



Número: **0300347-70.2018.8.05.0112**

Classe: **APELAÇÃO CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **Segunda Câmara Criminal 1ª Turma**

Órgão julgador: **Des. Julio Cezar Lemos Travessa - 2ª Câmara Crime 1ª Turma**

Última distribuição : **12/08/2020**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **0300347-70.2018.8.05.0112**

Assuntos: **Crimes de Responsabilidade**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
JOAO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO (APELANTE)		ETIENNE COSTA MAGALHAES (ADVOGADO) JOAO DANIEL JACOBINA BRANDAO DE CARVALHO (ADVOGADO) EDIL MUNIZ MACEDO JUNIOR (ADVOGADO)	
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA (APELADO)			
Thiago Pretti Pedreira (TERCEIRO INTERESSADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
46187 665	26/06/2023 10:50	Acórdão	Acórdão



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL N° 0300347-70.2018.8.05.0112
COMARCA DE ORIGEM: ITABERABA-BA.
APELANTE: JOÃO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARLY BARRETO DE ANDRADE
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL-1ª TURMA

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º, INCISOS II E XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67, EM CONCURSO MATERIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 69, CPB. 1) PRELIMINARES: 1.1) PLEITO PELA CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA, A FIM DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO SE MANIFESTASSE SOBRE O ANPP. IMPOSSIBILIDADE. DA ANÁLISE DOS AUTOS, VERIFICA-SE QUE A DENÚNCIA FORA RECEBIDA EM 29/01/2014, INAUGURANDO, POIS, A AÇÃO PENAL. TEM-SE, DESSA FORMA, COM FULCRO NAS PACÍFICAS JURISPRUDÊNCIAS DA CORTE CIDADÃ E DO PRETÓRIO EXCELSO, QUE ” CONSIDERADA A NATUREZA HÍBRIDA DA NORMA E DIANTE DO PRINCÍPIO”TEMPUS REGIT ACTUM”EM CONFORMAÇÃO COM A RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA, O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL INCIDE AOS FATOS OCORRIDOS ANTES DA



ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.964/2019, DESDE QUE AINDA NÃO TENHA OCORRIDO O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA”, O QUE NÃO É, COMO VISTO, O CASO SUBEXAMINE. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE. 1.2) ROGO PELA NULIDADE DA AUDIÊNCIA REALIZADA EM 15/07/2014 E, PORTANTO, DOS ATOS PROCESSUAIS SUBSEQUENTES, HAJA VISTA A SUPOSTA AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA PARA ATUAR NO FEITO, POR SE TRATAR DE AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INVIABILIDADE. O MINISTÉRIO PÚBLICO É ÓRGÃO E ÚNICO, QUANTO À SUA FINALIDADE, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE - ARTIGO 127, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ADEMAIS, OS MEMBROS DO PARQUET GOZAM DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL, CUJA HIERARQUIA SÓ EXISTE NA PARTE ADMINISTRATIVA. GUIZE-SE, PARA ALÉM, AINDA QUE HOUVESSE AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ASSENTADA, O QUE NÃO OCORRERA NO CASO EM TESTILHA, NÃO VERIFICAR-SE-IA, DE PER SI, UMA CAUSA DE ATIPICIDADE PROCESSUAL, HAJA VISTA TER A CORTE CIDADÃ FIRMADO ENTENDIMENTO DE QUE “NÃO HÁ QUALQUER VÍCIO A SER SANADO NAS HIPÓTESES EM QUE, APESAR DE INTIMADO, O MINISTÉRIO PÚBLICO DEIXA DE COMPARECER À AUDIÊNCIA E O MAGISTRADO, CONDUTOR DO PROCESSO, FORMULA PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS SOBRE OS FATOS CONSTANTES DA DENÚNCIA, MORMENTE NAS HIPÓTESES EM QUE A DEFESA NÃO SE INSURGE NO MOMENTO OPORTUNO E QUE NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO (ART. 563 DO CPP)’ (RESP 1.348.978/SC, REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRO NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJE 17/2/2016)” (HC N. 661.506/MA, QUINTA TURMA, REL. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJE DE 28/6/2021). REJEIÇÃO. 1.3) PEDIDO PELO RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA, A FIM DE ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO RELACIONADA AO USO DOS CARNÊS DE IPTU, NOS TERMOS DA SÚMULA 453 DO STF. INVIABILIDADE. INOCORRÊNCIA DA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 383 DO CPPB. CONSOANTE ESTABELECIDO PELA CORTE CIDADÃ, “FICA AFASTADA A TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 383 DO CPP SE, OBSERVADO O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, O RÉU FOI CONDENADO POR FATO DESCRITO NA DENÚNCIA, EM CONFORMIDADE COM A NARRATIVA ACUSATÓRIA” (GRG NO ARESP N. 1.235.019/SP, RELATOR



MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, JULGADO EM 18/8/2020, DJE DE 25/8/2020) REJEIÇÃO. 2) BRAMIDO PELA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE, HAJA VISTA AS SUPOSTAS AUSÊNCIAS DE TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL. INVIABILIDADE. PREFEITO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA AO FATO TÍPICO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM PECULATO DE USO, BEM COMO A EFETIVA LESÃO OU EXPOSIÇÃO DE PERIGO DE UM BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO. PRECEDENTES DA CORTE CIDADÃ E DO PRETÓRIO EXCELSO. IMPROVIMENTO. 3) IMPRECAÇÃO PELA ATIPICIDADE, HAJA VISTA FUNGIBILIDADE DO BEM UTILIZADO. IMPOSSIBILIDADE. CONSOANTE ENTENDIMENTO PACIFICADO DA CORTE CIDADÃ, A TIPICIDADE DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º, INC. II, DO DECRETO-LEI 201/67 INDEPENDE DA NATUREZA DO BEM PÚBLICO, ISTO É, SE FUNGÍVEL OU INFUNGÍVEL. IMPROVIMENTO. 4) ROGO PELA ABSOLVIÇÃO, EM FACE DA AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. INVIABILIDADE. IMAGENS COLACIONADAS AOS AUTOS QUE DEMONSTRAM FAIXA AFIXADA NO VEÍCULO DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO, ENALTECENDO A FIGURA PESSOAL DO ALCAIDE. IGUALMENTE, IMAGENS QUE DEMONSTRAM AS FOTOGRAFIAS DO PREFEITO NOS CARNÊS DE IPTU, PERFAZENDO PROPAGANDA PESSOAL DO GESTOR PÚBLICO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS ENTABULADOS PELOS ENTÃO SECRETÁRIOS, SUBORDINADOS AO RECORRENTE, QUE INDICAM, INCONTINENTI, A EXISTÊNCIA DO FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. HÁ A EXISTÊNCIA DE UM VÍNCULO FUNCIONAL ENTRE O AGENTE PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; A POSSE E RESPONSABILIDADE SOBRE O BEM PÚBLICO; A APROPRIAÇÃO DO BEM PELO AGENTE PÚBLICO E A VIOLAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. INCONTESTE MÁCULA AO ARTIGO 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA, CORTE DA CIDADANIA E PRETÓRIO EXCELSO. TESE INCONCEBÍVEL, DIANTE DE TODO ARCABOUÇO ELENADO, DE QUE O APELANTE, ENQUANTO PREFEITO DO MUNICÍPIO, NÃO SOUBESSE DOS FATOS SUBEXAMINE. IMPROCEDÊNCIA. 5) DOSIMETRIA. 5.1) PRIMEIRA FASE. DECOTE DAS CONSEQUÊNCIAS, NO QUE PERTINE AO DELITO RELATIVO A EMISSÃO DE CARNÊS DE IPTU; E MANUTENÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS, QUANTO AOS DOIS CRIMES. 5.2) SEGUNDA FASE. ROGO PELA APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DOS ARTIGOS 65, III, “B” E 66, AMBOS DO CPB. IMPOSSIBILIDADE. NÃO HÁ PROVAS NOS AUTOS DE QUE



O RECORRENTE TENHA PROCURADO, POR SUA ESPONTÂNEA VONTADE E COM EFICIÊNCIA, LOGO APÓS O CRIME, EVITAR-LHE OU MINORAR-LHE AS CONSEQUÊNCIAS, OU TER, ANTES DO JULGAMENTO, REPARADO O DANO. IMPROVIMENTO. 5.3) PLEITO PELA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLEMENTO DOS REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DAS MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO, ESPAÇO, MODUS OPERANDI E UNIDADE DE DESÍGNIOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. IMPROVIMENTO. 5.4) NOVO CÁLCULO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA O PATAMAR DE 05 (CINCO) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. 6) PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DEVIDAMENTE ANALISADA. PREJUDICADO. 7) CONCLUSÃO: CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO, REJEITAR AS PRELIMINARES E PROVÊ-LO PARCIALMENTE, PARA REDIMENSIONAR A REPRIMENDA AO PATAMAR DE 05 (CINCO) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0300347-70.2018.8.05.0112, da Comarca de Feira de Itaberaba/BA, sendo Apelante o **JOÃO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO** e, Apelado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER do recurso de Apelação, REJEITAR AS PRELIMINARES e PROVÊ-LO PARCIALMENTE, para redimensionar a reprimenda ao patamar de 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, conforme certidão de julgamento.

Sala de Sessões, data registrada no sistema.



Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA

RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Provido em parte. Maioria
Salvador, 15 de Junho de 2023.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA



Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL N° 0300347-70.2018.8.05.0112
COMARCA DE ORIGEM: ITABERABA-BA.
APELANTE: JOÃO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARLY BARRETO DE ANDRADE
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL-1ª TURMA

RELATÓRIO

Trata-se de **APELAÇÃO**, interposta por **JOÃO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO**, tendo como Recorrido o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, inconformado com a Sentença condenatória proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaberaba, Estado da Bahia.

Narrou na inicial:

“Consta das peças extraídas da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, intentada pela 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itaberaba/BA, que o denunciado, a pretexto de divulgar as ações governamentais desenvolvidas no ano de 2011, utilizou-se, indevidamente, de rendas e serviços públicos, em proveito próprio, ao promover publicidade autopromocional, desvirtuada do caráter informativo, tendo em vista a patente vinculação ao seu nome e imagem pessoais, consoante comprova a documentação acostada, violando, assim, os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. A ostentação autopromocional destaca-se nas fotografias inseridas nos presentes autos e extraídas da mídia



eletrônica, nas quais aparecem nomes do gestor denunciado e de outra figura proeminente da política estadual, situações fáticas que destoam da natureza informativa da publicidade institucional permitida legalmente, uma vez que o denunciado, no mês de junho de 2011, utilizou-se de faixa afixada em uma máquina agrícola pública, estacionada em frente à sede da Prefeitura Municipal, contendo a seguinte mensagem: 'Mais uma Conquista do Prefeito João Filho com o Dep. João Leão'. Ressalta-se que a aposição da mencionada faixa ocorreu no mês em que foram celebrados os festejos juninos, de modo que a propaganda autopromocional, indevida e ilegal, alcançou maior número de destinatários, em razão do grande movimento de pessoas que circulavam na via pública no referido período. Outrossim, a partir de janeiro de 2011, o denunciado utilizouse do carnê do IPTU, aparecendo em três (3) fotografias, a fim de promover sua imagem pessoal (docs. Anexos). Dessa forma, a ilicitude dos atos realizados pelo denunciado se caracteriza através do marketing político, do uso indevido de seu nome e imagens, beneficiando-se de recursos e serviços públicos, em proveito próprio. Por fim, o uso da publicidade autopromocional pelo denunciado está em flagrante desconformidade com o disposto no art. 37, caput, e § 1º, da Constituição Federal, ratificado pelo artigo 27 da Constituição do Estado da Bahia, porquanto dissociada do caráter informativo, educativo ou de orientação social." (SIC)

Foi, portanto, denunciado, pelo Crime previsto no artigo 1º, incisos II e XIV, do Decreto-lei nº 201/67, em concurso material, nos termos do artigo 69, CPB.

Devidamente notificado, o Denunciado se manifestou nas fls. 194/212. A denúncia foi recebida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sessão de julgamento designada para tanto, conforme consta das fls. 242/251.

