



Número: **0805785-61.2017.8.10.0000**

Classe: **HABEAS CORPUS - CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **2ª Câmara Criminal**

Órgão julgador: **Gabinete Des. Vicente de Paula Gomes de Castro**

Última distribuição : **31/10/2017**

Valor da causa: **R\$ 100,00**

Processo referência: **0560012016**

Assuntos: **Habeas Corpus - Cabimento**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

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

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
ROSEANA SARNEY MURAD (IMPETRANTE)		ANNA GRAZIELLA SANTANA NEIVA COSTA (ADVOGADO)	
Dra. Oriana Gomes (IMPETRADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
1362406	17/11/2017 12:51	Ementa	Ementa
1362405	17/11/2017 12:51	Voto	Voto
1361852	17/11/2017 12:51	Acórdão	Acórdão
1351987	17/11/2017 12:51	Relatório	Relatório
1362421	17/11/2017 12:16	CERTIDÃO DE JULGAMENTO	CERTIDÃO
1360801	17/11/2017 10:40	Certidão de julgamento	Certidão

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PECULATO. PREVARICAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE ATIPICIDADE EVIDENCIADA. DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO À PACIENTE. INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM A PACIENTE AO EVENTO DELITUOSO. INÉPCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. *“Nos termos do entendimento consolidado do STJ, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus e medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Precedentes. 2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo a persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Em verdade, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. 3. Não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal. Porém, impende destacar que a deflagração de ação penal, de per si, caso seja despida de justa causa, importa grave constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus, mesmo que não tenha sido imposta qualquer medida cautelar ao denunciado”.* (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 282.377 - MA (2017/0064335-4) MINISTRO RIBEIRO DANTAS).

II. *“para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (essentialia delicti) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.”* (STF - HC 84.580-1 - 2.ª Turma - j. 25/8/2009 - v.u. - rel. José Celso de Mello Filho - DJe 18/9/2009).

III. A simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu. Então, para evitar que a acusação seja temerária ou leviana é que se exige que ela venha lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica.

IV. *In casu* os processos de acordo em questão foram previamente encaminhados à Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como à Procuradoria de Justiça do Estado do Maranhão, tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos à Execução nº 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial nº 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória.

V. O simples fato de ser Governadora à época dos fatos não atrai a sua responsabilidade penal pelos ilícitos narrados na denúncia. *Mutatis mutandis*, “a mera subordinação hierárquica dos secretários municipais não pode significar a automática responsabilização criminal do Prefeito”. (AP nº 447/RS, Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/5/09).

VI. Ordem concedida para trancar a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001, em trâmite na 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís, em relação à Paciente, excluindo-a conseqüentemente da relação processual.

HABEAS CORPUS Nº 0805785-61.2017.8.10.0000 – SÃO LUÍS

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR:

Prefacialmente, devo registrar que esta relatoria, embora substituta, já teve a oportunidade de conhecer e analisar os Autos da Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001, pois, atendendo a convocação do Tribunal, compôs a Câmara Criminal Reunida quando do julgamento do MS nº 14.177/2017 cuja Impetrante foi a agora Paciente. Naquela ocasião, embora a decisão ali atacada fosse tão somente o decreto de indisponibilidade de bens, necessário se fez a análise ampla de todo o caderno processual.

Pois bem. Verifico que é o caso de concessão da ordem para trancar a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001. Explico.

A pretensão do presente habeas corpus é o trancamento da referida Ação Penal, na qual a Paciente fora denunciada pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 312, § 1º e 319, ambos do Código Penal; art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/90 e art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013.

Imperioso consignar ainda inicialmente que, em atenção às considerações tecidas pelo eminente Procurador de Justiça, esclareço que conheço do presente *writ*, tendo em vista que, diante da constatação de que a Paciente está a sofrer coação ilegal, não é exigível que se imponha aguardar o trâmite do processo, sendo viável, portanto, sanar a ilegalidade por meio da presente ação constitucional.

Vale referir que, como sabido, é possível, diante da existência de coação ilegal, a impetração de habeas corpus para que se tranque até mesmo inquérito policial, não havendo falar na impossibilidade de manejo da presente ação constitucional.

Essa possibilidade está prevista no artigo 648, inciso I, do CPP: “A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa.”.

As jurisprudências do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de justa causa (ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito).

Nesse sentido, colaciono julgado do STF:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE EXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

I. O trancamento de ação penal em habeas corpus constitui medida excepcional, que só se justifica nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade ou de ausência, demonstrada de plano, de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas.

(...)

(HC 115116/RJ, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/11/2014, DJe 17/11/2014).

Do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

I - A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de justa causa (ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito).

(...)

III - Considerando a existência de juntada nos autos de prova que atesta a inexistência de responsabilidade dos recorrentes, é de ser trancada a ação penal por ausência de justa causa. Recurso ordinário provido, para trancar a ação penal por ausência de justa causa. (RHC 72.519/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017).

Assim, o reconhecimento da ausência de justa causa para o exercício da ação penal, dada à suposta ausência de elementos probatório a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, não pode exigir profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que seria inviável na via estreita do *writ*. No entanto, pode-se analisar os elementos colhidos na fase em que se encontra a Ação Penal.

O legislador brasileiro – através da Lei nº 11.719 de 2008 - inseriu de forma expressa a justa causa no Código de Processo Penal, transformando-a em um requisito essencial a ser analisado para o recebimento da denúncia ou queixa, todavia, não deixou claro qual seria o seu significado, se estava se tratando de condição da ação ou apenas uma qualidade desta.

Anotando que filio-me à corrente que entende ser, a justa causa uma das condições da ação, nos termos do inciso III do art. 395 do CPP, tenho que a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001 carece dessa condição.

Como se sabe, a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu. Então, para evitar que a acusação seja temerária ou leviana é que se exige que ela venha lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica.

O momento do exame da presença ou da ausência de justa causa verifica-se, de modo precípua, por ocasião do recebimento, ou não, da denúncia ou queixa-crime, a teor do que dispõe o inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal (“*A denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da Ação Penal*”).

Discute-se, entretanto se, após a apresentação da resposta a que se refere o artigo 396 do CPP, poderia o juízo promover a absolvição sumária do defendente por falta de justa causa.

A resposta, segundo uma parcela da doutrina, é desenganadamente positiva (Cf. LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 352-353), tomando-se como base a lacuna do artigo 397.

Sob o ângulo da profundidade cognitiva, o reconhecimento da ocorrência, ou não, de justa causa na prossecução penal deve se dar de forma superficial ou rarefeita, a ser constatado *prima facie* e mediante prova pré-constituída, à semelhança do que ocorre, *mutatis mutandi*, com o direito líquido e certo no mandado de segurança. Em outro dizeres, havendo

suspeita fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se legítima a instauração do processo penal, eis que se impõe, ao poder público, a adoção de providências necessárias ao esclarecimento da verdade real.

Por outro lado, também se revela possível a sua extinção anômala, desde que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação (STF HC 82.393).

