao magistrado, cabendo a este, analisando o caso concreto e todas as suas circunstâncias, inclusive baseado em dados de outros processos criminais, identificar a periculosidade do acusado e aplicar a medida que mais se adequa ao caso.

VI. Apelação criminal PARCIALMENTE PROVIDA, para absolver de forma imprópria o réu, aplicando-lhe a medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Criminal nº 0006379-03.2020.8.10.0001, “unanimemente e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal conheceu e deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores Gervásio Protásio dos Santos Júnior (Relator), Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro e Sebastião Joaquim Lima Bonfim.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Regina Maria da Costa Leite. São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por **L. A. S.**, pugnando pela reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal do Termo Judiciário de São Luís, da Comarca da Ilha (ID nº 22043945), que, ao julgar procedente a inicial acusatória, condenou o acusado nas sanções constantes do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, c/c art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, na forma do art. 70 do CP (roubo majorado pelo concurso de pessoas e corrupção de menores, em concurso formal) a cumprir pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de sanção pecuniária de 17 (dezesete) dias-multa, em valor unitário correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, sendo-lhe, ademais, concedido o direito de recorrer em liberdade.

Consta da denúncia (ID nº 22043858, pág. 3-6), recebida em 02/09/2020 (ID nº 22043858, pág. 68-69), que no dia 01/08/2020, por volta de 13h50min, próximo à Curva do 90, bairro Recanto dos Vinhais, nesta capital, no interior de um ônibus coletivo, o réu teria subtraído, na companhia de dois adolescentes, mediante grave ameaça exercida com um simulacro de arma de fogo, o aparelho celular da vítima Gilcilene Moura Correiro e uma bolsa contendo bens pessoais da ofendida Sansila Mannuely Sousa Ferreira.

Narra a exordial acusatória que o grupo foi perseguido por populares, que conseguiram contê-los até a chegada da polícia, fato que resultou na prisão em flagrante do acusado.

Realizada a audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos das vítimas e das testemunhas, por sistema audiovisual. O réu foi considerado ausente, nos termos do art. 367 do CPP (ID nº 22043858, pág. 120-124; ID nº 22043859, pág. 19-20; ID nº 22043929). As alegações finais foram apresentadas pelas partes em forma de memoriais (ID nº 22043936 e 22043944).

Da sentença condenatória interpôs o recorrente apelação, cujas razões constam do ID nº 22043982, em que traz os seguintes argumentos: (1) foi instaurado incidente de insanidade mental em face do réu, ocasião em que reconhecida a sua semi-imputabilidade, por ser portador de “transtorno mental devido ao uso de múltiplas drogas ilícitas e de síndrome de dependência, CID10 F70 e F19.3”, sendo devido ao caso a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança indicada pelos médicos (tratamento ambulatorial); (2) acaso não acolhida a tese de aplicação de medida de segurança, a causa geral de diminuição de

pena prevista no art. 26, parágrafo único, do CP, referente a semi-inimputabilidade, deve ser aplicada em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que o magistrado sentenciante não apresentou fundamentação válida para aplicá-la no seu grau mínimo.

Requer o apelante, assim, a reforma da sentença, para que haja sua absolvição imprópria, com aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial ou, subsidiariamente, que seja reduzida a pena imposta.

Contrarrazões ofertadas pelo Órgão Ministerial sob o ID nº 22043990, nas quais assinalou que demonstrado nos autos, com base em laudo médico produzido em sede de incidente de insanidade mental, tratar-se o réu de pessoa relativamente incapaz, razão pela qual cabível a aplicação de medida de segurança pleiteada, pelo que requer o provimento do presente recurso.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, (...).

É o relatório.

Em atenção aos termos do art. 323, I, c/c art. 325, ambos do RITJMA, determino a remessa dos autos à eminente revisora, para a adoção das providências cabíveis.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o apelo merece ser conhecido, passando-se à análise do mérito.

Conforme relatado, o apelante **L. A. S.** foi condenado a cumprir as penas de de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de sanção pecuniária de 17 (dezessete) dias-multa, ante a prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, c/c art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, na forma do art. 70 do CP (roubo majorado pelo concurso de pessoas e corrupção de menores, em concurso formal), porquanto, no dia 01/08/2020, por volta de 13h50min, nesta capital, no interior de um ônibus coletivo, teria subtraído, na companhia de dois adolescentes, mediante grave ameaça exercida com um simulacro de arma de fogo, o aparelho celular da vítima Gilcilene Moura Correiro e uma bolsa contendo bens pessoais da ofendida Sansila Mannuely Sousa Ferreira.

Irresignado com a mencionada condenação, interpôs o réu o presente recurso, em que, lastreado na tese de sua semi-imputabilidade, requer sua absolvição imprópria, com aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial, ou,

subsidiariamente, a redução da pena contra si imposta.