Citado, o Denunciado apresentou Resposta às fls. 299/308. A fase instrutória se desenrolou na forma registrada às fls. 388/393, 584/585, 795/796 e 889/891. O Ministério Público apresentou alegações finais nas fls. 973/978, nas quais pugnou pela procedência da Denúncia. Argumentou que a materialidade e autoria dos fatos estavam comprovadas por meio de documentos apresentados nos autos. Além disso, pontuou que as testemunhas ouvidas na fase instrutória



(Marigilza, José Francisco, Marivaldo, Natanaelson) disseram ter ciência das irregularidades quanto a emissão de carnês de IPTU com fotografia do Apelante, bem como disseram que, após ter sido constatado tal fato, teriam procedido com o recolhimento dos carnês expedidos.

A Defesa do Apelante, por sua vez, apresentou alegações finais nas fls. 981/989, para ratificar as matérias preliminares suscitadas na primeira ocasião em que falou nos autos e, no mérito, ponderou os seguintes aspectos:

“1) bis in idem quando do recebimento da denúncia quanto aos tipos previstos no art. 1º, incisos II e XIV, do Dec-lei nº 201/67; 2) que em sede instrutória demonstrou-se que os fatos não ocorreram conforme o MPBA aduziu nos autos, ponderando que a existência de uma fotografia no carnê de IPTU não autorizaria a conclusão de que se trataria de autopromoção; 3) que o Apelante não teria participado e, outrossim, anuído com a veiculação da sua imagem no carnê de IPTU; 4) que o MPBA não comprovou que a emissão dos carnês por meio de custeio por verba pública; 5) que os carnês, quando constatada a irregularidade, foram logo recolhidos pela Administração Pública Municipal”.

O Juízo proferiu sentença, ID nº. 28759330, cujo dispositivo:

“4 – DISPOSITIVO Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia, CONDENANDO o Réu JOÃO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO pela prática de crime previsto no art. 1º, inciso II, Decreto-lei nº 201/67(duas vezes), em concurso material (art. 69, CP), fixando a pena definitiva em em 07 (sete) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em REGIME INICIALMENTE FECHADO, conforme consta do tópico 3-E, e ABSOLVENDO quanto ao crime previsto no art. 1º, inciso XIV, Decreto lei nº 201/67 (...)” (SIC)

Houve certidão de encaminhamento ao DJE para publicação no dia 10/02/2020, ID nº. 28759331, com intimação do



Apelante, consoante certidão de ID nº. 28759336, e oposição de Aclaratórios no ID nº. 28759338. Com vista ao *Parquet*, este se manifestou, ID nº. 28759343, pela rejeição do Embargos.

O Juízo a quo, ID nº. 28759344, rejeitou os Aclaratórios, com intimação disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 27/04/2020, e interposição de Apelação, tempestivamente, no ID nº. 28759349, em 04/05/2020, com razões apresentadas nos ID's nº. 28759361 e 28759418, pugnando, ao final:

“Ante o provido o suscitadas, exposto, requer seja Apelo para acolher as a fim de:

- i) Baixar os autos em diligência, determinando-se a intimação do Ministério para manifestar-se sobre o interesse de propor o acordo de não persecução penal, na forma do art. 28-A do CPP;
- ii) Reconhecer a violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença para absolver o Apelante da imputação relacionada ao uso dos carnês de IPTU, nos termos da Súmula 453 do STF;
- iii) Declarar a nulidade da audiência realizada em 15 de julho de 2014 (fl. 388), bem como dos atos processuais subsequentes, determinando o retorno dos autos à origem para a sua renovação.

No mérito, pugna pela reforma da sentença recorrida, a fim de julgar totalmente improcedente os pedidos formulados na denúncia.

Na hipótese de manutenção da condenação, no que tange à dosimetria da pena requer:

A fixação da pena-base dos 02 (dois) delitos no mínimo legal, excluindo-se a valoração negativa das consequências e circunstâncias dos crimes;

Mantida a desvalorização de qualquer dos requisitos do art. 59 do CP, a redução do quantum de pena atribuído a cada um deles;



A incidência da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, "b", ou no art. 66, ambos do CP;

iv) o reconhecimento da continuidade delitiva em substituição ao concurso material, promovendo-se a redução da pena;

A fixação do regime semiaberto ou aberto para cumprimento de pena, em substituição ao regime inicial fechado imposto na sentença;

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na hipótese de redução da pena, em razão do acolhimento de qualquer dos pedidos anteriores, para patamar não superior a 04 (quatro) anos". (SIC)

O Ministério Público, então, apresentou Contrarrazões, ID nº. 28759422, pelo conhecimento do Recurso, rejeição das preliminares e desprovimento, mantendo-se, pois, *in totum*, o comando Sentencial.

Houve digitalização dos autos, tendo sido distribuídos, mediante sorteio, consoante ID nº. 24539812 e, aberta vista à Procuradoria de Justiça, esta apresentou Parecer, ID nº. 24539824, pelo conhecimento e improvimento do Apelo.

Novas diligências foram determinadas e cumpridas, notadamente aquelas que diziam respeito à regularização da digitalização dos autos, o correto colacionamento e ordem dos autos, efetuando, pois, nova conclusão dos autos.

É o que insta, brevemente, relatar.

Sala de Sessões, data registrada no sistema.



Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA

RELATOR

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL N° 0300347-70.2018.8.05.0112
COMARCA DE ORIGEM: ITABERABA-BA.
APELANTE: JOÃO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARLY BARRETO DE ANDRADE
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL-1ª TURMA

VOTO



Conhece-se do recurso em testilha, haja vista o adimplementos dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Passa-se, pois, à sua análise.

1 – PRELIMINARMENTE:

1.1 - PLEITO PELA CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA, A FIM DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO SE MANIFESTASSE SOBRE O ANPP. IMPOSSIBILIDADE. DA ANÁLISE DOS AUTOS, VERIFICA-SE QUE A DENÚNCIA FORA RECEBIDA EM 29/01/2014, INAUGURANDO, POIS, A AÇÃO PENAL. TEM-SE, DESSA FORMA, COM FULCRO NAS PACÍFICAS JURISPRUDÊNCIAS DA CORTE CIDADÃ E DO PRETÓRIO EXCELSO, QUE ” CONSIDERADA A NATUREZA HÍBRIDA DA NORMA E DIANTE DO PRINCÍPIO"TEMPUS REGIT ACTUM"EM CONFORMAÇÃO COM A RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA, O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL INCIDE AOS FATOS OCORRIDOS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.964/2019, DESDE QUE AINDA NÃO TENHA OCORRIDO O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA”, O QUE NÃO É, COMO VISTO, O CASO SUBEXAMINE. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE.

Pugnou, preambularmente, o Recorrente, que o feito fosse encaminhado, em diligência, ao Ministério Público, a fim de que o *Parquet* oferecesse Acordo de Não Persecução Penal.

Razão não lhe assiste.



Consoante é de conhecimento comezinho, o **Acordo de Não Persecução Criminal** fora **implantado pela Lei nº. 13.964/2019**, que passou a vigor em **23/01/2020**, sendo este um instituto pré-processual, bilateral, de direito negocial, insculpido no artigo 28-A, da Lei Adjetiva Penal Pátria, tendo como proponente o Órgão Ministerial.

Para que haja a possibilidade de proposição do prealudido instituto pelo *Parquet*, é necessário que haja a **confissão formal circunstanciada**, pelo agente, da prática da infração que está a ser investigada, a qual **não poderá conter violência ou grave ameaça**, além de possuir **pena mínima, em abstrato, inferior a 04 (quatro) anos**, sendo consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, além, é claro, que este **seja suficiente à reprovação e prevenção do delito**.

Saliente-se, neste escopo, que **NÃO SE APLICARÁ O ANPP**, aos **episódios em que for possível a transação penal**, consoante artigo 76 da Lei nº. 9.099/95; às situações que **envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher**, devidamente açambarcados pela Lei Maria da Penha; quando o agente tiver sido **beneficiado nos 05 (cinco) anos predecessores à prática da infração, tanto com ANPP, transação penal ou, ainda, suspensão condicional do processo**, artigo 89 da Lei 9.099/95; nas hipóteses em que houver **reincidência**, ou **elementos comprobatórios a indicar a sua conduta criminosa habitual, de modo reiterado ou profissional**, à exceção de “insignificantes infrações penais pretéritas”.

Nas palavras da Corte Cidadã:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.



ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**. OFERECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MARCHA PROCESSUAL AVANÇADA. **NÃO** ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/**STJ**. NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA. **I - A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como "Pacote Anticrime") refletiu no trabalho do membro do Ministério Público, em especial ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, que prevê o instituto do acordo de não persecução penal. Em síntese, este instituto inaugurou nova realidade no âmbito da persecução criminal, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o , juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes. II - 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 acordo de não persecução penal, os quais estão expressamente previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime**". (...) (STJ - AgRg no HC: 690236 SP 2021/0277213-0, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), Data de Julgamento: 07/12/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2021) (grifos acrescentados)

Importante observar, neste escopo, de que **não se trata de direito subjetivo do agente**, consone vem a decidir o Pretório Excelso:

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. **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 reprovação 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 BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento”. (HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021) (grifos acrescidos)

Feitas estas considerações, insta salientar que, como dito, trata-se de um instituto pré-processual, o qual, evidentemente, não cabe após o início da ação penal que se dá com o recebimento da Denúncia.

No caso dos autos, a Denúncia fora recebida em 29/01/2014, tendo o processo, inclusive, já sido, consabido, devidamente sentenciado. Dessa forma, queda-se incontinenti o descabimento, como tem, inclusive, decidido a Corte Cidadã, veja-se:



“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA. FURTO SIMPLES E FURTO SIMPLES TENTADO. **NULIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). APLICAÇÃO RETROATIVA. PROCESSO SENTENCIADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE.** DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO FURTO DE PEQUENO VALOR (ART. 155, § 2º, DO CP). MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. APLICAÇÃO DE ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEXTA TURMA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. 1. **A decisão agravada deve ser mantida, pois a norma do art. 28-A do CPP, que trata do acordo de não persecução penal, somente é aplicável aos processos em curso até o recebimento da denúncia (AgRg no HC n. 627.709/SP, Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 9/4/2021). Ademais, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do AgRg no HC n. 628.647/SC, em 9/3/2021, firmou entendimento nesse mesmo sentido.** 2. Também deve ser mantida, quanto à dosimetria da pena, pois a decisão recorrida não conheceu da pretensão recursal, porque não foi analisada pela Corte local. Então, tem-se que matéria não analisada pelo Tribunal de origem não pode ser diretamente apreciada por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância (AgRg no HC n. 617.823/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 30/3/2021). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 614.169/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/5/2021, DJe 4/6/2021.)(grifos acrescidos)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.** 1. **No julgamento do HC 628.647/SC, em 9/3/2021, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, alinhando-se ao entendimento da Quinta Turma, firmou compreensão de que, considerada a natureza híbrida da norma e diante do princípio "tempus regit actum" em conformação com a retroatividade penal benéfica, o acordo de não persecução penal incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento**



da denúncia. 2. Recebida a denúncia em 20/4/2018 e proferida sentença condenatória em 5/11/2019, não se aplica o acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/2019. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, à luz do parágrafo único do art. 2º do Código Penal. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 648.864/MS, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO, SEXTA TURMA, julgado em 15/6/2021, DJe 18/6/2021.)(grifos acrescentados)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ENVIO DOS AUTOS AO PARQUET PARA OFERTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. DELITO COM PENA MÍNIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. NORMA DE CUNHO PROCESSUAL. TEMPUS REGIT ACTUM. PRECEDENTES. **INVIABILIDADE DE PROPOSTA DE ANPP APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.** DOSIMETRIA. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] - **Ademais, não é possível a aplicação do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal após o recebimento da denúncia, em respeito ao princípio do tempus regit actum, consignado no art. 2º do Código de Processo Penal. Desse modo, apesar de o acórdão de apelação que confirmou a condenação do paciente, haver sido proferido em 20/3/2019, quando já estava em vigor a Lei n. 13.964/2019 (23/1/2020), a denúncia contra ele já havia sido recebida, tanto é assim, que houve sentença condenatória exarada em 20/11/2018. Precedentes.** [...] - Agravo regimental não provido”. (AgRg no HC 593.412/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/2/2021, DJe 1º/3/2021.)(grifos acrescentados)