Promover a instauração de processo penal sem indícios razoáveis de autoria e materialidade, destituído de qualquer suporte fático, afronta não só o princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, como também, no plano internacional, a *Universal Declaration of Human Rights*, no artigo 11.

Acerca da temática, oportuna as colocações de Frederico Marques preceituando ausente o *fumus boni iuris* que respalde a imputação, conferindo-lhe razoabilidade e legítimo interesse, demonstrando pretensão viável, a denúncia não pode ser admitida ou recebida. Na mesma linha de raciocínio, Júlio Fabbrini Mirabete (in *Processo Penal*, 14ª edição, Atlas, 2003, p. 138/139) destaca:

"Ultimamente tem se incluído como causa de rejeição da denúncia ou da queixa por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir) a inexistência de elementos indiciários que amparem a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja *fumus boni iuris* para que a ação penal tenha condições de viabilidade pois, do contrário, não há justa causa. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e a autoria, para que opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando, por exemplo, o simples oferecimento da versão do queixoso. Evidentemente não se exige prova plena nem um exame aprofundado e valorativo dos elementos contidos no inquérito policial ou peças de informação, sendo suficientes elementos que tornam verossímil a acusação.

Ainda nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete, esclarece: tem de restar "... *evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. Há constrangimento ilegal quando o fato imputado não constitui, em tese, ilícito penal, ou quando há elementos inequívocos, sem discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente de ilicitude. Não se pode, todavia, pela via estrita do mandamus, trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos.*" (in *Código de Processo Penal Interpretado*, 11ª edição, pág.1.705).

Guilherme de Souza Nucci (in Código de Processo Penal Comentado, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2003, p. 648), sobre a ausência de justa causa, assevera:

"Desdobra-se a questão em dois aspectos: a) justa causa para a ordem proferida, que resultou em coação contra alguém; b) justa causa para a existência de processo ou investigação contra alguém, sem que haja lastro probatório suficiente. Na primeira situação, a falta de justa causa baseia-se na inexistência de provas ou de requisitos legais par que alguém seja detido ou submetido a constrangimento (ex.: decreta-se a preventiva sem que os motivos do art. 312 do CPP estejam nitidamente demonstrados nos autos). Na segunda hipótese, a ausência de justa causa concentra-se na carência de provas a sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal. Se a falta de justa causa envolver apenas uma decisão, contra esta será concedida a ordem de habeas corpus. Caso diga respeito à ação ou investigação em si, concede-se a ordem para o trancamento do processo ou procedimento."

Com isso, diz-se que somente há justa causa para ação penal quando estiverem presentes os elementos que demonstram a existência da infração penal e a sua provável autoria, mediante um suporte probatório mínimo que dê amparo e sustentação à acusação formulada.

No caso concreto, a Paciente foi denunciada por suposto envolvimento em uma organização criminosa, cujo objetivo seria, de acordo com a peça acusatória, fraudar e lesar o tesouro estadual, bem como pela prática dos crimes de peculato, prevaricação e delito funcional contra a ordem tributária e organização criminosa, pois, na qualidade de Governadora do Estado do Maranhão, teria (i) autorizado, com base em parecer exarado pela procuradoria do estado e nota técnica emitida pela secretaria estadual de fazenda, transação entre o Estado do Maranhão e empresas privadas, visando aproveitamento de créditos de precatório judicial para quitação de tributos, sendo tal acordo homologado judicialmente e contendo pareceres favoráveis emitidos por membros do Ministério Público Estadual (fls. 08, 42 e 43) e, (ii) nomeado a Procuradora Geral do Estado, o Secretário de Fazenda e outros 26 (vinte e seis) servidores públicos (que também seriam funcionários da empresa privada chamada Linuxell Informática e Serviços, prestadora de serviço do Estado do Maranhão – fls. 08 e 44).

No caso, perscruto a ação penal movida e constato não haver lastro mínimo de prova que forneça arrimo à acusação. A denúncia formulada não consegue narrar, ainda que sucintamente, exposição de fato criminoso ou de conduta proibida que se amolde aos tipos penais apontados, tal qual não declina as circunstâncias, desrespeitando regra estabelecida no artigo 41, do CPP. Assevero, ainda, que a denúncia não aponta, minimamente, elementos probatórios que confirmem o que tenta acusar, conforme preceitua o artigo 41, do CPP:

A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Eis julgado do STJ, da lavra do Ministro Ribeiro Dantas, que espelha o mesmo entendimento:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PECULATO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 514 DO CPP. DELITO FUNCIONAL TÍPICO. SÚMULA/STJ 330. NULIDADE RELATIVA. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

4. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. 5. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1º/10/2015). 6. A participação do réu em suposto crime de peculato não restou descrita na incoativa, pois não foi deduzida de que maneira teria ele concorrido para a apropriação de valores pelo agente público, tendo sido afirmado tão somente que o paciente agiu com intuito de beneficiar a empresa vencedora da licitação. Em verdade, eventual comportamento ilícito do réu poderia configurar, no máximo, conduta descrita na Lei n. 8.666/1993, consistente em fraude durante procedimento de tomada de preços na qual prestou assistência jurídica. 7. Como cediço, o réu não se defende da qualificação jurídica dada pelo órgão acusatório aos fatos, donde decorre que eventual erro na adequação típica do fato não configura, de per si, inépcia da denúncia. Entrementes, não se admite que o órgão acusatório, ao proceder ao juízo de subsunção, deixe de imputar ao agente a prática do crime correspondente à conduta por ele perpetrada, optando por atribuir a prática de delito mais grave, com maior apenamento e, por consectário, de prazo prescricional mais longo. Deveras, o preceito secundário do tipo penal incriminador do art. 90 da Lei n. 8.999/1993 prevê pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, mais multa, prescrevendo a pretensão punitiva antes do trânsito em julgado da sentença em 8 (oito) anos. Lado outro, no tocante ao delito de peculato, o Código Penal estabelece pena in abstracto de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, mais multa, prescrevendo, pois, em 16 (dezesesseis) anos. Na hipótese, a própria denúncia afirma que a pretensão punitiva referente ao crime de licitação estaria prescrita desde 2009, tendo concluído pela imputação, a todos os réus, da prática do delito de peculato. 8. Olvidou-se a peça acusatória de descrever o nexo causal entre a conduta

imputada ao réu e o resultado delitivo, que seria a malversação de valores oriundos de convênio firmando entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura de Amapá/AP, pois, repita-se, a conduta do réu está inserida, exclusivamente, no contexto da tomada de preços e de suposto favorecimento a licitante. Mesmo que se admita que o gestor público tenha se utilizado de procedimento licitatório fraudulento para a prática do desvio de verbas, o liame entre a conduta do réu e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma legal alegadamente violada, qual seja, o art. 312 do CP, não restou satisfatoriamente declinado na denúncia. 9. O art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 admite que, "quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo". Assim, em princípio, ao ter opinado pela abertura de prazo para apresentação dos documentos faltantes, que geraram a inabilitação da empresa, o acusado não praticou conduta ilícita, tendo agido em conformidade com o texto legal. 10. Forçoso destacar que mesmo que a conduta do ex-prefeito possa configurar a prática do tipo penal descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, em atendimento ao princípio da especialidade, considerando o intervalo de apenamento estabelecido para tal crime, a prescrição da pretensão punitiva somente seria alcançada em 16 (dezesesseis) anos, prazo idêntico ao estabelecido para o crime de peculato. Assim, eventual erro na tipificação, por não implicar elastério do prazo prescricional, não denota ausência de justa causa para persecução penal pela extinção da punibilidade em relação a todos os réus, devendo ser apenas reconhecida a inépcia formal da peça acusatória no tocante ao ora paciente. 11. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de trancar a Ação Penal 0002273-42.2013.4.01.3100, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá, em relação ao paciente Antonio Ildegardo Gomes de Alencar, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 de CPP. (STJ - HC: 369182 AP 2016/0227221-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/02/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2017).