Observa-se, portanto, tratar-se a questão de fundo do presente recurso de matéria exclusivamente de direito, sendo irrefutável a materialidade e a autoria delitivas, que sequer questionadas.

Com efeito, não resta dúvida quanto à semi-imputabilidade do recorrente. No decorrer da presente ação penal foi instaurado o incidente de insanidade mental nº 10355-18.2020.8.10.0001 (ID nº 22043900), em que dois médicos psiquiatras concluíram ser o réu “portador de leve prejuízo intelectual e usuário de drogas”, ocasião em que classificaram seu estado de saúde (CID 10) como “F70 (retardo mental leve) + F19.3 (transtornos mentais e comportamentais decorrentes do uso de drogas - estado atual em abstinência)”.

Referido estado de semi-imputabilidade foi reconhecido, inclusive, na sentença condenatória, uma vez que aplicada a causa geral de redução da pena prevista no art. 26, § único, do CP, segundo o qual “*a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*”.

O objeto do presente recurso consiste, portanto, em saber se o magistrado agiu corretamente ao aplicar sanção privativa de liberdade (ainda que com a incidência da causa de redução do art. 26, § único, do CP), quando poderia impor ao réu uma das medidas de segurança previstas no art. 96 do CP.

Por certo, segundo o art. 98 do Código Penal, no caso de semi-imputabilidade do réu, “*necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos*”.

In casu, o acusado L. A. S., segundo pesquisa realizada no PJE e nos sistemas de segurança pública (SEEU e SIISP), possui três ações penais contra si deflagradas:

- (1) **Processo nº 0013627-93.2015.8.10.0001**: em que lhe imputado o crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do CP), estando o processo ainda na primeira fase do tribunal do júri;
- (2) **Processo nº 0004764-17.2016.8.10.0001**: em que foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de roubo (art. 157 do CP), já transitado em julgado;
- (3) **Processo nº 0006379-03.2020.8.10.0001**: caso retratado nestes autos, em que lhe são imputados os crimes de roubo majorado pelo concurso de pessoas e corrupção de menores.

Importa destacar que nos autos da ação penal nº 0013627-93.2015.8.10.0001, em trâmite na 3ª Vara do Tribunal do Júri, também foi instaurado incidente de insanidade mental em face do réu (processo nº 25002/2015), oportunidade em que ele foi diagnosticado pelos médicos peritos com “retardo mental + transtornos mentais decorrentes do uso de múltiplas drogas. CID= F71 + F19” (ID nº 51176320, pág. 215, do processo nº 0013627-93.2015.8.10.0001).

Sendo assim, considerando tratar-se o réu de pessoa que evidentemente precisa de acompanhamento psiquiátrico e psicológico de forma permanente, ante seu retardo mental e dependência química, bem como demonstrado a sua propensão à prática de crimes, não há dúvidas ser o caso, nos termos do art. 98 do Código Penal, de aplicação de medida de segurança no lugar de sanção privativa de liberdade, por ser mais apropriada ao caso, pelo que deve a sentença aqui recorrida ser reformada.

Nesse ponto, importa destacar que a medida de segurança é um importante instituto de humanização do direito penal, na medida em que permite que o sistema de justiça criminal lide de forma adequada com pessoas que cometeram crimes, mas que não têm o necessário discernimento sobre seus atos.

A aplicação de medidas de segurança, nesse sentido, tem um duplo objetivo: proteger a sociedade, evitando que indivíduos perigosos sejam liberados indistintamente sem acompanhamento médico, e também proteger o cidadão com problema de saúde mental que pratica um ato criminoso, impondo a ele o tratamento médico de que necessita.

Concluindo-se ser mais adequado à condição do réu a aplicação da medida de segurança, resta, então, definir qual a espécie a ser imposta.

A bem de ver, o art. 96 do Código Penal prevê os dois tipos de medidas de segurança disponíveis no nosso ordenamento jurídico:

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Por sua vez, segundo os arts. 97 e 98, parte final, do Código Penal, em caso de semi-imputabilidade do réu, o critério objetivo para o estabelecimento da espécie de medida de segurança é o tipo de pena previsto para o crime imputado ao acusado. Se aplicável a pena de reclusão, a medida de segurança devida é a internação; se cabível pena de detenção, aplica-se o tratamento ambulatorial.