“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. LEI N. 13.964/2019. INAPLICÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. LEGALIDADE. DISCRICIONARIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PENA DE MULTA. NÃO RECOMENDÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - E assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II - Com efeito, **o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.** (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020)“(HC n. 607.003/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/11/2020). [...] Agravo regimental desprovido”. (AgRg no HC 626.582/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 2/2/2021, DJe 8/2/2021.) **Na hipótese, a denúncia foi recebida em 5/6/2015 (e-STJ fls. 113/115), antes da entrada em vigor da referida norma. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.** Publique-se. Intimem-se. Brasília, 10 de novembro de 2022. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Relator (STJ - REsp: 2023224 SP 2022/0270452-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Publicação: DJ 11/11/2022)(grifos acrescentados)

Na mesma toada, aquilo que preceitua o Pretório Excelso:



“HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. INEXISTÊNCIA. ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA DA REDUÇÃO. AGENTE COM IDADE INFERIOR A 70 ANOS NA DATA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA DO TERMO INICIAL DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA AO PACIENTE. OCORRÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE AO MP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. LEI 13.964/19. ART. 28-A DO CPP. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. Habeas corpus impetrado contra acórdão prolatado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que rejeitou os embargos de declaração opostos contra acórdão que negou provimento ao agravo regimental no recurso especial. 2. Incabível habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, extraordinário ou revisão criminal, salvo em caso de manifesta ilegalidade, consoante pacificado deste Supremo Tribunal Federal. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado no sentido de que deve ser considerada a idade do agente no momento em que é proferida a sentença condenatória, não sendo possível aplicar a data do acórdão confirmatório da condenação para fins de redução do prazo prescricional. 4. O termo inicial da pretensão executória se dá com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes. 5. Impossibilidade de aplicação retroativa do art. 28- A do CPP quando houver sentença condenatória. - Pelo não conhecimento do habeas corpus, e, subsidiariamente, pela denegação da ordem. É o relatório. Decido. Esta Suprema Corte firmou entendimento que o momento de verificação da idade do agente, para fins de redução do prazo prescricional pela metade, nos termos do art. 115 do Código Penal, é a data da sentença condenatória, não sendo aplicável a data de acórdão que confirma a sentença. Ilustram esse entendimento os seguintes acórdãos: Agravo regimental no agravo de instrumento n. 791.656, Ministro Joaquim Barbosa; Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no agravo em recurso extraordinário n. 1.033.206, Ministro Dias Toffoli; Agravo regimental no agravo em recurso extraordinário n. 1.241.886, Ministro Roberto Barroso; Habeas corpus n. 84.909, Ministro Gilmar Mendes; Agravo regimental no habeas corpus n. 135.208, Ministro Edson Fachin: ‘HABEAS CORPUS’ – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE HIPÓTESE DE REDUÇÃO, PELA METADE, DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO PENAL (CP, ART. 115)– INVIABILIDADE – DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL EM TORNO DA COMPREENSÃO DO ART. 115 DO CP,



CUJOS TERMOS APONTAM A DATA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COMO SENDO AQUELA JURIDICAMENTE RELEVANTE PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL PELA IDADE DO SENTENCIADO – SITUAÇÃO INOCORRENTE NO CASO – RÉU QUE CONTAVA COM MENOS DE 70 (SETENTA) ANOS DE IDADE À ÉPOCA DO MARCO TEMPORAL A SER CONSIDERADO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO”. (Agravo regimental no habeas corpus n. 143.813 , Ministro Celso de Mello) (grifos acrescidos)

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. A LEI Nº 13.964/2019, NO PONTO EM QUE INSTITUI O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP), É CONSIDERADA LEI PENAL DE NATUREZA HÍBRIDA, ADMITINDO CONFORMAÇÃO ENTRE A RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA E O TEMPUS REGIT ACTUM. 2. O ANPP SE ESGOTA NA ETAPA PRÉ-PROCESSUAL, SOBRETUDO PORQUE A CONSEQUÊNCIA DA SUA RECUSA, SUA NÃO HOMOLOGAÇÃO OU SEU DESCUMPRIMENTO É INAUGURAR A FASE DE OFERECIMENTO E DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 3. O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ENCERRA A ETAPA PRÉ-PROCESSUAL, DEVENDO SER CONSIDERADOS VÁLIDOS OS ATOS PRATICADOS EM CONFORMIDADE COM A LEI ENTÃO VIGENTE. DESSA FORMA, A RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA INCIDE PARA PERMITIR QUE O ANPP SEJA VIABILIZADO A FATOS ANTERIORES À LEI Nº 13.964/2019, DESDE QUE NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA. 4. NA HIPÓTESE CONCRETA, AO TEMPO DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 13.964/2019, HAVIA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E SUA CONFIRMAÇÃO EM SEDE RECURSAL, O QUE INVIABILIZA RESTAURAR FASE DA PERSECUÇÃO PENAL JÁ ENCERRADA PARA ADMITIR-SE O ANPP. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO COM A FIXAÇÃO DA SEGUINTE TESE: ‘O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) APLICA-SE A FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI Nº 13.964/2019, DESDE QUE NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA”. (Agravo regimental no habeas corpus n. 191.464, Ministro Roberto Barroso)(grifos acrescidos)



“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido pela Lei 13.964/2019, esgota-se na fase pré-processual, não sendo possível aplicá-lo ao presente feito. Precedentes. 2. O relator pode decidir monocraticamente pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula desta Corte, nos termos do art. 557, caput, do CPC e do art. 21, § 1º, do RISTF. Precedentes. 3. Nos termos da orientação firmada nesta Corte, cabe à parte recorrente demonstrar fundamentadamente a existência de repercussão geral da matéria constitucional em debate no recurso extraordinário, mediante o desenvolvimento de argumentação que, de maneira explícita e clara, revele o ponto em que a matéria veiculada no recurso transcende os limites subjetivos do caso concreto do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. 4. Revela-se deficiente a fundamentação da existência de repercussão geral de recurso extraordinário que se restringe à alegação genérica de que a questão em debate é dotada de repercussão geral. 5. Agravo regimental desprovido”.** (Agravo regimental no agravo em recurso extraordinário n. 1.254.952, Ministro Edson Fachin) (grifos acrescentados)

Tem-se, evidentemente, como necessidade premente a rejeição do pleito examinado.

1.

– ROGO PELA NULIDADE DA AUDIÊNCIA REALIZADA EM 15/07/2014 E, PORTANTO, DOS ATOS



PROCESSUAIS SUBSEQUENTES, HAJA VISTA A SUPOSTA AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA PARA ATUAR NO FEITO, POR SE TRATAR DE AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INVIABILIDADE. O MINISTÉRIO PÚBLICO É ÓRGÃO ÚNICO, QUANTO À SUA FINALIDADE, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE - ARTIGO 127, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ADEMAIS, OS MEMBROS DO PARQUET GOZAM DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL, CUJA HIERARQUIA SÓ EXISTE NA PARTE ADMINISTRATIVA. GUIZE-SE, PARA ALÉM, AINDA QUE HOUVESSE AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ASSENTADA, O QUE NÃO OCORRERA NO CASO EM TESTILHA, NÃO VERIFICAR-SE-IA, DE PER SI, UMA CAUSA DE ATIPICIDADE PROCESSUAL, HAJA VISTA TER A CORTE CIDADÃ FIRMADO ENTENDIMENTO DE QUE “ NÃO HÁ QUALQUER VÍCIO A SER SANADO NAS HIPÓTESES EM QUE, APESAR DE INTIMADO, O MINISTÉRIO PÚBLICO DEIXA DE COMPARECER À AUDIÊNCIA E O MAGISTRADO, CONDUTOR DO PROCESSO, FORMULA PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS SOBRE OS FATOS CONSTANTES DA DENÚNCIA, MORMENTE NAS HIPÓTESES EM QUE A DEFESA NÃO SE INSURGE NO MOMENTO OPORTUNO E QUE NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO (ART. 563 DO CPP)' (RESP 1.348.978/SC, REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRO NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJE 17/2/2016)" (HC N. 661.506/MA, QUINTA TURMA, REL. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJE DE 28/6/2021). IMPROVIMENTO.

Requeru, ademais, preliminarmente, a nulidade da audiência realizada em 15/07/2014, bem assim de seus atos subsequentes, haja vista a ausência da Procuradoria de Justiça ou, ainda, de ato que delegasse tal função ao Promotor de Justiça que estava presente naquele assentada, visto se tratar de ação de competência originária do Tribunal de Justiça.

Inicialmente, cabe sublinhar que o Ministério Público é órgão único, ou seja, atende ao princípio da unicidade, em homenagem ao artigo 127, parágrafo 1º, da Constituição da República.



Justamente por esta razão, não existem problemas em haver um presentante do órgão, seja ele Promotor ou Procurador de Justiça, haja vista possuírem a mesma atribuição constitucional, no que concerne à finalidade do Órgão Ministerial.

Guize-se, para além, que a independência funcional entre os Membros do *Parquet* atende à hierarquia meramente administrativa, mas, jamais, funcional, o que, evidentemente, ratifica a assertiva da prescindibilidade de ato que delegasse ou designasse um Membro para que fizesse as vezes da Procuradoria de Justiça.

Nesse contexto, é de bom alvitre sublimar, ainda que houvesse ausência do Ministério Público na assentada, isto não seria, de per si, um motivo para a declaração da atipicidade processual, consone entendimento balizado pela Corte da Cidadania, veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. MERA REITERAÇÃO DE PEDIDOS DESDE A ORIGEM. PLEITOS DEFENSIVOS QUE EXTRAPOLAM A VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE CONTINUAÇÃO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTE STJ. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECLUSÃO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL NO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL. INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO. (...) **IV - Não obstante a preclusão da matéria e a indevida supressão de instância, sobre a alegação de nulidade absoluta pela ausência do Promotor de Justiça na audiência de continuação da instrução, este Tribunal Superior consolidou que, "Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo,**



formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP)' (REsp 1.348.978/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/2/2016)" (HC n. 661.506/MA, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2021). (...)" (AgRg no RHC n. 154.120/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021.) (grifos acrescentados)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STJ. INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Havendo fundamento suficiente, por si só, para manter o acórdão recorrido, qual seja, a conclusão de que a ausência do Promotor de Justiça na audiência de instrução para a oitiva de testemunhas via carta precatória não acarretou prejuízo à defesa, senão à própria acusação, de tal sorte que, nos termos do art. 565 do CPP, nenhuma das partes poderá alegar nulidade referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse. 2. O Superior Tribunal de Justiça vem sufragando o entendimento de que o fato de o magistrado ter iniciado a inquirição das testemunhas e formulado perguntas, por se tratar de nulidade relativa, não enseja, por si só, a ocorrência de ilegalidade ou de nulidade do feito, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na hipótese vertente. 3. Tendo o Tribunal de origem concluído pela presença de estabilidade e permanência, requisitos para a configuração do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, rever tal entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido". (AgRg no REsp n. 1.273.791/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 1/12/2015, DJe de 11/12/2015.) (grifos acrescentados)



Ora, não houve demonstrarão de nenhum efetivo prejuízo; assim como não fora arguida, a suposta nulidade, no tempo correto; e, mais ainda: o fim foi processual foi incontestavelmente alcançado.

Leia-se pois, *ipsis literis*, o que estampa o aludido dispositivo legal:

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, “d” e “e”, segunda parte, “g” e “h”, e IV,

CONSIDERAR-SE-ÃO SANADAS:

I – se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II – se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III – se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos. (grifos acrescentados)

Apenas a fim de ratificar o quanto todo esposado, fite-se o quanto entabulado pela Procuradoria de Justiça, em seu Parecer:

“É dizer, ainda que fosse, da Procuradora-Geral de Justiça, a atribuição para participar da aludida assentada, por intermédio de ato delegatório, visto se tratar de ação penal



de competência originária do e. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a regularidade do feito não assenhoreou qualquer chaga, seja porque, o Ministério Público do Estado da Bahia se fez apresentar pelo digno Promotor de Justiça José Botelho Almeida y Neto*; seja porque, de tal circunstância não dimanou resquício de prejuízo, que é requisito fundamental, nos exatos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal”, para a declaração de nulidade de um ato^o; seja porque, o ato atingiu o seu especial fim, isto é, a realização da audiência de instrução para ouvida das testemunhas arroladas pela defesa”, elemento que restauraria, ex vi do artigo 572, inciso II, do Código de Processo Penal!?, a sua validade, caso estivesse enodado; seja porque, após a multicitada audiência, a Procuradoria-Geral de Justiça foi chamada a se manifestar sucessivas vezes no processo, não tendo ela suscitado qualquer despreço com a indigitada questão, mas, ao revés, cuidou de requerer o prosseguimento do feito!!; seja porque, caso reconhecida a reportada nulidade, a defesa não experimentaria qualquer proveito disso, à exceção do desnecessário alongue do feito, pois que a apontada audiência fora designada para oitiva das testemunhas de defesa. Por óbvio, a alegada carência do membro do Ministério Público, em audiência realizada com similar propósito, seria sobretudo positiva ao Apelante; seja porque, em sede de alegações finais, a defesa não arguiu nulidade que y sequer tangenciasse tal matéria”. (Grifos acrescidos; SIC)

Tem-se, dessarte, como necessário o pronto rechaço da pretensa atipicidade processual engendrada.