In concreto, a exigência do artigo 41, do CPP não foi atendida e nem cumprida, tornando a acusação formulada pelo Ministério Público Estadual visivelmente inepta.

No que diz respeito ao fato de autorizar acordos seguem os trechos da peça acusatória (páginas 08, 22, 42 e 44): “Noutra ponta, essa organização criminoso contava com o decisivo beneplácito de Roseana Sarney Murad, em virtude de ter autorizado acordos judiciais baseados em pareceres manifestamente ilegais”; “Mesmo diante do disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, Roseana Sarney Murad, governadora do Estado, de 17 de abril de 2009 a 31 de dezembro de 2014, celebrou, com a conivência dos então Procuradores-Gerais Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo e Helena Maria Cavalcanti Haickel e do então Procurador-geral Adjunto para Assuntos Judiciais Ricardo Gama Pestana, pelo menos, dois acordos judiciais, um com as empresas DISPEBEL Distribuidora de Bebidas Presidente LTDA., SADIBE Santa Inês Distribuidora de Bebidas Ltda., DIGAL – Distribuidora de Bebidas Ltda. e MARDISBEL Marreca Distribuidora de Bebidas Ltda. e outro com Mateus Supermercados S/A e Armazém Mateus S/A, sucessores processuais do Santander S/A – Serviços Técnicos, Administrativos e de Corretagem de

Seguros, incorporador do Banespa S/A – Administradora de Cartões de Crédito e Serviços, anteriormente denominado Banco de Desenvolvimento do Estado de São Paulo – BADESP”; “Roseana Sarney Murad, Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo, Helena Maria Cavalcanti Haickel e Ricardo Gama Pestana concorreram decisivamente para o sucesso da organização criminosa, na medida em que, por meio de manifestações jurídicas, sem amparo legal e constitucional, e em completa deslealdade às instituições as quais serviram, já que em razão se suas posições política institucional davam aparência de legalidade a acordos judiciais que seriam, em tese, excelentes negócios para o Estado do Maranhão, mas que na verdade não passavam de uma burla ao disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional e ao art. 100 da Constituição Federal, garantia o sucesso da organização criminosa, especialmente por terem negociado com Jorge Arturo Mendoza Reque Júnior o pedido de homologação judicial dos acordos efetuados, em flagrante convergência de interesses para atender os pleitos da organização criminosa, criando, vale repetir, uma aparência de legalidade, aproveitando-se, para isso, inclusive do Poder Judiciário, foram incontestavelmente coniventes com a organização criminosa”; Por conta disso, Roseana Sarney Murad encontra-se incurso nas penas dos art. 312, § 1º, do Código Penal, por duas vezes, em concurso material, (art. 69 do Código Penal), art. 319, por duas vezes, em concurso material (art. 69 do Código Penal), art. 3º, III, da Lei 8.137/90 e art. 2º, § 4º, II, da Lei 12. 850/2013, por representar o suporte político da organização criminosa, uma vez que foi durante seus governos que pagamento de precatórios sem observâncias das determinações legais e constitucionais tornaram-se uma rotina, com claro objetivo de sangrar os recursos públicos, para atender interesses próprios e de terceiros”.

Como já registrado, a Paciente chefiava o poder executivo estadual e, os fatos a ela imputados, são, além de genéricos e imprecisos, estritamente interligados ao exercício da mencionada função. Para elucidar, destaco o disposto na LC nº 20/94:

Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado, instituição de natureza permanente, essencial à Justiça e à administração pública, com quadro próprio de pessoal tem, com fundamento nos arts. 103 a 108 da Constituição do Estado, as seguintes atribuições:

I. exercer a representação judicial e extrajudicial do Estado, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico da Administração Pública estadual, suas autarquias e fundações;

(...)

VI. opinar previamente sobre a forma de cumprimento de decisões judiciais e pedidos de extensão de julgados relacionados com a administração estadual.

(...)

Art. 4º - Ao Procurador-Geral do Estado, de livre nomeação do Governador, dentre cidadãos maiores de trinta anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada, compete, sem prejuízo de outras atribuições:

(...)

XXIII. desistir, transigir, firmar compromissos e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado, de acordo com a lei e quando expressamente autorizado pelo Governador:

(...)

Art. 86 - Os pareceres da lavra do Procurador-Geral do Estado serão aprovados pelo Governador do Estado.

(...)

Art. 88 - A orientação administrativa contida em parecer da Procuradoria Geral do Estado, somente será suscetível de revisão mediante determinação do Governador do Estado, a vista de proposta fundamentada do Secretário de Estado a que estiverem vinculadas.

A legislação é clara ao estabelecer duas premissas: compete ao Procurador do Estado transigir em ações do interesse da Fazenda do Estado, quando expressamente autorizado pelo Governador e determina que os pareceres da lavra dos Procuradores Gerais do Estado serão aprovados pelo Governador. O comando encerra uma determinação clara e direta acerca da condução do Governador do Estado, no estrito cumprimento dos deveres impostos, em virtude do cargo que ocupa.

Por outro lado, destaca-se, conforme consta nos autos, que a autorização concedida pela Paciente para concretização do mencionado acordo seguiu, à risca, o que determina a LC nº 20/94, embasando-se em parecer da Procuradora Geral do Estado, de argumentação nitidamente favorável ao ente estatal concernente às vantagens econômicas pela redução do valor das dívidas para com credores titulares de decisões judiciais já transitadas em julgado, condenatórias do Estado. Juridicamente, o parecer da PGE hospeda tese lastreada em interpretação a que não se nega coerência.

Sobre tal aspecto – da legalidade e coerência jurídica do parecer emitido pela PGE - já se pronunciou o STJ, no julgamento do RHC nº 82.377/MA (2017/0064335-4), em que foram recorrentes os procuradores Helena Haickel e Ricardo Pestana, da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, em que foi provido à unanimidade, determinando o trancamento da ação penal para ambos.

Nesse julgado o STJ consolidou o entendimento de que houve flagrante atipicidade da conduta. Transcrevo a ementa do julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS No 82.377 - MA (2017/0064335-4) MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE: RICARDO GAMA PESTANA ADVOGADOS: RAVIK DE BARROS BELLO RIBEIRO
E OUTRO RECORRIDO: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO MARANHAO

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. PREVARICACAO. CRIME
CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA. ORGANIZACAO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA ACAO
PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE ATIPICIDADE EVIDENCIADA.
DENUNCIA INEPTA. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da acao penal por meio do habeas corpus e medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequivoca comprovacao da atipicidade da conduta, da incidencia de causa de extincao da punibilidade ou da ausencia de indicios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Precedentes.