Na hipótese dos autos, a conduta do agente se amolda a crime punido com pena de reclusão (art. 157, § 2º, II, do Código Penal e art. 244-B da Lei nº 8.069/1990),

de forma que, analisando o caso de acordo com a letra fria da lei, deveria ser imposta ao réu a medida de internação, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano (art. 98, CP).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sua Terceira Seção, ao uniformizar o entendimento de suas duas Turmas Criminais, consignou que a escolha pelo magistrado da espécie de medida de segurança a ser imposta ao réu não pode ser definida pela natureza da pena privativa de liberdade aplicável, devendo levar em consideração como critério primordial a periculosidade do acusado, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade:

*PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INIMPUTABILIDADE DO RÉU. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO EM MANICÔMIO JUDICIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO POR TRATAMENTO AMBULATORIAL. CRIME PUNIDO COM PENA DE RECLUSÃO. ART. 97 DO CP. POSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. (...) 4. Hipótese em que se verifica posicionamento dissonante entre as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte quanto ao direito federal aplicável (art. 97 do CP. “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”). 5. A doutrina brasileira majoritariamente tem se manifestado acerca da injustiça da referida norma, por padronizar a aplicação da sanção penal, impondo ao condenado, independentemente de sua periculosidade, medida de segurança de internação em hospital de custódia, em razão de o fato previsto como crime ser punível com reclusão. 6. **Para uma melhor exegese do art. 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável.** 7. Deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão embargado, no sentido de que, em se tratando de delito punível com reclusão, é facultado ao magistrado a escolha do tratamento mais adequado ao inimputável, nos termos do art. 97 do Código Penal. 8. Embargos de divergência rejeitados. (STJ. EREsp n. 998.128/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/11/2019, DJe de 18/12/2019).*

Nesse contexto, considerando não apenas tratar-se a hipótese dos autos de crimes puníveis com reclusão (art. 157, § 2º, II, do Código Penal e art. 244-B da Lei nº 8.069/1990), mas principalmente por se tratar o réu L. A. S. de pessoa de periculosidade evidente, com três ciclos prisionais por dois crimes de roubo e um de homicídio, entendo que mais adequado ao caso é a aplicação da medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Ressalte-se que a sugestão de tratamento ambulatorial apresentada pelos médicos psiquiatras no incidente de insanidade mental constante destes autos não possui caráter vinculativo em relação ao magistrado. Até porque, a decisão aqui tomada - de aplicação da medida de segurança de internação - levou em consideração não apenas o crime objeto deste processo, mas todos os ciclos prisionais do réu decorrentes de outros processos, o que, reitero, evidencia a sua periculosidade.

Importa destacar, que, nos termos do art. 97, § 1º, do CP, a internação será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade do réu, cabendo ao juízo da execução a adequação da medida após o prazo mínimo de cumprimento estabelecido, consoante disposições do art. 66, V, “d” e “e”, art. 175 e art. 176, todos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

Por fim, a execução da medida de segurança de internação imposta contra o réu deve respeitar estritamente o disposto no Provimento nº 24/2020 da Corregedoria Geral de Justiça do Maranhão, que “disciplina o procedimento judicial para aplicação, execução, avaliação e acompanhamento das medidas terapêuticas cautelares, provisórias ou definitivas, à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e do Sistema Único de Assistência Social (SUAS)”.

Ante o exposto, conheço do recurso para **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para absolver de forma imprópria o réu, aplicando-lhe a medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.**

Considerando que o apelante responde a este processo em liberdade, desnecessária a expedição de alvará de soltura.

Expeça-se mandado de internação, acompanhado da respectiva guia de execução, a serem elaborados em conformidade com as disposições do art. 9º, § 3º, do Provimento nº 24/2020 da Corregedoria Geral de Justiça do Maranhão, servindo a presente decisão como mandado, ofício e outros atos de comunicação, para todos os efeitos.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, -- de -- de 2023.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

nº 0014051-96.2019.8.10.0001

TEMAS ABORDADOS:

1. Crime de sonegação de ICMS;
2. Independência entre as instâncias cível e penal na discussão do crédito tributário;
3. Natureza de insumo do combustível adquirido por empresa de transporte;
4. Ausência de demonstração do dolo do agente.

TESES FIXADAS NO JULGADO:

- A propositura de ação cível discutindo o crédito não obsta o prosseguimento da persecução penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das instâncias.
- Quando o transporte de cargas constitui a atividade-fim da empresa, o combustível adquirido para os seus caminhões assume a natureza de insumo, e não de material de consumo, dada a imprescindibilidade do item.
- A ausência de demonstração do dolo do agente de sonegar tributo, aliada à orientação jurisprudencial que elide a conduta criminosa, amparam a tese absolutória, face à máxima in dubio pro reo e do Direito Penal como ultima ratio.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0014051-96.2019.8.10.0001

Sessão presencial de 22 de maio de 2023

Apelante: L. G. S.

Advogados: JAIR JALORETO JÚNIOR (OAB/SP 151.381), RAFAEL LUCAS POLES (OAB/SP 291.423)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Relator: Desembargador GERVÁSIO PROTÁSIO DOS SANTOS JÚNIOR

Revisor: Desembargadora SÔNIA MARIA AMARAL FERNANDES RIBEIRO

APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. PRELIMINAR DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. REJEIÇÃO. EMPRESA DE TRANSPORTE. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. NATUREZA DE INSUMO. DIREITO AO CREDITAMENTO DE ICMS. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DOLO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. ABSOLVIÇÃO.