1.

– PEDIDO PELO RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA, A FIM DE ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO RELACIONADA AO USO DOS CARNÊS DE IPTU, NOS TERMOS DA SÚMULA 453 DO STF. INVIABILIDADE. INOCORRÊNCIA DA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 383 DO CPPB. CONSOANTE ESTABELECIDO PELA



CORTE CIDADÃ, “FICA AFASTADA A TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 383 DO CPP SE, OBSERVADO O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, O RÉU FOI CONDENADO POR FATO DESCRITO NA DENÚNCIA, EM CONFORMIDADE COM A NARRATIVA ACUSATÓRIA” (GRG NO ARESP N. 1.235.019/SP, RELATOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, JULGADO EM 18/8/2020, DJE DE 25/8/2020) REJEIÇÃO.

Pugnou o Recorrente, ainda em sede preliminar, o reconhecimento da violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença, a fim de absolver o Apelante da imputação relacionada ao uso dos carnês de IPTU, nos termos da Súmula 453 do STF.

Razão não lhe assiste, contudo.

Da minuciosa anamnese dos autos, vislumbra-se que o Órgão Ministerial, na Denúncia, assim destacou:

“Consta das peças extraídas da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, intentada pela 42 Promotoria de Justiça da Comarca de Itaberaba/BA, que o denunciado, a pretexto de divulgar as ações governamentais desenvolvidas no ano de 2011, **utilizou-se, indevidamente, de rendas e serviços públicos, em proveito próprio, ao promover publicidade e autopromocional, desvirtuada do caráter informativo, tendo em vista a patente vinculação ao seu nome e imagem pessoais, consoante comprova a documentação acostada, violando, assim, os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. [...] uma vez que o denunciado, no mês de junho de 2011, utilizou-se de faixa afixada em uma máquina agrícola pública, estacionada em frente à**



sede da Prefeitura Municipal, contendo a seguinte mensagem: [...] Outrossim, a partir de janeiro de 2011, o denunciado utilizou-se do carnê do IPTU, aparecendo em três (3) fotografias, a fim de promover sua imagem pessoais (docs. anexos). Dessa forma, a ilicitude dos atos realizados pelo denunciado se caracteriza através do marketing político, do uso indevido de seu nome e imagens, beneficiando-se de recursos e serviços públicos, em proveito próprio. Por fim, o uso da publicidade autopromocional pelo denunciado está em flagrante descompasso com o disposto no art. 37, caput, e 8 1º, da Constituição Federal, ratificado pelo artigo 27 da Constituição do Estado da Bahia, porquanto dissociada do caráter informativo, educativo ou de orientação social”.

(SIC)

O Juízo *a quo*, por sua vez, na Sentença, ateu-se aos fatos narrados na Exordial para promover a condenação, leia-se:

“No caso em questão, há exaustiva prova da autoria do Réu quanto ao crime y previsto no art. 18, inciso II, do Decreto-lei nº 201/67, a partir dá juntada de cópia de carnês de IPTU com numerosas imagens da sua pessoa, à época Prefeito de Itaberaba/BA, como forma de enaltecer e atrelar a sua imagem a eventos ou feitos desempenhados pela Administração Pública Municipal, com claro propósito de autopromoção que desborda dos princípio da moralidade e impessoalidade, transgredindo frontalmente o disposto no art. 37, 8 12, CF/88 e também a previsão constante do art. 18, inciso II, do Decreto-lei nº 201/67. [...] Ainda que tivesse havido dispêndio de numerário do próprio patrimônio do Réu, tal aspecto se revelaria como algo indiferente para a análise da conduta y em questão. É que o tipo previsto no art. 1º, inciso II, Decreto-lei nº 201/67 não visa somente proteger o patrimônio público, mas também o uso indevido de bens e serviços públicos por parte do Denunciado, especialmente visando proteger a moralidade administrativa, obstando-se que o gestor público se utilize de aspectos eminentemente ligados ao serviço público como tarefa autopromocional ou de auto-realização pessoal.



À evidência, a conduta de veicular-se carnês de IPTU com numerosas fotografias do Réu, na qualidade de Prefeito de Itaberaba em 2011, demonstra indubitável intenção de se autopromover por meio do uso indevido da máquina pública, configurando-se o tipo previsto no art. 1º, inciso II, Decreto-lei nº 201/67. Ia] [...] Uma vez emitidos os carnês com as fotografias do gestor público, tem-se uma situação de incalculabilidade de prejuízos à moralidade e impessoalidade, na medida em que não se consegue mensurar a quantidade de pessoas que receberam carnês com tamanho vício de inconstitucionalidade e ilegalidade, malbaratando-se princípios basilares de regência da Administração Pública e de y forma dolosa. [.] Há de se considerar, ainda, que ficou sobejamente comprovado nos autos que também houve dolosa publicidade autopromocional quando se afixou faixa publicitária alusiva ao nome do Denunciado e o então Deputado João Leal, empregada em uma máquina retroescavadeira recém-adquirida pelo Município de Itaberaba e estrategicamente estacionada à frente da sede da Prefeitura. Se constitui até como uma estratégia comum de publicidade oficial a entrega de viaturas ou ambulâncias em evento público, estando tais veículos estacionados em fila estratégica em dado local público. Não se desconhece que isso tem ocorrido até com certa frequência e com contornos limítrofes de ilegalidade, mas o que se discute em maior escala nos autos em questão é justamente a aposição do nome do Denunciado em equipamento público, com nitida intenção de se autopromover em razão de tal aquisição por parte do Município, desbordando-se dos limites da publicidade informativa, educativa ou de orientação social fixados constitucionalmente (art. 37, 8 1º, CF/88). [.] y A situação nos autos é de caráter similar, na medida em que comprova-se que o Réu, na condição de Prefeito de Itaberaba à época dos fatos, emitiu carnês de IPTU para o ano de 2011 com numerosas fotografias suas em mosaico e com claro intuito de autopromoção pessoal, além do fato de ter-se constatado a afixação de faixa publicitária contendo referência expressa ao seu nome e do Deputado João Leão, afixação essa ocorrida num equipamento do tipo retroescavadeira, à frente da sede da Prefeitura de Itaberaba e em pleno período junino, com maior circulação de pessoas”.

(grifos acrescidos)



Ora, o quanto entabulado na Denúncia está devidamente decidido na Sentença, não havendo, incontinenti, qualquer mácula ao princípio da correlação, que nada mais é, do que, nas palavras do festejado Marcellus Polastri Lima:

"(...) o chamado princípio da correlação entre acusação e sentença, ne eat iudex ultra petita partium, ou seja, ao juiz fica vedado julgar a causa fora do que foi pedido. Tal norma está prevista no Código de Processo Civil e também impera no Código de Processo Penal. Portanto, deve haver correlação entre acusação e sentença, não podendo o juiz condenar, v.g., o réu por roubo se foi imputado furto na denúncia do Ministério Público. Para que tal ocorra é necessário o aditamento da inicial, com aplicação do art. 384, parágrafo único do CPP". (grifos acrescentados) (31. Curso de Processo Penal, volume I, Rio de Janeiro, 2002, p. 46)

Consoante é de conhecimento comezinho, o Denunciado se defende dos fatos e não, no dispositivo legal. Examinando-se detidamente os autos, vê-se, indubitavelmente, que os fatos narrados na denúncia encontram plena sonância do édito condenatório, não sendo passíveis, logo, de revisão, com equidistância nas balizas estabelecidas pela Corte da Cidadania, contemple-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA RACIAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 381, INCISO III, E 619, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. **OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INEXISTÊNCIA.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Tribunal local apresentou fundamentos suficientes para rejeitar os embargos de declaração opostos pela Defesa. A propósito, da atenta leitura do acórdão recorrido, constata-se que o Tribunal a quo solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as



razões que firmaram o seu convencimento. **2. Vale ressaltar que, ainda que a Recorrente entenda equivocada ou insubsistente a fundamentação que alicerça o acórdão recorrido, isso não implica, necessariamente, que essa seja ausente. Há significativa distinção entre a decisão que peca pela inexistência de fundamentos e aquela que traz resultado desfavorável à pretensão do litigante. 3. Fica afastada a tese de violação ao art. 383, caput, do Código de Processo Penal, pois a Agravante foi condenada precisamente pelo fato delituoso descrito na peça acusatória. 4. Agravo regimental desprovido**". (AgRg no AREsp n. 1.938.268/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 24/3/2023.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÕES PROFERIDAS NA 2ª INSTÂNCIA. IMPUGNAÇÃO A TODOS OS SEUS FUNDAMENTOS. **INEXISTÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. DENÚNCIA. REQUISITOS. PRESENÇA. CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA.** EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. [...] 4. **Conforme a dicção do art. 383, do Código do Processo Penal, que estabelece a possibilidade de emendatio libelli, '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', não havendo que se falar em ofensa à correlação entre a acusação e a sentença quando a condenação se baseia em fatos criminosos claramente descritos na inicial acusatória. 5. Agravo regimental conhecido e improvido.**" (AgRg no AREsp n. 1.203.591/MS, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 10/8/2022; sem grifos no original.) **"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIDADE DOCUMENTAL E APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NÃO VIOLADO NA SENTENÇA. INOVAÇÃO RECURSAL INCABÍVEL. PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA BURLAR O NÃO CONHECIMENTO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Fica afastada a tese de violação do art. 383 do CPP se, observado o princípio da correlação, o réu foi condenado por fato descrito na denúncia, em conformidade com a narrativa acusatória. [...] 4. Agravo regimental não provido.**" (AgRg



no AREsp n. 1.235.019/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe de 25/8/2020) (grifos acrescentados)

Neste diapasão, sublinhe-se o quanto estampado pela Procuradoria de Justiça, em seu Opinitivo:

“Não houve, por certo, qualquer dissenso entre os fatos descritos na peça acusatória e os justificadores da sua condenação, sendo incontroverso, portanto, que o Apelante fora denunciado e condenado, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Decreto-lei nº 201/67, por ter emitido carnes de IPTU com fotografias suas e afixado faixa publicitária em veículo adquirido pelo Município de Itaberaba, com o nítido de escopo de se autopromover”. (grifos acrescentados)

Rejeita-se, de pronto, então, o rogo preliminar engendrado.

2 – MÉRITO:

2.1 - PEDIDO PELA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE, HAJA VISTA AS SUPOSTAS AUSÊNCIAS DE TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL. INVIABILIDADE. PREFEITO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA AO FATO TÍPICO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM PECULATO DE USO, BEM COMO A EFETIVA LESÃO OU EXPOSIÇÃO DE PERIGO DE UM BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO. PRECEDENTES DA CORTE CIDADÃ E DO PRETÓRIO EXCELSO. ROGO PELA ATIPICIDADE, HAJA VISTA FUNGIBILIDADE DO BEM UTILIZADO. IMPOSSIBILIDADE. CONSOANTE ENTENDIMENTO PACIFICADO DA CORTE CIDADÃ, A TIPICIDADE DO DELITO



PREVISTO NO ART. 1º, INC. II, DO DECRETO-LEI 201/67 INDEPENDE DA NATUREZA DO BEM PÚBLICO, ISTO É, SE FUNGÍVEL OU INFUNGÍVEL. IMPROVIMENTO.

Asseverou o Apelante, em suas Razões, a atipicidade formal e material do fato em epígrafe, trazendo, inclusive, tese sobre a impossibilidade de bem fungível constituir objeto material do delito em análise.

Pois bem. Conforme é de sabença trivial, quando se fala em tipicidade formal, diz-se, apenas, acerca do enquadramento da conduta ao fato típico; ao passo que, a tipicidade material, é a efetiva lesão ou exposição de perigo de um bem jurídico penalmente tutelado.