2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo a persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Em verdade, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate.

3. Não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal. Porém, impende destacar que a deflagração de ação penal, de per si, caso seja despida de justa causa, importa grave constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus, mesmo que não tenha sido imposta qualquer medida cautelar ao denunciado.

4. Nos termos do art. 133 da Constituição Federal, "o advogado e indispensável a administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Sem embargo, a inviolabilidade do advogado não pode ser tida por absoluta, devendo ser limitada ao exercício regular de sua atividade profissional, não sendo admissível que sirva de salvaguarda para a prática de condutas abusivas ou atentatórias a lei e a moralidade que deve conduzir a prática da advocacia.

5. No julgamento do MS n. 24.631/DF, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelo conteúdo de pareceres técnico-jurídicos meramente opinativos, salvo se evidenciada a presença de culpa ou erro grosseiro.

6. Conforme o consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a imunidade do advogado público não obsta a sua responsabilização por possíveis condutas criminosas praticadas no exercício de sua atividade profissional, desde que demonstrado que agiu imbuído de dolo.

7. A manifestação do Procurador Geral de Justiça integra a formação do ato administrativo, sendo, portanto, de natureza obrigatória. Entretanto, por refletir um juízo de valor, o ponto de vista do parecerista sobre a matéria submetida ao seu exame, não vincula a autoridade que possui competência para o exame da conveniência do ato. Decerto, a concordância do Governador do Estado com o conteúdo do parecer não consiste em mera formalidade, não havendo delegação, ainda que velada, do poder decisório sobre o ato administrativo ao Procurador Geral do Estado. Na hipótese, forçoso destacar que o acordo foi homologado em juízo, após manifestação favorável do Ministério Público do Estado do Maranhão.

8. Nos dizeres de Jose dos Santos Carvalho Filho, "o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houve comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade de ato em função da conduta de seu autor" (CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28a ed. Sao Paulo: Atlas, 2015, p. 139-140).

9. Ainda que a jurisprudência atual desta Corte reconheça não ser possível a compensação tributária na ausência de lei estadual disciplinadora, a teor do disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, a autorização baseada na aplicação imediata do artigo 78, § 2o, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional 30/2000, não pode ser tida por manifestamente ilegal, não evidenciando erro grosseiro e, muito menos, que o parecerista agiu dolosamente com intuito de causar prejuízo ao erário.

10. Embora o Procurador Geral do Estado anterior tenha se manifestado desfavoravelmente aos pedidos de compensação tributária, por entende-los contrários aos interesses da Fazenda estadual, a adoção de posicionamento diverso, de per si, não indica que o animus da parecerista de beneficiar interesse particular no exercício de suas atribuições. Decerto, a divergência de opinião na atividade consultiva não acarreta responsabilização pessoal, salvo, repita-se, se demonstrado que o parecerista agiu dolosamente ou cometeu erro grosseiro.

11. O recorrente submeteu o seu entendimento a exame da então Procuradora Geral do Estado do Maranhão, a quem competia, em última análise, a prolação do parecer. Da mesma forma, os autos foram previamente encaminhados a Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como a Procuradoria de Justiça da aludida Unidade da Federação tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1o Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos a Execução n. 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória.

12. Deve ser reconhecido que o fato descrito na peça acusatória não se subsume ao tipo penal previsto no art. 319 do Código Penal. O delito de prevaricação, na modalidade "praticar ato violando disposição expressa de lei", exige que o funcionário público tenha praticado conduta comissiva peremptoriamente vedada em lei, não restando caracterizado o elemento normativo do tipo se houver qualquer dúvida sobre a exegese do dispositivo legal alegadamente contrariado.

13. O art. 3o, III, da Lei n. 8.137/1990 versa sobre forma especial do crime de advocacia administrativa e pressupõe que os interesses de particular tenham sido intermediados por servidor fazendário, tratando-se, portanto, de crime próprio, o que afasta, em princípio, a possibilidade de incriminação da recorrente quanto a tal crime. Ainda que assim não fosse, em que pese tenham sido descritas condutas praticadas por agentes públicos no âmbito da administração fazendária, que podem, em tese, configurar a prática do referido delito contra a ordem tributária, nada de concreto foi descrito a demonstrar a participação da recorrente nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal do recorrente, ainda que nos moldes do art. 29 do CP.

14. Malgrado a denúncia tenha igualmente imputado ao agente a prática do crime capitulado no art. 2o, c/c o § 4o, II, da Lei n. 12.850/2013, por supostamente ter dado suporte jurídico ao pleitos da organização criminosa dentro da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, limitou-se o Parquet a afirmar que a agente elaborou o retrocitado parecer, sem que tenha sido descrita qualquer outra circunstância concreta a indicar a sua participação no grupo criminoso, não restando, decerto, evidenciado o seu vínculo com as supostas manobras praticadas para a antecipação de pagamentos de créditos de empresas favorecidas por agentes públicos.

15. A inicial acusatória não preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto o órgão acusatório olvidou-se de descrever as condutas atribuídas ao ora recorrente, com a devida acuidade, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

16. Conquanto incontestado a independência dos membros do Ministério Público, bem como a diferença de sua atuação como titular da ação penal e como fiscal da lei, deve ser ressaltado que a Procuradoria Geral de Justiça, da tribuna, após a leitura do voto do Desembargador Relator, optou por modificar o posicionamento adotado no parecer encartado aos autos do writ originário, opinando pela concessão da ordem, a fim de que fosse trancado o processo-crime em relação ao recorrente. Adiado o julgamento após pedido de vista, uma segunda Procuradora de Justiça funcionou nos autos, tendo ela igualmente opinado pela exclusão do acusado do polo passivo da lide, conforme o voto vencido do Relator.

17. Evidenciada, de plano, a flagrante atipicidade das condutas e a inépcia da exordial no tocante ao recorrente, deve ser trancada a ação penal, ressaltando-se a possibilidade de oferta de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 do CPP e com fundamento em fatos novos.

18. A manifesta atipicidade das condutas imputadas ao recorrente não conduz a conclusão de que os fatos reputadamente criminosos atribuídos aos corréus sejam igualmente atípicos, devendo, portanto, seja dado prosseguimento a persecução penal para que sejam esclarecidos os eventos descritos na peça acusatória.

19. Recurso provido para determinar o trancamento da Acao Penal n. 19880-63.2016.8.10.0001, em curso na 7a Vara Criminal da Comarca de São Luís/MA, devendo, porém, ser mantida a persecucao penal em relacao ao demais réus. ACORDAO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justica, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator. PRESENTE NA TRIBUNA: DR. RAVIK DE BARROS BELLO RIBEIRO (P/RECTE) Brasília (DF), 10 de outubro de 2017 (data do julgamento) MINISTRO RIBEIRO DANTAS Relator).