I. Efetuado o lançamento do tributo, a propositura de ação cível discutindo o crédito não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das instâncias e a ausência de pronunciamento judicial suspendendo a exigibilidade dos autos de infração. Preliminar rejeitada.

II. Sendo o transporte de cargas a atividade-fim da empresa do réu, o combustível adquirido para os seus caminhões assume a natureza de insumo, e não de material de consumo, dada a imprescindibilidade do item para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte, e conforme interpretação dada pelo STJ à lei federal regente da matéria.

III. A configuração do crime resta excluída se a conduta do agente estiver autorizada pelo Direito Tributário, uma vez que a antijuridicidade penal decorre da antijuridicidade tributária.

IV. A ausência de demonstração de que o réu atuou movido pelo dolo de sonegar tributo, aliada à orientação da Corte Superior que elide a conduta criminosa, amparam a versão exculpante apresentada no apelo, em prestígio à máxima *in dubio pro reo* e do Direito Penal como *ultima ratio*.

V. Apelação criminal conhecida e provida. Decretada a absolvição do recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Criminal nº 0014051-96.2019.8.10.0001, “unanimemente e em desacordo com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal deu provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator”.

Votaram os Senhores Desembargadores Gervásio Protásio dos Santos Júnior (Relator), Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro e Sebastião Joaquim Lima Bonfim.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Maria Luiza Ribeiro Martins.

São Luís/MA, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por L. G. S. pugnando pela reforma da sentença de ID 23000574, proferida pela MM^a Juíza de Direito da 7^a Vara Criminal de São Luís, que o condenou às penas de 5 (cinco) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, além de 120 (cento e vinte) dias-multa, pelos delitos tipificados no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71, do Código Penal.

Conforme consta da denúncia, o apelante, na condição de administrador da empresa S. Logística Ltda., teria deixado de recolher R\$ 1.285.036,39 (um milhão, duzentos e oitenta e cinco mil, trinta e seis reais e trinta e nove centavos) de ICMS aos cofres estaduais, incorrendo em crime contra a ordem tributária e obtendo vantagem econômica de maneira ilícita. O denunciado, segundo a peça acusatória, agiu em continuidade delitiva nos exercícios de 2010 a 2016, valendo-se do crédito de operações de mercadorias destinadas ao consumo e de operações de entradas cujas notas fiscais são inexistentes ou contempla valor superior ao constante no documento fiscal.

Na sentença (ID 23000574), a magistrada singular destacou a autoria e materialidade delitivas, ressaltando que o acusado perpetrou 47 (quarenta e sete) condutas criminosas no interstício apurado, aplicando, ainda, a causa de aumento de pena do art. 12, I, da sobredita Lei, em função do montante do valor suprimido de ICMS. Ao final, promoveu a condenação do recorrente na pena acima referida.

Da sentença, o réu manejou apelação no ID 23360981, sustentando, preliminarmente, a suspensão do feito pela propositura de ação anulatória visando desconstituir os autos de infração.

No mérito, enfatizou a atipicidade da conduta, uma vez que, atuando a S. no ramo de transporte de mercadorias, o óleo diesel adquirido configura insumo essencial, sendo a operação tributária alvo do presente feito revestida de legalidade. Destacou, outrossim, a incongruência da autuação, face à ausência de dolo e mesmo de fraude, porquanto *“as notas fiscais eram idôneas”* e *“a conduta da empresa se baseou na legislação nacional e jurisprudência já consolidada pelos Tribunais Superiores”*.

Asseverou, ademais, a ausência de comprovação da autoria delitiva, pois a empresa autuada possui grande porte e a operação fiscal sequer passou pela supervisão do apelante, sendo a condenação imposta na sentença uma inequívoca responsabilização objetiva.

Após sustentar a desclassificação da conduta para o art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, e de postular o redimensionamento da dosimetria da pena, pugnou pelo provimento do recurso, com a suspensão do feito e a sua absolvição; subsidiariamente, requereu a desclassificação da conduta, com a fixação da pena no mínimo legal.

O Órgão Ministerial ofertou contrarrazões no ID 23986004, refutando a preliminar de suspensão do feito, eis que a propositura de demanda cível não possui o condão de inibir a ação penal.

Quanto ao cerne da matéria, destacou que o depoimento dos auditores confirma a fraude cometida e o elemento anímico da conduta do réu, sendo descabida a pretensão de desclassificação do tipo incriminador. Ressaltou, em complemento, a configuração da autoria e o grave dano à coletividade, reputando inviável a fixação da pena no patamar mínimo. Ao fim e ao cabo, pugnou pelo desprovimento do recurso.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Dra. Regina Maria da Costa Leite opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o apelo merece ser conhecido.

DA PRELIMINAR DE SUSPENSÃO DO FEITO PELA PROPOSITURA DE AÇÃO ANULATÓRIA

Em preliminar, o apelante sustenta que ajuizou ação anulatória visando desconstituir os autos de infração de nºs 461663003234-0, 46146300461-0, 46146300462-8, 46146300463-6 e 46146300465-2, razão pela qual entende que a presente ação penal deveria ser suspensa, eis que “*o julgamento favorável à empresa S. influirá diretamente na própria materialidade do crime apurado*”.