Leia-se, então, o que entabula o crime:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;” (grifos acrescentados)

Resta evidente, pois, que a tipicidade formal está disposta na tentativa do Recorrente, então Prefeito, de se autopromover através de fotografias que possuíam sua imagem colacionadas nos carnês de IPTU, os quais foram



emitidos pelo próprio Município de Itaberaba-BA, assim como na faixa publicitária que fora aposta em veículo adquirido, também, pelo Município.

De igual modo, é notória a tipicidade material do delito, cujo julgado abaixo elencado de lavra do Pretório Excelso é auto explicativo, veja-se: **NÃO SE CONFUNDINDO COM A FIGURA DO PECULATO DE USO, CUJA ATIPICIDADE É PACÍFICA**, veja-se:

Ementa: **AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA RATIONE MUNERIS. DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PÚBLICOS. ART. 1º, II, DECRETO-LEI N. 201/67. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL A PROPAGANDAS DE GOVERNO QUE PROMOVAM A FIGURA DE GOVERNANTES. ART. 37, § 1º, DA CRFB. PRECEDENTES. AÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. DOSIMETRIA. REQUISITO NECESSÁRIO DOS VOTOS CONDENATÓRIOS, AINDA QUE A CONDENAÇÃO TENHA ENQUADRADO A CONDUTA CRIMINOSA EM INCISO DIVERSO DO QUE PREVALECEU NO JULGAMENTO PLENÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, CONSIDERADA A PENA APLICADA EM CONCRETO. 1. O art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67 tipifica como crime próprio dos Prefeitos Municipais a conduta de utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos, cominando a pena de reclusão, de dois a doze anos. 2. A realização de propaganda de cariz eleitoral, exaltando a gestão do prefeito municipal e depreciando as administrações anteriores em época próxima ao pleito, custeada pelo Erário do Município, configura o delito previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67. 3. A Constituição preceitua, em seu art. 37, § 1º, que, verbis: A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. 4. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que: O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição**



Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta. (RE 191668, Rel. Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008). Em igual sentido: RE 281012, Rel. Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012; RE 217025 AgR, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 27/04/1998. 5. In casu: (i) a denúncia imputa ao Réu, Deputado Federal e Ex-Prefeito de Montes Claros/MG, a prática, por três vezes, em concurso material, do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67, tendo em vista os seguintes fatos: (a) realização, em abril de 2000, de propagandas televisivas de conteúdo autopromocional, às expensas do governo municipal, totalizando gastos de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); (b) a distribuição, por duas vezes, de panfletos supostamente informativos, mas também de conteúdo autopromocional e custeados pelo Erário do Município, ao custo de R\$ 265,00 (duzentos e sessenta e cinco reais), conforme nota fiscal datada de 17 de novembro de 1999. 6. O dolo do agente é inequívoco, pois, na qualidade de Prefeito, assinou o contrato, assim como os respectivos termos de aditamento, entre a Prefeitura Municipal de Montes Claros/MG e a agência de publicidade, nas datas de 15 de janeiro de 1998, 15 de janeiro de 1999 e 24 de fevereiro de 2000 (fls. 666, 662 e 656). 7. A materialidade restou demonstrada com base na evidência da autopromoção praticada com uso indevido de rendas públicas, por meio da veiculação de propagandas televisivas. 8. O emprego de rendas públicas em proveito próprio, com realização de propagandas autopromocionais, não caracteriza o peculato-uso, cuja atipicidade é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, mas no qual não há intuito de apropriação e que somente se caracteriza quando estão envolvidos bens fungíveis. 9. É requisito legal da condenação a fixação da dosimetria da pena imposta ao delito que se julgou



comprovado. 10. O fato de uma condenação enquadrar a conduta do réu em inciso diverso daquele que a maioria do Plenário considera aplicável ao caso concreto não atrai a jurisprudência da Corte, que apenas afasta a participação, na votação da dosimetria da pena, daqueles que tenham votado pela absolvição do acusado, já que um juízo absolutório não comporta qualquer dosimetria de pena. 11. Questão de ordem resolvida para autorizar o Ministro Dias Toffoli a participar da dosimetria da pena, considerado o voto condenatório proferido por Sua Excelência. 12. Pretensão punitiva julgada parcialmente procedente, para condenar o Réu como incurso nas penas do art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, consistente na realização de propagandas televisivas de conteúdo autopromocional, às expensas do erário, conduta caracterizadora da utilização de rendas públicas em proveito próprio. 13. Relativamente à distribuição dos panfletos, julgou-se improcedente a acusação, contra o voto do relator, nos termos do voto da Revisora, que absolveu o acusado quanto a esta imputação, por falta de provas da utilização indevida de rendas públicas em proveito próprio. 14. Aplicada, por maioria, a reprimenda de 02 (dois) anos de reclusão, decretando-se, em seguida, a extinção da punibilidade, em razão da prescrição retroativa. Vencidos, na dosimetria, o Ministro Relator e a Ministra Revisora, que fixaram a pena definitiva em 4 anos e 4 meses de reclusão. (AP 432, Relator (a): Min. LUIZ FUX, julgado em 10/10/2013, publicado em 30/10/2014, Tribunal Pleno) (STF - AP: 432 MINAS GERAIS 0003275-78.2007.0.01.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 10/10/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/10/2014) (grifos acrescidos)

Nota-se, evidentemente, ter havido um aviltamento do quanto entabulado pelo artigo 37, § 1º, da Constituição da República, porque a utilização de sua própria imagem nos carnês de IPTU ou, ainda, de faixa em veículo do município ostentando propaganda de caráter pessoal é, indubitavelmente, **“utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços público”**.

Consoante bem destacado pela Procuradoria de Justiça:



“Decerto que a subsunção do fato à norma e a vulneração ao bem jurídico transcendental subsiste, porquanto (primeiro) ainda que a máquina agrícola não estivesse, naquele momento, cumprindo o seu fim próprio, trata-se de bem público, indevidamente utilizado, naquele momento, como estandarte de autopromoção do y Apelante; (segundo), ainda que o Município tivesse de suportar idêntica despesa, com a elaboração dos carnês de IPTU, o Apelante buscou se autopromover, por intermédio de instrumento forjado com o dinheiro público; (terceiro), independentemente de eventuais digressões sobre a tipicidade do peculato de uso, mormente no que tange à fungibilidade do bem utilizado, por se tratar, o réu, de prefeito municipal e da existência de previsão legal expressa nesse sentido (artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67), a prática de crime é indubitável; (quarto), é patente o malferimento a disposição de indole constitucional e a bem jurídico tutelado pelo Direito Penal — nos termos, inclusive, do já citado entendimento do Supremo Tribunal Federal - não havendo, portanto, traço de incompatibilidade ou desproporção entre as condutas engendradas e sanção antevista no multicitado dispositivo legal”. (SIC)

Importante sublinhar, ao perfilhar por esta linha de intelecção, que o Decreto-Lei nº 201/67, em seu artigo 1º, II, prevê a tipificação do crime de utilização indébita de bens, rendas ou serviços públicos. Em outras palavras, trata-se de uma conduta criminosa em que o agente público se apropria de bens, rendas ou serviços públicos, que estão sob sua responsabilidade, em detrimento do interesse público.

Nesse sentido, é evidente que a natureza do bem público em questão, se fungível ou não, não é um elemento determinante para a caracterização do crime previsto no artigo 1º, II, do decreto 201/67. Isso porque a apropriação indevida de bens públicos pode ocorrer independentemente de natureza.



Vale destacar que, no caso em testilha, existem os requisitos para a consumação da prática delitiva: há a existência de um vínculo funcional entre o agente público e a administração pública; a posse e responsabilidade sobre o bem público; a apropriação do bem pelo agente público e a violação do interesse público.

Resta notório, assim, que no momento que o agente público se apropria de um bem público, ainda que seja fungível, como, por exemplo, o dinheiro, desde que ele não tenha a devida autorização e em detrimento do interesse público, estará caracterizada, incontinenti, a conduta criminosa prevista no artigo 1º, II, do decreto 201/67.

Tem-se, pois, que a natureza fungível do bem não afasta a tipicidade da conduta criminosa, já que a utilização indevida de bens, rendas ou serviços públicos, sem a devida autorização é suficiente para caracterizar o delito, sendo, inclusive, esse o entendimento de grandes doutrinadores.

Observe-se que nesse sentido, Nucci (2021, p. 978) afirma que "não importa a natureza do bem público subtraído, uma vez que a apropriação indevida é o bastante para a configuração do delito". Para o autor, o importante é que o bem seja público e que sua apropriação seja feita de forma indevida pelo agente público responsável por sua guarda ou administração. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.)

De acordo com Greco (2020, p. 811), "a apropriação indevida pode se dar sobre bens fungíveis ou infungíveis". Para o autor, o que importa é que o agente público tenha a posse e a responsabilidade sobre o bem público e que, ao se apropriar indevidamente desse bem, venha a prejudicar o interesse público. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Vol. III. 16. ed. Niterói: Impetus, 2020.)



Por fim, Mirabete (2018, p. 219) destaca que "a natureza do bem público não influencia na configuração do delito, que se consuma pela apropriação indevida". Para o autor, o que importa é que o bem seja público e que a conduta do agente público responsável por sua guarda ou administração seja contrária ao interesse público.(MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Especial. Vol. III. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.)

Segue, neste liame, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que corrobora o entendimento doutrinário apresentado adredemente:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INC. II, DO DECRETO-LEI 201/67. DESVIO DE BEM PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. NATUREZA DO BEM. IRRELEVÂNCIA. (...) A tipicidade do delito previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-lei 201/67 independe da natureza do bem público, isto é, se fungível ou infungível. (...)
(STJ - REsp 1642701/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/04/2017, DJe 18/04/2017)(grifos acrescentados)

Vislumbra-se que, nesse julgado, a Corte Cidadã entendeu que a natureza do bem público em questão não é determinante para a configuração do crime previsto no artigo 1º, II, do Decreto 201/67, importando, pois, que o agente público tenha se apropriado indevidamente de um bem que lhe foi confiado em razão de seu cargo ou função pública.

Tem-se, logo, que o pleito de absolvição, por atipicidade formal e material deve ser, de logo, rechaçado.



2.2 - ROGO PELA ABSOLVIÇÃO, EM FACE DA AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. INVIABILIDADE. IMAGENS COLACIONADAS AOS AUTOS QUE DEMONSTRAM FAIXA AFIXADA NO VEÍCULO DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO, ENALTECENDO A FIGURA PESSOAL DO ALCAIDE. IGUALMENTE, IMAGENS QUE DEMONSTRAM AS FOTOGRAFIAS DO PREFEITO NOS CARNÊS DE IPTU, PERFAZENDO PROPAGANDA PESSOAL DO GESTOR PÚBLICO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS ENTABULADOS PELOS ENTÃO SECRETÁRIOS, SUBORDINADOS AO RECORRENTE, QUE INDICAM, INCONTINENTI, A EXISTÊNCIA DO FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. INCONTESTE MÁCULA AO ARTIGO 37, § 1º, DA CF/88. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA, DA CORTE DA CIDADANIA E DO PRETÓRIO EXCELSO. TESE INCONCEBÍVEL, DIANTE DE TODO ARCABOUÇO ELENCADE, DE QUE O APELANTE, ENQUANTO PREFEITO DO MUNICÍPIO, NÃO SOUBESSE DOS FATOS SUBEXAMINE. IMPROVIMENTO.

Requeru o Recorrente, sua absolvição, haja vista a suposta ausência de materialidade delitiva.

Esta assertiva, entretanto, não encontra sonância com o quanto estampado nos autos processuais, visto que, das fls. 34/35 e 61/64, consoante bem estabelecido pelo Juízo e, também, pela Procuradoria de Justiça, verifica-se que foi afixada uma faixa, em máquinas agrícolas, a qual dispunha da frase: “Mais uma conquista do Prefeito João Filho com o Dr. João Leão”.

Além disso, vislumbra-se que foram inseridas fotografias do Recorrente nos carnês referentes ao IPTU, com clara menção a realizações do seu governo. Isto, por si só, já caracteriza, indiscutivelmente, a materialidade.