Vê-se, pois, que a ementa do julgado proferido pelo STJ é elucidativa e rechaça qualquer discussão acerca da legalidade do parecer emitido pelo órgão técnico do Estado e afirma, categoricamente, não ter sido manifestamente ilegal, não evidenciar erro grosseiro e, muito menos, que o parecerista agiu dolosamente com intuito de causar prejuízo ao erário. Acrescenta que nada de concreto foi descrito na denúncia a demonstrar a participação dos Procuradores nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal.

Com efeito, se decidiu o STJ que mácula não há nos pareceres emitidos e, sobre a Paciente, pesa acusação – baseada apenas em presunção, decorrente do cargo que ocupava - de ter autorizado acordo com base nos mencionados pareceres, conseqüentemente repulsa-se, por completo, a narrativa formulada pela acusação, até porque, como já explicitado acima, não há elemento mínimo de prova a amparar a narrativa acusatória, concluindo-se que a denúncia se lastreia em pura presunção.

Destaco ainda que o ato praticado pela Paciente de “*autorizar acordo*” foi apresentado a este Poder Judiciário e até mesmo ao Ministério Público, havendo homologação judicial, razão pela qual embasado está o entendimento de que o acordo firmado respeitou parâmetros de legalidade e licitude, vez que não é conferido ao Poder Judiciário fazer homologação de avenças ilegais.

Em tempo, destaco que a atuação do Ministério Público Estadual nos casos aqui apreciados não está limitada a homologações de acordos. Tal qual asseverado pelo STJ, no julgamento do RHC 82.377/MA, o *Parquet* peticionou desistindo de ação rescisória ajuizada em face do Precatório Judicial nº 20.161/2009 – TJ/MA e essa desistência também foi apreciada por este Egrégio Tribunal de Justiça.

Logo não há falar que, o ato praticado pela Paciente foi aquiescer com os pareceres emitidos pelos Procuradores do Estado em sua inteireza e completude, com o fito de autorizar acordos propostos em ações transitadas em julgado, por serem composições benéficas ao Estado, pela nítida redução do “*quantum debeatur*”, preservando as finanças do ente público e dando concretude aos princípios incertos na Carta Republicana, em seu artigo 37, máxime a moralidade e a eficiência.

Ademais, o STJ, em decisão já transitada em julgado do já citado RHC, certifica não haver nem conluio e nem dolo na conduta dos Procuradores do Estado.

Entendo, então, que a chancela do acordo, após manifestação dos órgãos jurídicos, técnicos e contábeis do Estado terem afirmado, categoricamente, o caráter vantajoso dos acordos, não pode ser classificada como um ato criminoso, razão pela qual é, inequívoca, a atipicidade da conduta imputada à Paciente.

Outrossim, devo esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro não admite responsabilização objetiva, há muito banida dos ordenamentos jurídicos democráticos. A denúncia, não poderia se limitar a imputar à Paciente prática criminosa em razão, tão somente, do suposto poder de mando e decisão derivado do cargo de chefia do executivo estadual.

Quanto ao tema, pertinente citar o seguinte julgado do STF:

Questão de ordem na ação penal. Processual penal. Denúncia. Recebimento por outra instância antes da diplomação do réu como deputado federal. Posterior deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal. Recebimento do processo no estado em que se encontra (art. 230-A do RISTF). Possibilidade de reexame, em questão de ordem, da justa causa para ação penal. Crimes de fraude a licitação (art. 90 da Lei nº 8.666/93) e de peculato (art. 312, CP). Convênio firmado entre a Secretaria Estadual de Saúde e o Ministério da Saúde. Fraude em concorrência derivada desse convênio e desvio de recursos públicos em favor de terceiro. Imputação desses crimes a governador de estado pelo fato de o convênio ter sido celebrado em sua gestão. Inadmissibilidade. Acusado que, à época da abertura da concorrência, já havia renunciado a seu mandato. Inexistência de poder de mando sobre o curso do procedimento licitatório e a execução do contrato. Mera chefia do Poder Executivo que não atrai sua responsabilidade penal. Corrupção passiva (art. 312, CP). Recebimento de doações eleitorais da vencedora do certame. Atipicidade do fato. Réu que, na condição de ex-governador, não mais detinha a qualidade de funcionário público. Falta de justa causa para a ação penal (art. 395, III, CPP). Questão de ordem que se resolve pela concessão de habeas corpus, de ofício, para se rejeitar a denúncia, por falta de justa causa. 1. Nos termos do art. 230-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, havendo deslocamento de competência para o STF, a ação penal deve prosseguir no estado em que se encontra, preservada a validade dos atos já praticados na instância anterior, em homenagem ao princípio tempus regit actum. 2. De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal não pode permitir que uma ação penal inviável prossiga, pelo só fato de recebê-la no estado em que se encontra, sob pena de manifesto constrangimento ilegal ao réu. Precedente. 3. Não bastasse isso, o prosseguimento do feito acarretaria a

desnecessária prática de inúmeros atos de instrução, como a inquirição de testemunhas e a produção de perícias onerosas, relativamente a uma pretensão acusatória natimorta. 4. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime, bem como de indícios razoáveis de autoria. Precedentes.

(...)

7. O simples fato de ser governador à época em que a Secretária de Estado firmou o convênio em questão não atrai a sua responsabilidade penal pela fraude à licitação subsequente e pelo desvio de verbas na execução do contrato. 8. Mutatis mutandis, “a mera subordinação hierárquica dos secretários municipais não pode significar a automática responsabilização criminal do Prefeito” (AP nº 447/RS, Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/5/09). 9. À míngua de elementos probatórios concretos, constitui mera criação mental da acusação a pretensa relação de causalidade entre as doações eleitorais feitas ao réu e seu suposto concurso para a fraude à licitação e o desvio de recursos públicos. 10. Questão de ordem que se resolve pela concessão de habeas corpus, de ofício, em favor do acusado, para rejeitar a denúncia, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP). (AP 913 QO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015).

Inconcebível admitir-se, na esfera penal, solidariedade entre os acusados em virtude de existência de subordinação hierárquica. Outrossim, assevero que a acusação extravasa, em demasia, até mesmo o cenário hierárquico abrangendo, no polo passivo da ação penal, acusados que sequer pertenciam aos quadros do Estado. Ressalto que apesar da pluralidade de acusados, a denúncia não indica o nexos causal entre as condutas de cada um deles, a existência de liame subjetivo escorando, a denúncia, em meras conjecturas e na *opinio delicti* do membro do *Parquet*.

Tenho, portanto, que o *Parquet* estadual laborou em equívoco ao oferecer denúncia sem que respeitadas fossem as exigências determinadas pela Carta Magna e pelo Código de Processo Penal.

Lamentável a atuação do Ministério Público do Estado do Maranhão negligenciando sua valorosa função ministerial - de propor ação penal - declinando fatos penalmente relevantes e provando, minimamente, os elementos estruturadores do fato típico: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade, abdicando de seu poder investigativo para buscar, extra-autos - por meio de entrevistas e coletivas de imprensa – elementos outros para conseguir dar cabo a sua deficitária atuação. É o que constato nos autos!