Debalde a constatação, por meio de consulta ao sistema Pje 1º Grau, de que realmente fora proposta a sobredita ação anulatória (proc. nº 0861012-57.2022, em curso na 6ª Vara da Fazenda Pública de São Luís), infere-se que essa ocorrência, por si só, não possui o condão de inibir a fluência da persecução penal. Constituído o crédito tributário, e tipificados os delitos inculpidos na Lei nº 8.137/90, o feito criminal deve prosseguir, ainda que haja demanda paralela questionando a sua exigibilidade.

Registre-se, por oportuno, que não se desconhece a existência de precedentes autorizando o sobrestamento da ação penal quando há real probabilidade de

êxito na demanda cível; contudo, o caso em testilha possui configuração diversa, porquanto o pleito de tutela de urgência restou indeferido no proc. nº 0861012-57.2022 (ID 84050482 daqueles autos), cujo trâmite está ainda na fase de contestação oferecida pelo Estado do Maranhão.

Outro caso em que se vislumbra a possibilidade de suspensão da ação penal – diversamente da situação do apelante – consiste na propositura da demanda anulatória guarnecida com o depósito integral do valor do crédito tributário como garantia, dando azo à suspensão da exigibilidade, como no caso da ementa a seguir:

*PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME TRIBUTÁRIO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. 2. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. DEPÓSITO INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. ART. 151 DO CTN. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ART. 93 DO CPP. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, “havendo lançamento definitivo, a propositura de ação cível discutindo a exigibilidade do crédito tributário não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das esferas cível e penal”. (AgRg no REsp 1390734/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/3/2018) 2. **Nada obstante a independência das esferas, a hipótese dos autos apresenta particularidade que deve ser analisada de forma diferenciada. Com efeito, consta dos autos que o paciente ajuizou ação anulatória, efetuando o depósito integral do valor do crédito tributário como garantia, o que ensejou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN. Nesse contexto, revela-se prudente a suspensão da investigação, nos termos do art. 93 do CPP, até o julgamento definitivo na esfera cível. - Embora não se possa falar em trancamento do inquérito ou da ação penal, uma vez que o crédito tributário não foi desconstituído nem houve o efetivo pagamento do tributo, com a consequente extinção da punibilidade, tem-se que o depósito integral do valor como garantia enseja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, autorizando, portanto, a suspensão do inquérito policial ou da ação penal.** 3. Recurso em habeas corpus a que se dá provimento para determinar a suspensão do inquérito policial, até o julgamento da ação*

anulatória. (RHC n. 139.563/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 27/9/2021).

Tais exemplos demonstram que vigora a regra da independência das instâncias, que se amolda ao caso concreto por não haver real probabilidade de êxito no âmbito cível ou depósito integral do crédito tributário, conforme orientação de aresto também oriundo do STJ, verbis:

Soma-se ainda que, sobre a independência das esferas, é assente nesta Corte Superior que “O simples fato de o processo administrativo já finalizado ser objeto de ação anulatória na esfera cível não enseja qualquer óbice à persecução penal. Assim, não havendo necessidade de suspensão do processo, é ausente qualquer flagrante ilegalidade no caso em exame” (HC n. 515.639/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 13/12/2019). (...). Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 161.402/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.) - ementa parcial.

Infere-se, portanto, que a preliminar deduzida pelo recorrente não merece guarida, notadamente pela ausência de pronunciamento judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em questão, consoante observado pela magistrada sentenciante no enfrentamento da matéria.

DO MÉRITO

Analisando o detidamente o recurso interposto, verifica-se que o apelante foi condenado pela prática de quarenta e sete crimes de sonegação fiscal, no período entre 2010 e 2016, em continuidade delitiva. Na sentença, a juíza singular reportou o creditamento indevido de operações de mercadorias destinadas ao consumo, cujas notas fiscais foram lançadas com destaque do respectivo crédito fiscal, sem estorno; outrossim, constou alusão à utilização de créditos referentes a operações de entradas, cujas notas fiscais contemplam valor superior ao do documento fiscal.

O ponto fulcral da tese da defesa consiste na inocorrência do ilícito, uma vez que o combustível (óleo diesel) adquirido para funcionamento dos caminhões da S. seria **insumo**, e não material de consumo, o que legitimaria o creditamento efetuado.

A escorreita análise dessa premissa induz, necessariamente, ao exame da atividade principal exercida pela empresa do apelante. Conforme se extrai dos autos, consta na ficha cadastral do contribuinte junto à Secretaria de Fazenda do Estado

do Maranhão o exercício da atividade de transporte rodoviário de carga em âmbito municipal e intermunicipal (ID 23000357 pág. 11). A mesma atividade de transporte é mencionada no código CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) lançado nos autos de infração acostados, sendo ela endossada pelos relatos colhidos na audiência de instrução que mencionaram o transporte de cargas, inclusive para entes como Alumar/Alcoa.