De igual forma, queda-se patente a autoria, haja vista que Marivaldo Barbosa Brandão, em Juízo, na época Coordenador de Administração Tributária asseverou que:

“na época dos fatos **o depoente era coordenador de administração tributária, vinculado à Secretaria da Fazenda**; que a impressão dos boletos é feita pela própria secretaria, mas as capas normalmente são providenciadas pelo próprio Secretário da Fazenda, através de empresas terceirizadas; que não sabe como o Secretário da Fazenda elaborou as capas de carnês de IPTU no ano de 2011; que o gestor não tem participação na confecção dos impressos, que é atribuição da Secretaria; **que foram feitas duas capas, sendo que uma delas o Secretário deu ordem para recolhimento e que a mesma equipe que distribuiu os carnês procedeu ao recolhimento; que foram recolhidos aproximadamente quatro a cinco lotes; que na cidade de Itaberaba são expedidos aproximadamente 10 lotes de carnês de IPTU [...] que acredita que não foi possível recolher todos os carnês distribuídos; que em média foram distribuídos aproximadamente três mil carnês com capas contendo as fotos do prefeito**[...] que os carnês referentes a 2011 foram confeccionados em dezembro de 2010 e começaram a ser distribuídos no mês de janeiro, com vencimento em 30 deste. (grifos acrescentados)

O então Secretário da Fazenda, por sua vez, José Francisco Almeida Leal, também em depoimento judicial afirmou:

“**Que à época dos fatos era Secretário da Fazenda do Município de Itaberaba**; que a confecção dos boletos era feita pela própria secretaria da fazenda, mas as **capas foram encaminhadas pelo depoente para ser confeccionada em uma gráfica**; que a princípio **não percebeu qualquer irregularidade nas capas; que referidas irregularidades lhe foram comunicadas pela sra Marigilza, secretária de governo; que após tal fato, em**



menos de quinze dias, recolheu as capas do primeiro lote de IPTU que já tinha sido distribuído; [...] que só após recolher as capas do primeiro lote comunicou o fato ao Prefeito, pedindo desculpas e “ informando que foram solicitadas reimpressões; [...] que as novas capas foram confeccionadas sem adicional de custo pela gráfica [...] que a ASCOM é responsável pelas propagandas institucionais; que a gráfica é responsável pela inclusão das fotos nas capas; [...] que as capas foram aprovadas pelo depoente, sem passar pela coordenação da Ascom” [...]. (grifos acrescentados)

A Secretária de Governo, Marigilza Almeida Mascarenhas, também em Juízo disse:

Que em 2011 foi nomeada secretária de governo; que -soube dos fatos narrados na inicial por meio de um telefonema do secretário da Fazenda do Município, Sr. José Francisco; que assim que soube dos fatos, tomou providências no sentido de recolher o primeiro lote das capas da carnês emitidos para cobrança de IPTU; [...] que a Ascom está subordinada à secretaria de Governo, mas tem sua coordenação e diretoria própria”. (grifos acrescentados)

Alguns fatos chamam atenção dos depoimentos prestados: Inicialmente, não se tem dúvida acerca da confecção dos carnês, bem assim que este foram devidamente distribuídos, com fotos do prefeito, em uma espécie de montagem, com várias imagens, ainda que fossem, após, recolhidos.

Após, que é bastante estranho que o Prefeito não tivesse conhecimento de que suas fotos - mais de uma, quize-se - estariam apostas no carnê de IPTU, com outras imagens mescladas, assim como não é crível, também, que



não houvesse, por parte da Municipalidade ou algum de seus presentantes, a aprovação do serviço prestado por uma empresa gráfica contratada.

Ou seja: não é passível de veracidade, ainda mais nesta etapa processual, diante, inclusive, da experiência do Apelante e de seus descentralizados e desconcentrados, que tenha havido uma lesão tão grande ao quanto contido no parágrafo primeiro, do artigo 37, da Constitucional da República, sem os seus devidos conhecimentos.

Grifa-se, neste caminhar elucidativo, que a responsabilidade do Apelante, enquanto gestor público, diante do seu sacrossanto mister de promover balizamento, probidade, moralidade, legalidade, impessoalidade dos bens, rendas e serviços públicos, é absoluto, diante dos fatos elencados.

Apenas com a finalidade de ratificar o quanto esposado, anote-se as declarações estampadas por Renival Sampaio França, em Ação de Improbidade Administrativa:

"em relação aos IPTU's toda a cidade de Itaberaba teve conhecimento do fato, que estava na capa do boleto do IPTU a foto do prefeito do Itaberaba com as imagens das obras realizadas pelo prefeito; que a distribuição do IPTU levou meses para ser entregue na casas; que nas redes sociais, sites, bem como na rádio foi bastante comentado este fato; que apesar da repercussão os IPTU's continuaram a serem entregues; que o depoente recebeu um carnê de IPTU; que a faixa com o dizeres "mais uma conquista do prefeito e do deputado "; que a faixa com os dizeres nas maquinas agrícolas por mais de uma semana, transitou na feira nova e no centro, locais onde tem a maior movimentação de pessoas; que após as faixa foram colocadas na parte interna



do prédio do Gabinete e da Prefeitura voltada para o público; que as máquinas ficavam em frente ao gabinete do prefeito no qual havia reuniões com representantes e a máquina ali presente com o nome do prefeito; que esse fato foi noticiado em blog e sites; que após as notícias as máquinas continuaram. As perguntas de defesa, respondeu que: "não participou da reunião, mas que via quando ia levar algum ofício ou documento na prefeitura; que não se recorda do ano ou data que entregou ofício; que não se recorda qual foi o teor do ofício desse dia em que presenciou a máquina, que neste momento recorda que participou de uma reunião na qual as máquinas estavam e que esta reunião foi discutida a questão de municipalização de escolas que ainda estavam sendo administrada pelo estado, que participou como pai de aluno; que participou com a professora Betânia que era Diretora da Escola Goes Calmom; que a reunião com os representantes da zona rural do município; **que reconhece a foto constante a fl. 52 (dos autos físicos)**; que foi o depoente que juntou esta foto na representação; que a imagem que consta na fl. 52 (nos autos físicos) é a mesma que consta no carnê do IPTU; que somente sabe falar em relação as fotos juntadas na sua representação e que não se recorda das fotos de fis. 53/56 (autos físicos); que o fato se tornou público em todas as rádios, e que chegou a vê algumas vezes o carnê do IPTU; que quando o declarante representou ao Ministério Público e, gerou o inquérito a imprensa divulgou; que não sabe dizer quanto a prefeitura gastou com a emissão do carnê de IPTU; que não sabe dizer quem escolheu essas imagens, que não viu o prefeito junto a faixa mais que a faixa ficava ao lado de seu gabinete. Pela MM. Juíza foi perguntado, o declarante respondeu que: **"o prefeito bem como qualquer pessoa conseguiria ver a faixa, pois ficava na frente do gabinete ao lado da entrada; que esta faixa ficou mais de uma semana exposto na frente do gabinete; que mesmo com a divulgação na rádio houve esgotamento; que a foto constante a fl. 45 (autos físicos) é da entrada e do gabinete.**
(grifos acrescidos)

Ora, os fatos estão absolutamente límpidos, assim com a autoria do Recorrente da conduta criminal examinada, visto que não se tem dúvidas que os carnês foram confeccionados com dinheiro público, bem assim que a faixa, cuja foto está devidamente disposta nos autos, estava aposta em veículos, igualmente, de propriedade da municipalidade.



Queda-se importante afirmar, ademais, que o Recorrente tenta desincumbir-se de sua responsabilidade acerca do afixamento da faixa, que é um fato absolutamente incontroverso, destacando a diferença dos veículos para o reboque.

Ora, primeiro que o reboque estava preso aos tratores, segundo, que pouco importa se a faixa estava afixada no reboque ou no trator, visto que o objetivo era o mesmo e foi devidamente alcançado: o de promover autopropaganda, pessoal, ratifique-se, do Apelante; terceiro, que não há nenhuma condição de afirmar que o Recorrente não tinha conhecimento da faixa, porque ficava, segundo as provas elencadas, na frente do Gabinete do Prefeito.

O crime está, portanto, consumado.

Leia-se, pois, Decisão subscrita pelo Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes em caso análogo a este:

“Decisão: Trata-se de habeas corpus impetrado por André Myssior, em favor de Antonio Carlos Chaves de Resende, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 566.789/MG. Colho da decisão impugnada: Cuida-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ANTONIO CARLOS CHAVES DE RESENDE, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação Criminal n. 1.0625.11.000934-1/001. Consta dos autos que o paciente foi denunciado e condenado pela prática do delito tipificado



no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei n. 200/67 à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a reprimenda corporal por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, conforme a sentença de fls. 436/442. Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte de origem que negou provimento ao recurso, nos termos do acórdão assim ementado: "APELAÇÃO CRIMINAL - PREFEITO E VICE - PREFEITO MUNICIPAL - AUTOPROMOÇÃO MEDIANTE UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BEM PÚBLICO - CONDUTA CONFIGURADORA DO DELITO PREVISTO NO INCISO II DO DEC. LEI 201/67. - Cometem o crime previsto no artigo 1º, II, do Dec. Lei 201 /67, o Prefeito e o vice-Prefeito Municipal que determinam a inserção de referência a ambos, como autopromoção, associando-a a realizações da administração municipal, na medida em que desrespeita o disposto no artigo 37, § 1º, da CF/88, que veda expressamente a inserção de nomes, caracterizando promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos" (fl. 510). Nesta via, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que "o fato delituoso imputado aos acusados foi o de negar vigência ao artigo 37, § 1º, da C.F, por terem praticado, na semana e no dia das eleições, promoção pessoal ao afixarem, em uma máquina motoniveladora adquirida pelo Município de Lagoa Dourada, uma faixa com os seus nomes, com o que negaram assim vigência ao artigo 37º, § 1º, da C.F." (fl. 5), contudo, "a condenação e a tipificação desse delito se fez no artigo 1º, II, do Dec. Lei 201, em vez de o ser no mesmo artigo 1º, Inciso XIV, da mesma norma, que define como crime "Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente" (fls. 5/6), de modo que o aresto impugnado foi contrário às evidências dos autos. Assevera que "a tipificação dos fatos no Inciso XIV, do artigo 1º, do Dec. lei 201, no caso, é importante à defesa dos condenados e à obediência ao devido processo legal, posto que a pena mínima ali cominada é de três meses e, portanto, inferior a um ano, pelo que haveria de haver sido ofertado aos acusados a suspensão do processo, nos termos o artigo 89º, da Lei 9099" (fl. 6), ressaltando que a suspensão da ação penal é um direito subjetivo do acusado. Alega, ainda, que após o recebimento da denúncia os réus não foram citados nem foi aberto prazo para a defesa prévia, conforme os termos do art. 8º, da Lei n. 8.038/1990, bem como argumenta que a conclusão do inquérito policial foi a de que o acusado teria praticado crime eleitoral, pois fez propaganda eleitoral no dia das eleições, de modo que a competência para o julgamento do aludido delito seria da Justiça Eleitoral. Requer, em sede liminar e no mérito, a anulação dos



efeitos do acórdão ante as nulidades suscitadas, bem como pela incompetência jurisdicional da Justiça comum para o julgamento da ação penal. (eDOC 2, p. 544) No STJ, o habeas corpus não foi conhecido. Interposto agravo regimental, negou-se-lhe provimento. Nesta Corte, a defesa insiste nos pedidos formulados naquele Tribunal. É o relatório. Decido. Inicialmente, registro que o mérito da controvérsia, em parte, não foi apreciado pelo Tribunal de Justiça nem pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que a apreciação por esta Corte resultaria em dupla supressão de instância. Segundo jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou ausente prévia manifestação colegiada das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido. Nesse sentido: HC-AgR 131.320/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 10.2.2016; HC 140.825/PR, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJe 3.3.2017; e HC 139.829/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 8.3.2017. É bem verdade que, em casos de manifesta e grave ilegalidade, tais entendimentos podem ser flexibilizados, inclusive por meio da concessão da ordem de ofício, o que não é o caso dos autos. Na verdade, após detida análise dos autos, e o fiz para bem prestar a jurisdição ao paciente, verifiquei que o Tribunal não apreciou a matéria exatamente porque o paciente não suscitou o debate naquele Juízo. A primeira vez em que o paciente falou de incompetência foi no STJ. Na defesa prévia, alegações finais e na apelação, nada disse. (eDOC 2, p. 189, p. 349 e p. 447) Quanto à alegada falta de abertura de prazo para oferecer defesa, após o recebimento da denúncia, a defesa igualmente nada falou na audiência de instrução, tampouco nas alegações finais, muito menos na apelação. (eDOC 2, p. 311, p. 349 e p. 447) Somente depois de julgada a apelação, já no STJ, a defesa percebeu que não teria oferecido resposta à acusação, a demonstrar a integral ausência de prejuízo. Observe-se que, nem mesmo nos embargos de declaração opostos no TJ/MG, a defesa suscitou o que aqui se suscita. (eDOC 2, p. 519) Comprovada a ausência de prejuízo, o caso é de denegação da ordem, verbis: “Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Alegação de nulidades. Inocorrência. 3. Agravante renunciou ao direito de aditar as razões da apelação, concedido pelo Tribunal de Justiça, e, agora, suscita nulidade. Impossibilidade. 4. Nulidade por intimação da Defensoria Pública para o acompanhamento de audiência, na qual foi ouvida testemunha que não compareceu à sessão plenária, sem a insurgência da defesa, a demonstrar total dispensabilidade. Comprovada a ausência de prejuízo. 5. Nulidade por valoração de