Concluo então não haver se falar em cotejamento ou ponderação de princípios, pois a existência de justa causa para promover o trancamento da ação penal é flagrante e, portanto, não afronta ao princípio do *in dubio pro societate*. Com

efeito, consagrado está, na doutrina e na jurisprudência, que a denúncia deve se apresentar constituída de elementos denotadores de sua regularidade formal, expressando a viabilidade da relação processual, a possibilidade do exercício do direito de ação, por conter a descrição de fatos ocorridos que, em tese, amoldam-se a um tipo penal. Consagra-se, na contemporânea ciência processual penal, ser a denúncia uma seríssima proposta de acusação contra o cidadão, baseado em fatos prováveis.

Quanto ao segundo fato imputado à Paciente, responsabilização penal pela nomeação de 26 (vinte e seis) servidores públicos para exercício em cargos comissionados na Secretaria de Fazenda do Estado, sendo tais servidores simultaneamente funcionários da empresa Linuxell Informática, prestadora de serviço da SEFAZ afirma a denúncia (páginas 67 e 68): “Para garantir o sucesso da atuação da organização criminosa, por meio da contratação da empresa Linuxell Informática e Serviços Ltda., Roseana Sarney Murad, na qualidade de governadora do Estado do Maranhão, nomeou 26 (vinte e seis) terceirizados que trabalhavam para a empresa Linuxell Informática e Serviços Ltda., contratada para prestar serviços de tecnologia da informação na SEFAZ, para exercerem ao mesmo tempo, agora por meio de cargos em comissão, a mesma função na SEFAZ, o que demonstra seu elo com a organização criminosa, uma vez que esta empresa foi contratada para atender os interesses da organização criminosa”; Por outro lado, entre os agraciados com o cargo em comissão, mesmo já sendo empregado da Linuxell Informática e Serviço Ltda., prestando serviços na SEFAZ, encontrava-se Edimilson Santos Ahid Neto pago duas vezes, com mais 25 (vinte e cinco) outros funcionários da Linuxell Informática e Serviços Ltda., para realizar o mesmo serviço na SEFAZ. Para além de improbidade administrativa essa conduta se caracteriza como crime, daí porque Roseana Sarney Murad encontra-se incurso nas penas do art. 312, §1º, do Código Penal, por 26 vezes, em concurso material (art. 69 do Código Penal).

Ab initio, imperioso destacar que na denúncia não há nem mesmo os nomes desses 25 ou 26 servidores públicos que, supostamente, ostentavam, simultaneamente, status de servidor público estadual e empregados da referida empresa de informática. Chamo atenção para tal ausência, posto que o Ministério Público não declinou os nomes dos servidores, tampouco indicou as datas em que foram nomeados em cargos comissionados, muito menos quando teriam sido contratados pela Linuxell Informática e Serviços Ltda.

A denúncia limitou-se a relatar, na página 08, “E não é só. Alguns funcionários da terceirizada Linuxell Informática e Serviços Ltda eram, ao mesmo tempo, comissionados da SEFAZ, o que demonstra a grande ousadia da organização criminosa, respaldada pela convicção de que todos os crimes praticados permanecem impunes”. Nessa citação o órgão acusador lança nota de rodapé nº 10 contendo “Notícia de Fato nº 11/2016 [SIMP: 024289-500/2016. Volume 12 (fls. 3.425 a 3.437). Volume 13 (3.442 a 3.493)]. Veja:



Constato, então, que nos volumes dos processos declinados na nota de rodapé nº 10, fls. 08 da denúncia, em que se refere aos funcionários da empresa terceirizada Linuxell, que teria em seus quadros servidores comissionados da Secretaria de Fazenda, nada foi localizado.

Já no volume 25, verifico uma relação contendo diversos nomes de funcionários das empresas terceirizadas tanto da Linuxell (fls. 3.350, volume 26), quanto da Auriga Informática, sem que haja menção aos nomes dos 25 ou 26 funcionários apontados na inicial.

Continuando a análise detida dos autos, constato que a partir da página 3.396, do volume 25, consta folha de pagamento da Linuxell, com dezenas de nomes. Da página 3.725 a 3.729, constato ainda documento emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego com nomes, CPF, data de admissão e, ao lado de alguns nomes, uma marcação com asterisco. Às fls. 3.437, ainda do mesmo volume, registro o diário oficial com exonerações de servidores de cargos comissionados, contendo mais uma vez, asteriscos ao lado de alguns nomes.

Por fim, agora no volume 26, às fls. 3.442 até 3.494, foram anexadas 55 páginas de diário oficial contendo nomeações, exonerações e asteriscos ao lado de nomes pontuais. Neste ponto, chamo atenção para o fato, os diários datam de 13 de fevereiro de 2015, data em que a Paciente não era mais Governadora.

Assim, considerando os fatos declinados, a inépcia da denúncia quanto ao fato da nomeação dos servidores é manifesta, literal e contundente, por violação frontal ao artigo 41, do CPP.

Data *maxima venia* ao Ministério Público Estadual, há aqui negligência por parte do Órgão acusador, restante inclusive evidente os prejuízos causados à defesa da Paciente e perplexidade até mesmo ao julgador. Nos dizeres de Pacceli e Fischer “*é exatamente a descrição completa da imputação penal que permitirá o mais amplo exercício da defesa*”.

Denúncia que não descreve fato típico, deixando, portanto, de atender os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, impede o prosseguimento da *persecutio criminis in iudicio*. É o caso!

Constato, pois, tratar-se de verdadeira tentativa de responsabilização criminal objetiva. A mera invocação da condição de Chefe do Executivo, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule, concretamente a Paciente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório, especialmente quando o acusador nem denomina o nome dos tais servidores que, em absoluta criação fictícia, teriam sido nomeados para alicerçar a intenção da Paciente em “saquear” os cofres públicos. Ora, consectário lógico seria que esses tais servidores deveriam, na conjuntura pensada e arquitetada pelo Ministério Público, constar no rol passivo da ação penal.

Preceitua a Constituição do Estado do Maranhão que:

Art. 54. O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado ou ocupante de cargo equivalente.

Parágrafo único. Os cargos equivalentes ao de Secretário de Estado são os definidos em lei.

(...)

Art. 64. Compete, privativamente, ao Governador do Estado:

I - nomear e exonerar os Secretários de Estado ou ocupante de cargo equivalente, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público-Geral do Estado, o Auditor-Geral do Estado e o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado.

(...)

XV - prover e extinguir os cargos públicos estaduais, na forma da lei;

Vislumbra-se, portanto, que é inerente à função do Chefe do Executivo Estadual prover os cargos públicos, razão pela qual a circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal.