Em face desse cenário, sendo o transporte a atividade-fim da S., uma outra constatação a que se chega é que o combustível adquirido para os seus caminhões possuía a natureza de insumo, e não de material de consumo.

Tal justifica-se pela orientação que vem sendo preconizada pelo STJ a respeito do tema, nos seguintes termos: “*Ao se pronunciar sobre o conceito de insumo, a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.221.170/PR, repetitivo, afirmou: ‘deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte’ (AgInt no REsp n. 1.960.370/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/5/2022, DJe de 19/5/2022).*”

Ora, embora o ICMS seja um imposto de competência dos Estados-Membros que, portanto, possuem autonomia para regulamentá-lo, tal normatização exige a observância das regras de natureza constitucional e da legislação federal, como é o caso da Lei Complementar 87/96.

É importante atentar para a passagem do trecho adiante transcrito, também oriundo de julgado do STJ, o qual lança luz sobre a questão de fundo envolvida no tema:

*Tratando-se de uma exceção de ordem temporal que condiciona o exercício do direito de creditamento assegurado pelo caput do art. 20 da LC 87/96, a regra prevista no art. 33, I, dessa mesma lei complementar deve ser interpretada restritivamente, sob pena de, mediante eventual e indevido entendimento mais ampliativo, tornar sem efeito as importantes modificações normativas realizadas pela Lei Kandir. Assim, conforme a literalidade desse dispositivo legal, apenas as entradas referentes ao uso e consumo do estabelecimento, ou seja, do local que dá suporte à atividade fim da empresa (art. 11, § 3º, da LC 87/96), têm o direito do respectivo creditamento protraído, não sendo possível estender essa restrição às aquisições de mercadorias ou produtos a serem consumidos no processo produtivo. Desta forma, uma mercadoria utilizada **diretamente na prestação de***

serviços de transporte jamais poderá ser considerada como de uso ou consumo do estabelecimento e deve, portanto, possibilitar o creditamento do ICMS. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº 1.366.437/PR. Primeira Turma. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe 10 out. 2013).

Outrossim, cumpre trazer à baila julgado mais recente e completo, colhido da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. ICMS. QUEROSENE DE AVIAÇÃO. INSUMO. CREDITAMENTO PROPORCIONAL. APROVEITAMENTO DE VALORES PRETÉRITOS. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 166 DO CTN 1. *Discute-se nos autos o direito aos créditos de ICMS oriundos das aquisições de combustível de aeronave (querosene), utilizados na prestação de transporte aéreo tributado pelo imposto estadual. 2. Afasta-se a incidência da Súmula 280/STF, uma vez que essa instância superior, no presente caso, não enfrentará o modo de execução ou de cálculo do crédito de ICMS, mas sim o direito ao creditamento. Afastam-se igualmente os óbices apontados em contrarrazões contidos nas Súmulas 282 e 283 do STF, uma vez que a questão controvertida foi devidamente enfrentada pelo acórdão recorrido, havendo prequestionamento dos dispositivos apontados como violados, não havendo argumento não impugnado pelo recorrente, no que diz respeito ao direito ao creditamento do ICMS. 3. **Quanto ao mérito, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido de que, para fins de creditamento de ICMS, é necessário que o produto seja essencial ao exercício da atividade produtiva para que seja considerado insumo** (AgInt no AREsp 424.110/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 26/2/2019, DJe 25/2/2019). 4. **Mediante interpretação do art. 20, caput, da LC 87/1996, tem-se que o combustível utilizado por empresa de prestação de serviço de transporte aéreo constitui insumo indispensável à sua atividade, de modo que o ICMS incidente na respectiva aquisição constitui crédito dedutível na operação seguinte.** 5. “A 1ª. Seção desta Corte já consolidou entendimento quanto à inaplicabilidade do art. 166 do CTN quando trata a questão jurídica de aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes do princípio da não-cumulatividade. A propósito,*

citam-se os seguintes julgados: AgRg no REsp. 1.178.563/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 15/3/2011; AgRg no Ag 1.022.174/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19/3/2009” (AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 471.109/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 3/12/2020, DJe 15/12/2020). 6. Recurso especial provido. (REsp n. 1.844.316/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 14/6/2021.)

Nessa toada, o posicionamento jurisprudencial do Tribunal da Cidadania firma-se no sentido do reconhecimento do direito das prestadoras de serviços de transporte ao creditamento do ICMS recolhido na compra de combustível, que se caracteriza como insumo, quando consumido, necessariamente, na atividade-fim da sociedade empresária. Precedentes: REsp 1.090.156/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; REsp 1175166/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/03/2010.