confissão ilegal. Condenação não fundamentada na confissão. 6. Agravo desprovido". (AgR no RHC 193.544, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 2.3.2021) "Agravo regimental no habeas corpus. 2. Alegação de que o magistrado ouviu testemunha da acusação como se do Juízo fosse, após o encerramento da instrução. Inocorrência. Instrução não encerrada. 3. Pode o magistrado, excepcionalmente, ouvir como testemunha do Juízo qualquer pessoa, mesmo após o interrogatório, ainda que indicada pela acusação, desde que garantido o direito de contraprova pela defesa e renovado o interrogatório, como houve no presente caso. 4. Ausência de lawfare da acusação. 5. Mesmo firmada a tese de prejuízo presumido, há provas nos autos de sua total ausência. 6. Agravo regimental não provido". (AgR no HC 175.035, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 18.12.2019) Sobre a competência, a tese de crime eleitoral é contraditória. Isso porque o paciente, quando interrogado, disse que não cometeu crime eleitoral, exatamente porque não concorria a nenhum cargo, uma vez que as eleições que ocorreriam seriam as estaduais/federais. (eDOC 2, p. 311) E, da leitura dos autos, não está evidenciada a prática de crime eleitoral, razão por que não há nada a reparar. Quanto à desclassificação do delito, registrou o STJ que "a pretendida modificação da tipificação do fato delituoso do art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei 201/67 para o art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei 201/67, demandaria di**Pedido pela absolvição do Apelante, haja vista as supostas ausências de tipicidade formal e material. Inviabilidade. Improvimento. Prefeito enquadramento da conduta ao fato típico, que não se confunde com peculato de uso, bem como a efetiva lesão ou exposição de perigo de um bem jurídico penalmente tutelado Precedentes da Corte Cidadã e do Pretório Excelso. Improvimento.**

Rogo pela atipicidade, haja vista fungibilidade do bem utilizado. Impossibilidade. Consoante entendimento pacificado da Corte Cidadã, A tipicidade do delito previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-lei 201/67 independe da natureza do bem público, isto é, se fungível ou infungível. Improvimento.lação probatória, o que é inviável em sede de habeas corpus." (eDOC 3, p. 6) Não há razão para a desclassificação. Veja-se: O apelante A. C.C. de R., embora tenha negado que mandou inserir seu nome nas aludias faixas, alegou que não vislumbrou problema em sua inserção, na medida em que não estava disputando as eleições, que eram estaduais. Nas palavras do acusado A.C.:" a máquina foi retirada do posto e levada para a praça pública, simplesmente pelo fato de que, sendo eleição, muitos habitantes da zona rural iriam comparecer ao centro da



cidade e com isso teriam conhecimento da aquisição feita pelo município; "(A. C.C. de R., às fls.34/35). Como se vê, embora o acusado negue ter mandado inserir seu nome nas faixas, ele assumiu, em outras palavras, que tal exibição lhe traria reconhecimento por parte da população, motivo pelo qual permitiu que a conduta fosse praticada (fis.34/35). Em Juízo, o acusado alegou ter ressarcido o erário do valor das faixas em questão, embora não tivesse responsabilidade sobre elas (fls.246) [...] Sendo assim, por este fato os denunciados devem ser responsabilizados criminalmente, pois comete o crime previsto no artigo 1º, II, do Dec. Lei 201/67, o Prefeito Municipal, e o vice - Prefeito - em concurso de agentes -, que determina a inserção de seus nomes em faixas colocadas sobre um bem adquirido pelo Município, associando-os a realizações da administração municipal, na medida (eDOC 2, p. 513) Como se vê, o paciente mandou afixar faixa com seu nome sobre um bem adquirido pelo Município, com vistas a obter promoção pessoal, a evidenciar a adequação da conduta ao tipo do artigo 1º, II, do Decreto-lei 201/67. Não há, assim, nenhuma ilegalidade a ser reconhecida nesta via. Ante o exposto, nego seguimento ao habeas corpus. (art. 21, § 1º, RISTF) Publique-se. Comunique-se ao Juízo de primeiro grau. Brasília, 12 de agosto de 2021. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (STF - HC: 201115 MG 0052632-79.2021.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 12/08/2021, Data de Publicação: 16/08/2021) (grifos acrescidos)

Perfilhando pela mesma linha de intelecção, julgado de lavra do TJMG, que versa de fato com grande semelhança:

“EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PREFEITO E VICE-PREFEITO MUNICIPAL - AUTOPROMOÇÃO MEDIANTE UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BEM PÚBLICO - CONDOTA CONFIGURADORA DO DELITO PREVISTO NO INCISO II DO DEC. LEI 201/67. - Cometem o crime previsto no artigo 1º, II, do Dec. Lei 201/67, o Prefeito e o vice-Prefeito Municipal que determinam a inserção de referência a ambos, como



autopromoção, associando-a a realizações da administração municipal, na medida em que desrespeita o disposto no artigo 37, § 1º, da CF/88, que veda expressamente a inserção de nomes, caracterizando promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos". (TJ-MG - APR: 10625110009341001 São João del-Rei, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 11/10/2018, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/10/2018)(grifos acrescentados)

Destaque-se, ademais, do mesmo julgado, os seguintes pontos:

"Conforme apurado, o Município de Lagoa Dourada adquiriu uma máquina motoniveladora, no final do mês de setembro de 2010, e os denunciados determinaram a exposição da citada máquina, na Praça central da cidade, no período acima citado, ostentando duas faixas com os dizeres: "Essa é mais uma conquista da administração" Antônio Mangá "e J.C. para nossa cidade". A inserção ostensiva de ambos os nomes nas faixas constantes da máquina motoniveladora que ficou estacionada na principal praça da cidade, nos dias anteriores à eleição e no próprio dia de realização desta, caracteriza claramente promoção pessoal, em total afronta ao artigo 37, § 1º, da Constituição da República. Nos termos do § 1º do artigo 37 da Constituição Federal vigente, "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos". O dispositivo constitucional em questão assegura o princípio da impessoalidade, ao vincular a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens que caracterizam promoção pessoal de servidores públicos.

Quando o servidor público desvirtua o caráter que deve formar a publicidade



administrativa, de modo que vincule atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos ao nome do agente público, resta configurada a autopromoção. O agente público aproveita-se da publicidade pública para se autopromover, acrescentando o seu nome, a sua imagem ou qualquer símbolo que o identifique pessoalmente, ao invés de tão-somente cumprir o disposto na norma constitucional. Partindo de tais premissas, constata-se, sem maiores dificuldades, que os acusados, ora apelantes, realmente negaram vigência ao disposto no artigo 37, § 1º, da CR/88. O apelante A. C.C. de R., embora tenha negado que mandou inserir seu nome nas aludias faixas, alegou que não vislumbrou problema em sua inserção, na medida em que não estava disputando as eleições, que eram estaduais. Nas palavras do acusado A.C.: "a máquina foi retirada do posto e levada para a praça pública, simplesmente pelo fato de que, sendo eleição, muitos habitantes da zona rural iriam comparecer ao centro da cidade e com isso teriam conhecimento da aquisição feita pelo município;" (A. C.C. de R., às fls.34/35) (grifos nossos)

Ou seja, o dolo específico está devidamente entabulado nos autos, haja vista que, consoante adremente entabulado, é totalmente inverossímil que o Recorrente não soubesse que a sua imagem estava aposta, mais de uma vez, no carnê do IPTU, o qual fora custeado com verba pública, a qual fora utilizada, indevidamente, na autopromoção do gestor.

De igual forma, vê-se a presença do dolo específico quando o Apelante, então Prefeito, utiliza-se de veículos que foram custeados pelo Município, a fim de que se auto idolatrar, afirmando, em uma faixa aposta, que aquilo era uma conquista pessoal do Alcaide.



É inconteste, pois, a flexão da conduta entabulada no artigo 1º, inciso II, do Decreto/Lei nº201/67, notadamente por ter **utilizado, indevidamente, em proveito próprio, bens, rendas ou serviços públicos.**

3 – DOSIMETRIA

3.1 - PRIMEIRA FASE. DECOTE DAS CONSEQUÊNCIAS, NO QUE PERTINE AO DELITO RELATIVO A EMISSÃO DE CARNÊS DE IPTU E MANUTENÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS, QUANTO AOS DOIS CRIMES.

Requeru, ademais, o Apelante, em suas razões, que as circunstâncias relacionadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro fossem consideradas neutras, malgrado o Juízo a quo, quando da Sentença, tenha, na primeira fase dosimétrica, exasperado a reprimenda, no que concerne aos crimes referente à emissão de carnês de IPTU e afixação de faixa autopromocional, quantos às circunstâncias e, também, quanto às consequências, no que pertine ao delito relacionado à emissão dos retrocitados carnês.

Parcial razão lhe assiste.

Veja-se, pois, como valorou o Juízo a quo:



“3 – DOSIMETRIA DA PENA

Comprovada a responsabilidade criminal do Réu por 02 (dois) crimes previstos no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei nº 201/67, passo a dosar a pena, atento ao que prescreve o art. 68, do Código Penal Brasileiro.

A – PRIMEIRA FASE

A culpabilidade do Condenado se deu sem maiores elementos a demonstrar maior grau de censuralidade. Assim, não desvaloro. Quanto aos antecedentes, não há registro condenatório em face do Denunciado, de modo que não valoro.

O Denunciado tinha conduta social boa, de modo que não desvaloro.

A personalidade do Condenado é neutra, nada havendo de especial que enseje desvalorização.

Os motivos do crimes são aqueles normalmente observados quando da constatação de autopromoção por meio de uso indevido de bens ou serviços públicos, que é justamente fazer da peça publicitária oficial uma via de promoção pessoal, ou se utilizar de tal via como uma forma subliminar de enaltecer seus próprios feitos. Assim, não desvaloro.

As CONSEQUÊNCIAS DO FATO consideramos ser de maior gravidade do que o normalmente se observa em casos de publicidade autopromocional. Isso porque, o Denunciado emitiu CARNÊS DE IPTU em quantidades que nem mesmo o seu suporte de assessoramento de direto teve condições de mensurar, com atrelamento da sua imagem nas capas dos boletos, a repercutir na incalculabilidade de pessoas que foram tocadas com tal propósito de publicidade enaltecedora. Assim, desvaloro a pena quanto a tal circunstância.

Porém, quanto ao fato imputado relativo à fixação de faixa publicitária em equipamento do tipo retroescavadeira, não observo maiores contornos acerca das consequências, mesmo porque já estaria coberta pelo aspecto da circunstância temporal e sua maior exposição à população.



O fato se deu em circunstância temporal que merece maior desvalorização. Isso porque, comprovou-se que a fixação de faixa autopromocional em veículo público se deu no período junino do ano de 2011, a alcançar maior quantidade de pessoas com a intenção de seu autopromover, a revelar maior desvalor do resultado por parte do Condenado.

Além disso, o expediente de emitir-se carnês de IPTU com fotografia do Condenado se constitui como uma estratégia com maior grau de censura também quanto ao momento em que se deu, na medida em que atrela praticamente toda a população à obrigatoriedade de ver as imagens autopromocionais, já que se tem o dever fundamental de pagar tributos por parte do contribuinte, sob pena de ter-se risco de restrições creditícias (cadastro de certidão da dívida ativa) ou execução fiscal para o pagamento de eventual débito. Portanto, desvaloro.