Outrossim, o *mandamus* ora em análise demonstra, com clareza e certeza, que as nomeações indicadas na peça acusatória não guardam nenhuma relação com a suposta “organização criminosa” apontada pelo membro do Ministério Público Estadual. Encontra-se provado nos autos, por meio de publicações nos diários oficiais, que os 25 supostos membros da organização criminosa foram nomeados antes da posse da Paciente como Governadora do Estado e/ou as admissões na Linuxell se

deram quando já ocupavam funções comissionadas na Secretaria de Fazenda do Estado. As nomeações ocorrem no intervalo dos anos 2007 a 2013 e, tais servidores somente passam a ser funcionários em 2014, ou seja, quando da nomeação não ostentavam o crachá da Linuxell Informática, sendo desarrazoado exigir da Paciente ciência de que, no último ano do seu governo, mencionados servidores integravam os quadros de uma empresa.

Devo sublinhar ainda que, acerca desse fato, uma curiosidade: está provado nos autos que esses mesmos 26 servidores foram renomeados no ano de 2015, no Governo que sucedeu a Paciente, somente vindo a ser exonerados em meados de fevereiro desse mesmo ano. Esse fato reitera o indício de que esses servidores sempre fizeram parte dos quadros do Estado, não tendo o Ministério Público o cuidado e o zelo de investigar os fatos que aponta. Evidente está, mais uma vez, a constatação de que a presente ação penal se pauta apenas em presunções.

No que se refere a responsabilidade penal, é imperioso anotar que, no modelo constitucional brasileiro, não qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento apenas em suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (HC 84.580/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), assim ementado:

HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – LEI Nº7.492/86 (ART. 17) – DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO – INÉPCIA DA DENÚNCIA – PEDIDO DEFERIDO.

A denúncia atribui aos acusados a prática do desvio de recursos públicos. Contudo, não narra de forma adequada a conduta da paciente, o que atrai a incidência das regras previstas nos incisos I e III do artigo 395 do CPP.

Do referido julgado, colho o seguinte trecho:

“para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (essentialia delicti) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato

estatal que transgrida o dogma de que haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.”(STF - HC 84.580-1 - 2.ª Turma - j. 25/8/2009 - v.u. - rel. José Celso de Mello Filho - DJe 18/9/2009).

Já o Superior Tribunal de Justiça (RHC 24.733/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011), tem decidido que “*a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias*”.

Essa narração impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. A denúncia deve traduzir os sete elementos do injusto, indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso, conforme magistério doutrinário, a saber: a) Quem praticou o delito (quis)? b) Que meios ou instrumentos empregou? (quibus auxiliis)? c) Que malefício , ou perigo de dano, produziu o injusto (quid)? d) Que motivos o determinaram à prática (cur)? e) Por que maneira praticou o injusto (quomodo)? f) Em que lugar o praticou (ubi)?g) Em que tempo, ou instante, deu-se a prática do injusto (quando)?

No caso ora em exame, a acusação é totalmente inepta, pois não detalha, com o mínimo de precisão, as condutas imputadas a cada um dos acusados. Sustenta a existência de diversos crimes, mas não indica quando e como foram praticadas cada uma das condutas, deixando de narrar a participação de cada um dos acusados, com a descrição dos elementos indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso

A denúncia é vaga. Imprecisa. Genérica. Não descreve de forma direta e detalhada a ação da paciente ou dos demais acusados. Torna assim impossível o exercício da ampla defesa. Não atende as exigências do artigo 41 do CPP.

A inépcia da denúncia ora analisada já veio a ser reconhecida na análise do já citado RHC 82.377/MA (Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017).

Na ocasião, ao analisar a situação de outros acusados nessa mesma ação penal, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça revelou-se abismada com a atuação do Ministério Público, uma vez que, segundo a decisão, “*os autos foram previamente encaminhados à Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como à Procuradoria de Justiça da aludida Unidade da Federação, tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos à Execução n. 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a*

compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória”.

Registrando o acórdão, em outra passagem, que *“conquanto incontestado a independência dos membros do Ministério Público, bem como a diferença de sua atuação como titular da ação penal e como fiscal da lei, deve ser ressaltado que a Procuradoria Geral de Justiça, da tribuna, após a leitura do voto do Desembargador Relator, optou por modificar o posicionamento adotado no parecer encartado aos autos do writ originário, opinando pela concessão da ordem, a fim de que fosse trancado o processo-crime em relação ao recorrente. Adiado o julgamento após pedido de vista, uma segunda Procuradora de Justiça funcionou nos autos, tendo ela igualmente opinado pela exclusão do acusado do polo passivo da lide, conforme o voto vencido do Relator”.*

Tal entendimento do Superior Tribunal de Justiça bem revela o comportamento contraditório do Ministério Público no caso ora em análise, onde a acusação parece não atuar com a necessária boa fé processual.

A regra que veda o comportamento contraditório ("venire contra factum proprio") aplica-se a todos os sujeitos processuais. O Ministério Público não é exceção. Afronta a boa-fé na relação processual e o princípio insculpido na máxima nemo potest venire contra factum proprium a conduta do Ministério Público quando desiste da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, e, posteriormente, busca a responsabilização penal da paciente em decorrência desses mesmos fatos.

Pretendeu a denúncia invocar a técnica do domínio do fato, conformada ainda no domínio nazista, por Hans Welzel e adaptada, posteriormente, por Claus Roxin e que, suscitada na Ação Penal 470, passou a ter, no Brasil, uma ampla vertente, à luz da teoria finalista do direito penal, sustenta que quem comanda é responsável pelos atos de seus auxiliares.

Assim, erro, infração ou delito cometidos por auxiliares diretos implicariam recair, a responsabilidade, sobre o detentor do poder. No entanto, não me parece aplicável à hipótese, pois recebeu, a Paciente, manifestações da Secretaria de Fazenda, da Secretaria de Planejamento e parecer da Procuradoria do Estado, aconselhando a operação com base em argumentos jurídicos que apenas poderiam ser contestados por especialistas na área jurídica.

A propósito, mesmo a teoria do domínio do fato exige que o acusador aponte indícios convergentes no sentido de que a detentora do poder, no caso a Paciente, não somente tivesse conhecimento de eventual prática criminosa, mas que dirigisse, finalisticamente, a atividade dos demais acusados. Não é, visivelmente, o caso dos autos!

Com efeito, não basta invocar que a Paciente estava em posição hierarquicamente superior para se presumir tivesse ela dominado toda a suposta realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre as práticas criminosas. Exigível na espécie, portanto, que a denúncia descrevesse atos concretamente imputáveis à Paciente, constitutivos de plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime, não se constatando ser o caso em enfoque que se lastreia, essencialmente, na assertiva da “qualidade de governadora”, “*de suporte político*” da organização criminosa, evidenciando, categoricamente, manifesta insuficiência narrativa da denúncia, amparando-se a peça em mera conjectura.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 73.371/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 4/10/96, assentou que:

“[o] Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, Rel. Min. OROZIMBO NONATO)”.

Parafraseando o Ministro Teori Zavascki, em manifestação no julgamento da AP no 465/DF, Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30/10/14:

“(…) há aqui um déficit probatório bem significativo, que não pode ser suprido simplesmente pela chamada teoria do domínio do fato. A teoria do domínio do fato nunca dispensou a comprovação de que aquele que tem o domínio do fato, de alguma forma, tenha concorrido para um dos atos do plano global, vamos dizer assim, por ação ou por omissão”.