Então, o STJ, interpretando a legislação federal, preconiza que a aquisição de combustível pela Empresa transportadora consiste em insumo, e não consumo, o que assegura o creditamento do ICMS.

Sedimentado esse raciocínio (que já se apresenta como um contraponto ao entendimento manifestado na sentença), deve-se perquirir se o Estado-Membro, em seu raio de competência, pode adotar entendimento contrário e, com base na sua legislação, entender pela configuração de sonegação fiscal e de crime tributário.

A princípio, não há como existir crime tributário de qualquer espécie sem que, simultaneamente, haja transgressão de dever tributário (ilícito fiscal). Contudo, a recíproca não é verdadeira: poderá haver infringência de norma tributária (não pagamento de tributo, ou pagamento insuficiente), configurando antijuridicidade tributária, sem que se configure, ao mesmo tempo, fato delituoso.

Assim, o ilícito tributário é pressuposto do ilícito penal. Dito de outra forma, a configuração do crime resta excluída se a conduta do agente estiver autorizada pelo Direito Tributário, pois a antijuridicidade penal decorre da antijuridicidade tributária.

Registre-se, por oportuno, que cumpre ao Poder Judiciário, sobretudo no campo do Direito Penal, ultima ratio, acautelar-se quanto ao risco de decisões conflitantes. Ademais, na complexidade do caso concreto, a situação deve ser analisada cum grano salis. Do contrário, estar-se-á chancelando a utilização do processo penal como meio de coerção por lapso temporal indefinido, trabalhando-se com mero juízo de probabilidade, e não de certeza, violando-se o princípio in dubio pro reo.

Seguindo tais balizas, infere-se que os depoimentos dos auditores da receita estadual que atuaram no caso, prestados em juízo, endossam tão somente a irregularidade tributária pautada na normativa estadual (contrariamente à orientação do STJ sobre a lei federal), não conferindo lastro à configuração do dolo do agente.

A testemunha José Maria Frazão de Melo e Alvim Filho, em seu relato, pontuou que o contribuinte não poderia utilizar o crédito de consumo, pois a legislação estadual não permite; que combustível é material de consumo e é vedado, pois o contribuinte não tem direito a utilizar o crédito decorrente dessa operação; que sua atividade é regida pela legislação da matéria; que tinha que se reportar apenas ao que foi lançado e declarado pelo contribuinte; que ele se apropriou por um crédito que, no Estado, não é permitido; que fez o estorno do crédito e a autuação.

O auditor Moisés Santos Silva, por sua vez, declarou que cruza os dados do contribuinte com os registros das notas; que houve intimação e notificação da irregularidade, com prazo para defesa, mas ele não o fez nem recolheu espontaneamente, advindo o lançamento do crédito tributário; que, no Maranhão, não há direito ao crédito fiscal pelo combustível.

O contador J. R. C. aduziu em audiência que, na época dos fatos, entrava em contato com o setor jurídico para suporte das diretrizes tributárias.

O apelante, em seu interrogatório, salientou que nunca esteve no Maranhão, pois os diretores regionais supriam essa necessidade; que delegou autonomia ao jurídico para certas decisões, pois era impossível acompanhar tudo pessoalmente devido à extensão do negócio na época; que hoje está em recuperação judicial; que como o jurídico entendeu que a tese do creditamento era viável, não questionou a decisão, dada a autonomia do setor; que os diretores tinham autonomia e o interrogado não era cientificado de todos os detalhes devido à magnitude da empresa.

Diante desses depoimentos, é certo que o âmbito penal não é o espaço propriamente adequado para a discussão dos motivos que levaram à autuação; entretanto, havendo o entendimento consolidado na Corte - incumbida da função constitucional de interpretar o Direito Federal - de que combustível para as transportadoras é insumo, pode-se dizer com precisão (e muito além da dúvida razoável) que o agente não agiu com dolo, ainda que eventual.

Frise-se que a condição de Bacharel em Direito do réu é apta, inclusive, a alicerçar o raciocínio de que estava agindo de forma adequada ao fazer jus ao creditamento, à luz da orientação da Corte Superior sobre o tema.

Acerca da não configuração do dolo no caso em testilha, bem como da necessária absolvição do acusado pela falta do elemento anímico, cumpre observar os

julgados adiante reproduzidos, verbis:

*APELAÇÃO CRIME – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO I, II E IV, DA LEI Nº 8.137/90) – PARCIAL PROCEDÊNCIA – 1. DEFESA PELA ABSOLVIÇÃO – CABIMENTO – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO ICMS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO ADMINISTRADOR – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE TENHA AGIDO MEDIANTE FRAUDE TRIBUTÁRIA – 2. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEFENSOR DATIVO – CABIMENTO – RECURSO PROVIDO, COM O ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Tendo em vista que para a configuração da prática do crime contra a ordem tributária faz-se necessária a **comprovação do elemento subjetivo doloso, ou seja, a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo devido, a qual não se mostra devidamente comprovada no caso em análise, impõe-se a absolvição do acusado, com base no princípio in dubio pro reo.** O Estado deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao defensor dativo nomeado pelo juiz à parte, juridicamente necessitada. (TJPR - 2ª C. Criminal - 0014705-60.2014.8.16.0173 - Umuarama - Rel.: Desembargador LUIS CARLOS XAVIER - J. 25.09.2020). Como é cediço, o crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.” (STJ, RHC 93.168/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 12/03/2020) – ementa parcial.*