Por fim, a jurisprudência entende que o comportamento da vítima é inviável para exasperação de pena.

Assim, ponderadas as circunstâncias judiciais acima indicadas, desvaloro cada circunstância judicial destacada em 15 (quinze) meses da pena, fixando a pena-base nos seguintes termos: 1) 04 (quatro) anos e 06 (seis) para o crime previsto no art. 1º, inciso II, Decreto-lei nº 201/67, referente à emissão de carnês de IPTU com fotografias do Denunciado; 2) 03 (três) anos e 03 (três) meses para o crime previsto no art. 1º, inciso II, Decreto-lei nº 201/67, referente à fixação de faixa publicitária autopromocional em veículo público e na frente da sede da Prefeitura (junho de 2011)”. (grifos acrescidos)

Pois bem. Quanto **às circunstâncias do crime**, o Juízo a quo entendeu por exasperá-la, no que concerne ao delito em face de emissão de carnês, tendo em vista o momento que seu deu, **“na medida em que atrela praticamente toda a população à obrigatoriedade de ver as imagens autopromocionais, já que se tem o dever fundamental de pagar tributos por parte do contribuinte, sob pena de ter-se risco de restrições creditícias (cadastro de certidão da dívida ativa) ou execução fiscal para o pagamento de eventual débito”**.



De fato, o **modus operandi utilizado pelo Recorrente extrapola o tipo penal, visto que a impressão no IPTU, emitido a cada um dos cidadãos que possuem prédio ou território urbano, que é de pagamento obrigatório a cada um deles, impõe, necessariamente, que cada uma daquelas pessoas tomem conhecimento, inexoravelmente, das fotos que continham autopromoção do Alcaide, ou seja, alcança um número de agentes inestimável.**

No que concerne a fixação da faixa, outrossim, corretamente agiu o Magistrado a quo no recrudescimento efetuado; **isto porque, nota-se a comprovação que a faixa fora afixada em período festivo, qual seja, das festas Joaninas do ano de 2011.**

É de conhecimento comezinho, pois, que as cidades do interior do estado, nestes períodos, **possuem uma maior frequência de pessoas, o que indica, incontinenti, que o Alcaide se utilizou desta época, em que alcançaria um maior número de agentes para afixar o cartaz que lhe autopromovia enquanto gestor público.**

No que pertine, entretanto, às **circunstâncias do fato, assiste razão ao Apelante, na medida em que a quantidade de pessoas que a autopromoção alcançou, bem assim a publicidade enaltecedora, já fora valorada pelas circunstâncias, recaindo, pois, em bis in idem, razão pela qual se faz necessário afastá-la.**

3.2 SEGUNDA FASE. ROGO PELA APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DOS ARTIGOS 65, III, "B" E 66, AMBOS DO CPB. IMPOSSIBILIDADE. NÃO HÁ PROVAS NOS AUTOS DE QUE O RECORRENTE TENHA PROCURADO, POR SUA ESPONTÂNEA VONTADE E COM EFICIÊNCIA, LOGO APÓS O CRIME, EVITAR-LHE OU MINORAR-LHE AS



CONSEQUÊNCIAS, OU TER, ANTES DO JULGAMENTO, REPARADO O DANO. IMPROVIMENTO.

Pugnou, por ocasião da segunda etapa, o reconhecimento das atenuantes insculpidas nos artigos 65, III, “b” e 66, ambos da Lei Penal Substantiva Pátria.

Da análise dos autos, não se verifica, através de uma conduta espontânea e eficaz, que o Apelante tenha, em qualquer momento, tenha “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”.

Note-se, ao perfilhar por esta linha de inteligência, que **José Francisco Almeida Leal e Marigilza Almeida Mascarenhas**, em seus depoimentos, afirmaram que foram eles quem providenciaram o recolhimento dos carnês de IPTU, não havendo que se falar, evidentemente, na atenuante subexamine.

Importante entabular, ademais, que essas mesmas testemunhas defenderam a tese de que o Recorrente nada sabia sobre o corrido, não podendo, por óbvio, ter sido a pessoa que ordenou o recolhimento dos adredemente citados materiais que continham propaganda de autopromoção.

Com acerto, pois, agiu o Juízo a quo, ao deixar de aplica qualquer circunstância atenuante, por ocasião da segunda fase do sistema de dosimetria.

3.3 - PLEITO PELA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLEMENTO DOS REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DAS MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO, ESPAÇO, MODUS OPERANDI E UNIDADE



DE DESÍGNIOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. IMPROVIMENTO.

Requeru, ainda, o Recorrente, a aplicação a continuidade delitiva, ao invés do concurso material

Inicialmente, leia-se os requisitos necessários para a aplicação da continuidade delitiva:

"1. A continuidade delitiva é uma ficção jurídica criada pelo legislador para beneficiar o agente, sendo necessário, para o seu reconhecimento, a presença de requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de desígnios), de modo que os delitos subsequentes sejam um desdobramento do primeiro. 2. A teoria objetivo-subjetiva é a adotada pelo Código Penal, em especial porque o artigo 71, caput, dispõe que, além das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (requisitos objetivos), devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, de modo a diferenciar o agente que comete delitos em contexto de continuidade delitiva, punido com menos rigor, do criminoso habitual ou contumaz."Acórdão 1222103, 07207158920198070000,

Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 5/12/2019.(grifos acrescentados)

Não há, evidentemente, as mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi, nem mesmo unidade de desígnios, como havia no Acórdão que cita do Apelante, em suas razões.



Está evidente, pois, a existência de concurso material, visto que o Apelante praticou dois crimes distintos, mediante mais de uma ação, consoante se observa a jurisprudência:

"5. Ocorre o concurso material de crimes quando o agente pratica dois ou mais crimes distintos, mediante mais de uma ação, com fundamento no art. 69, do CP, razão pela qual as penas devem ser somadas." Acórdão n.1154012, 20170710085055APR, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 14/2/2019, Publicado no DJE: 25/2/2019. (grifos acrescentados)

Observa-se, neste caminho, que o Acórdão utilizado pelo Magistrado a quo para fundamentar seu *Decisio* cumpria os requisitos para a aplicação da continuidade, de forma diametralmente oposta a este, devendo, evidentemente, ser mantida a aplicação do artigo 69 do CPB.

3.3 - NOVO CÁLCULO

Pois bem. Este Desembargador entende ser devida a incidência de critério dosimétrico mais proporcional, de modo a considerar a média aritmética entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas no tipo penal como o patamar máximo que a pena-base pode alcançar, sendo devida a readequação da sanção mínima nesses termos.

A partir desse raciocínio, caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sejam valoradas negativamente, a pena-base será fixada na média aritmética entre os limites abstratos da sanção penal. Do contrário, a segunda fase de aplicação da pena pode não ter nenhuma eficácia, visto que não poderá superar o patamar máximo



fixado em abstrato, à luz do entendimento sumulado do STJ, materializado no enunciado de nº 231.

Desta forma, é imprescindível destacar **a inexistência de parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base**, a qual deve ser estabelecida **conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade**.

Ao perfilhar por esta linha de inteligência, notabiliza-se, ainda, **a ausência de determinação legal expressa sobre eventual exigência matemática a ser empregada para o quantitativo da reprimenda basilar, ou, ainda, para as circunstâncias atenuantes e agravantes, cabendo, então, ao Julgador, fixá-las consoante a especificidade de cada caso**.

Destaque-se, neste diapasão, **não se tratar de um entendimento isolado deste julgador**, mas aquele que é elencado, de modo ostensivo, pelas **Cortes Superiores de Justiça**.

Observe-se, pois, a jurisprudência **ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DO PRETÓRIO EXCELSO** sobre o assunto:

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMISSAS FÁTICAS. REEXAME DO



ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...) 4. **A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 5. A exasperação da pena-base foi devidamente fundamentada em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional, pois lastreada nos parâmetros de discricionariedade reconhecidos na jurisprudência desta Suprema Corte.** (...) (HC 185183 AgR, Relator(a): **ROSA WEBER**, Primeira Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2021 PUBLIC **11-03-2021**)”(grifos acrescentados)

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) **3. O Supremo Tribunal Federal entende que “[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena” (RHC 145.598, Rel^a. Min^a. Rosa Weber).** (...) (HC 188621 AgR, Relator(a): **ROBERTO BARROSO**, Primeira Turma, julgado em **15/09/2020**, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020)”(grifos acrescentados)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE JUSTIFICADO. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL. ART. 33 DO CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** (...) (HC 171539 AgR, Relator(a): **EDSON FACHIN**, Segunda Turma, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC **03-02-2020**)”(grifos acrescentados)



Outrossim, é o que preleciona a **JURISPRUDÊNCIA ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DA CORTE**

CIDADÃ:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. USURA E EMBARAÇO À INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INQUÉRITO INSTAURADO PELO MP/RS CONTRA POLICIAL CIVIL, E NÃO PELA CORREGEDORIA RESPECTIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO EMBASADA EM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO, BEM COMO EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (PROVA IRREPETÍVEL). OFENSA AO ART. 155 DO CPP NÃO CONFIGURADA. SUPOSTO NÃO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS DO TIPO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 12850/2013. ALEGADA GENERALIDADE DO PERDIMENTO DE BENS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 384 DO CPP. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. **FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PRETENDIDA VINCULAÇÃO DO JULGADOR AO AUMENTO DE 1/6 DA PENA MÍNIMA, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO.** TESE DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE USURA. INOVAÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE ESTENDER AO AGRAVANTE OS EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO CORRÉU, PARA SANAR O EQUÍVOCO COMETIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 580 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE, APENAS PARA REDUZIR A PENA DO CRIME DE USURA, COM ESPEQUE NO ART. 580 DO CPP.(...) **6. Sobre a dosimetria da pena, observa-se que, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.**

7. Contudo, a posição dominante nesta Corte, embora não impeça o cálculo matemático rigoroso e exato, não chega ao ponto de obrigá-lo, predominando o entendimento de



não ser ele absoluto, havendo uma discricionariedade regrada e motivada. Justamente por isso, não existe um direito subjetivo do acusado de ter 1/6 de aumento da pena mínima para cada circunstância judicial valorada negativamente. (...) (AgRg nos EDcl na PET no REsp 1852897/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, **QUINTA TURMA**, julgado em **23/03/2021**, DJe 29/03/2021)” (grifos acrescidos)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. **PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento nesta via. Ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena por esta Corte Superior. 2. Uma vez que o aumento da pena-base não está adstrito a critérios matemáticos e considerando-se o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena em 6 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento dos maus antecedentes. (...)**(AgRg no HC 618.167/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, **SEXTA TURMA**, julgado em **23/03/2021**, DJe 05/04/2021)”(grifos acrescidos)

Feito o necessário esclarecimento a respeito do tema em epígrafe, retoma-se o cálculo da reprimenda basilar.



Nessa linha, no caso do delito em epígrafe, aplicando-se este entendimento, o limite máximo da pena-base é 07 (sete) anos. Subtraindo deste valor a pena mínima, 02 (dois) anos, encontra-se o intervalo de 05 (cinco) anos, o qual, dividindo-se por 08 (oito), que corresponde ao número de circunstâncias judiciais, resulta o valor equivalente à 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias para cada circunstância judicial considerada negativa.

No presente caso - utilizando o critério acima -, **quanto à ambos os delitos**, como houve a valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais (circunstâncias), deve a pena-base do Recorrente ser fixada em **02 (dois) anos e 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, que sem a presença de atenuantes, agravantes, causas de aumento ou de diminuição, mantém-se como definitiva.**

Aplicando-se-lhes o concurso material, perfaz-se a reprimenda de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, em face do quanto contido no artigo 33, § 2º, "b", do Código Penal Brasileiro.

Incabível a substituição por restritivas de direito ou, ainda, a suspensão condicional da pena,. Em face das redações dos artigos 44, I e 77, ambos do CPB.

3.4 - PENA DEFINITIVA

Tem-se, pois, como pena definitiva, **05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto.**



4 – CONCLUSÃO

Ante o exposto, vota-se no sentido de **CONHECER** do recurso de Apelação, **REJEITAR AS PRELIMINARES** e **PROVÊ-LO PARCIALMENTE, para redimensionar a reprimenda ao patamar de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto**, pelas razões acima delineadas.

Sala de Sessões, data registrada no sistema.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA

RELATOR