No campo doutrinário, faz-se de bom alvitre registrar o escólio de René Ariel Dotti: “A dúvida jamais pode autorizar uma sentença condenatória. Esta é a orientação da jurisprudência que deita raízes nas mais antigas práticas judiciárias. Para Aristóteles, a dúvida revela duas faces distintas: a) um estado subjetivo de incerteza; b) uma situação objetiva de indeterminação. Em decisão memorável, o juiz Souza Neto adverte que não se pode condenar em estado de dúvida: Não há um princípio de filosofia, um dogma de moral, um cânone de religião, um postulado de bom senso, uma regra jurídica que autorize um pronunciamento condenatório na dúvida. (...) A justiça só vive da prova. Só o arbítrio se alimenta do monstro da presunção. A dúvida é a certeza

dos loucos. Estes não julgam; são julgados.” (A tragédia e a lei, p. 5). “(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 249)

Em face da constatação pela não configuração do dolo, e verificando que o proceder do apelante encontrava-se acobertado por robusto entendimento do STJ no sentido de que o combustível era adquirido na qualidade de insumo, exsurge a inviabilidade de manutenção da condenação imposta em Primeiro Grau, tanto pela ótica da não culpabilidade, como pela máxima in dubio pro reo.

Repise-se que, em sede de processo criminal, o magistrado somente poderá decidir pela condenação do réu quando respaldado em elementos que lhe proporcionem plena convicção acerca da materialidade e da autoria delitiva, não sendo suficiente a suspeita ou mesmo a alta probabilidade da prática do crime por um indivíduo. Por todo o estigma que uma condenação acarreta, não bastam meras suposições fincadas à margem do elemento anímico, até porque, no processo penal, a existência de dúvida deve favorecer a defesa.

Sobre o ponto, é oportuna a orientação preconizada pela Min. Rosa Weber sobre a dúvida no processo penal: “*A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt) (...)*” (AP 676, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018).

Ao opinar pela manutenção da condenação firmada na instância singular, o Ministério Público de Segundo Grau apenas endossou as constatações dos relatórios dos débitos consolidados e dos autos de infração, olvidando-se de abordar a orientação jurisprudencial sobre a natureza de insumo do combustível e da ausência de dolo do agente. O exame de tais pontos seria crucial ao correto deslinde do feito, sobrepujando a condenação imposta para fazer valer o direito ao creditamento, bem como para alicerçar a absolvição do apelante.

Assim, diante de todas as alegações minuciosamente examinadas, conclui-se que a condenação imposta merece reforma, eis que, estando desguarnecida de base jurídica sólida, fere de morte o princípio da não culpabilidade.

Ante o exposto, e contrariamente ao parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço e **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto para, reformando a sentença alvejada, absolver o apelante **L. G. S.**, nos termos do art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, data do sistema.

GERVÁSIO Protásio dos **SANTOS** Júnior
Desembargador Relator

O presente e-book, intitulado "COLETÂNEA DE ACÓRDÃOS CRIMINAIS: Gabinete Desembargador Gervásio Santos - junho /2022 a maio/2023", é fruto do trabalho conjunto de toda a equipe que integra o Gabinete do Desembargador Gervásio Santos e resultado da parceria firmada com a Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão (Esmam).

Esta obra reúne uma seleção cuidadosa de acórdãos de relatoria do Desembargador Gervásio Santos proferidos entre junho/2022 e maio/2023, enquanto membro da 3ª Câmara Criminal, ao lado da Desa. Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro e do Des. Sebastião Joaquim Lima Bonfim, e também da Seção de Direito Criminal do TJMA, órgão composto pelo Des. Antonio Fernando Bayma Araújo, Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Des. José Luiz Oliveira de Almeida, Des. Vicente De Paula Gomes De Castro, Des. Francisco Ronaldo Maciel Oliveira, Des. Gervásio Protásio dos Santos Júnior, Desa. Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro e Des. Sebastião Joaquim Lima Bonfim. Os acórdãos selecionados abordam questões de direito criminal de relevante repercussão jurídica e social, refletindo as discussões atuais presentes nas cortes de justiça de todo o país.

O objetivo deste e-book é disponibilizar o conhecimento jurídico produzido pelo TJMA através de seus órgãos de julgamento não apenas para a comunidade jurídica, mas também para estudantes de Direito e sociedade em geral, incitando o debate sobre relevantes temas de direito penal e processual penal que permeiam o Poder Judiciário e que repercutem em toda sociedade.