Relembre-se que, na conhecida lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “*a primeira peça de defesa consiste na acusação*”.

Especificamente quanto aos tipos penais elencados pelo membro do Ministério Público na acusação, quais sejam, os crimes previstos nos artigos 312, § 1^o e 319², ambos do Código Penal; art. 3^o, inciso III, da Lei 8.137/90³ e art. art. 2^o, § 4^o, inciso II, da Lei n^o 12.850/2013, são admitidos apenas na modalidade dolosa.

No que diz respeito ao crime de peculato, a acusação não descreve o elemento subjetivo do tipo que, supostamente, teria impellido a Paciente a agir, imputando clara responsabilização objetiva, haja vista que a atuação da Paciente se deu como preceituado pela LC 20/93, autorizar o acordo, amparada em manifestações dos órgãos técnicos, PGE e secretaria de planejamento e fazenda, tal qual o ato de nomeação decorre de obrigação legal.

A conduta descrita no artigo 312 é: “*Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*” e não se amolda ao tipo penal indicado.

Como se vê, o delito de peculato, mesmo na modalidade “*desvio*”, exige que o servidor público se aproprie de dinheiro, valor ou bem, dos quais tenha a “*posse*” direta ou indireta. Ainda que se entenda que a “*posse*”, mencionada no dispositivo em tela, compreenda não apenas a detenção física de dinheiro, valor ou bem, mas também a disponibilidade jurídica sobre estes, salta à vista que a simples aquiescência para que fosse feito um acordo, não se enquadra nesse tipo penal.

De outra parte, convém observar que o Poder Judiciário, no exercício do *jus puniendi* estatal, deve ater-se rigorosamente ao preceito da reserva legal, não lhe sendo lícito ampliar o espectro de condutas descritas em determinado tipo penal. Por essa razão, não se mostra possível enquadrar a conduta da Paciente no artigo 312 do Código Penal.

Quanto ao artigo 319 do Código Penal e o o art. 3º, III, da Lei nº 8.137/1990, encampo integralmente os argumentos sustentados pelo STJ, no HC de Ricardo Pestana e Helena Haickel, vez que a atipicidade é gritante face a total ausência de lastro de favorecimento pessoal, nexos de causalidade, vínculo subjetivo e dolo, elemento essencial do tipo. Disse o STJ:

“Deve ser reconhecido que o fato descrito na peça acusatória não se subsume ao tipo penal previsto no art. 319 do Código Penal. O delito de prevaricação, na modalidade “praticar ato violando disposição expressa de lei”, exige que o funcionário público tenha praticado conduta comissiva peremptoriamente vedada em lei, não restando caracterizado o elemento normativo do tipo se houver qualquer dúvida sobre a exegese do dispositivo legal alegadamente contrariado”;

“e o art. 3º, III, da Lei nº 8.137/1990 versa sobre forma especial do crime de advocacia administrativa e pressupõe que os interesses de particular tenham sido intermediados por servidor fazendário, tratando-se, portanto, de crime próprio, o que afasta, em princípio, a possibilidade de incriminação da recorrente quanto a tal crime. Ainda que assim não fosse, em que pese tenham sido descritas condutas praticadas por agentes públicos no âmbito da administração fazendária, que podem, em tese, configurar a prática do referido delito

contra a ordem tributária, nada de concreto foi descrito a demonstrar a participação da recorrente nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal do recorrente, ainda que nos moldes do art. 29 do CP”.

No que pertine ao crime do art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013 afirmou o STJ no mesmo caso:

Malgrado a denúncia tenha igualmente imputado ao agente a prática do crime capitulado no art. 2o, c/c o § 4o, II, da Lei n. 12.850/2013, por supostamente ter dado suporte jurídico ao pleitos da organização criminosa dentro da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, limitou-se o Parquet a afirmar que a agente elaborou o retrocitado parecer, sem que tenha sido descrita qualquer outra circunstância concreta a indicar a sua participação no grupo criminoso, não restando, decerto, evidenciado o seu vínculo com as supostas manobras praticadas para a antecipação de pagamentos de créditos de empresas favorecidas por agentes públicos.

Comungo do entendimento firmado pelo STJ, vez que a conduta da Paciente está intrinsecamente relacionada à autorização do acordo, que fora embasada dos pareceres dos procuradores, sendo a “sustentação política” da suposta organização criminosa e não descreve qualquer outra circunstância concreta a indicar a participação da Paciente no suposto grupo criminoso, não demonstra e nem sequer cita eventual vínculo com as supostas manobras criminosas.

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

In casu, não há menção a absolutamente nenhuma evidência ou prova autônoma capaz de subsidiar o alegado pelo *Parquet*, ou seja, que os acusados teriam estabelecido uma reunião estável com o premeditado objetivo de praticar condutas criminosas.

A denúncia não aponta a estabilidade, a permanência ou a definição das atribuições de cada um dos integrantes da tal dita organização, tal qual não atenta à data em que a Lei das Organizações criminosas passa a vigorar, ao referir-se, aos atos de nomeações de supostos 26 (vinte e seis) servidores que ocorrem antes da entrada em vigor da citada lei.

Constato, pois, que a denúncia além e inepta, por não individualizar condutas, também não traz elementos probatórios mínimos a indicar, de maneira satisfatória e eloquente, materialidade dos fatos e indícios suficientes de autoria da Paciente. O trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, é medida que se impõe.

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, modificado em banca, **CONCEDO** a ordem pleiteada, para trancar a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001, em trâmite na 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís, em relação à Paciente, ROSEANA SARNEY MURAD, excluindo-a conseqüentemente da relação processual.

É como voto.

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

2Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

3Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal \(Título XI, Capítulo I\):III](#) - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

AUTOS: HABEAS CORPUS - CRIMINAL - 0805785-61.2017.8.10.0000

IMPETRANTE: ROSEANA SARNEY MURAD

Advogado do(a) IMPETRANTE: ANNA GRAZIELLA SANTANA NEIVA COSTA - MA6870

IMPETRADO: DRA. ORIANA GOMES

Advogado do(a) IMPETRADO:

RELATOR: VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO

ÓRGÃO JULGADOR COLEGIADO: 2ª CÂMARA CRIMINAL

EMENTA

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PECULATO. PREVARICAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE ATIPICIDADE EVIDENCIADA. DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO À PACIENTE. INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM A PACIENTE AO EVENTO DELITUOSO. INÉPCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. “Nos termos do entendimento consolidado do STJ, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus e medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Precedentes. 2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo a persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Em verdade, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. 3. Não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal. Porém, impende destacar que a deflagração de ação penal, de per si, caso seja despida de justa causa, importa grave constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus, mesmo que não tenha sido imposta qualquer medida cautelar ao denunciado”. (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 282.377 - MA (2017/0064335-4) MINISTRO RIBEIRO DANTAS).

II. “para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (essentialia delicti) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.” (STF - HC 84.580-1 - 2.ª Turma - j. 25/8/2009 - v.u. - rel. José Celso de Mello Filho - DJe 18/9/2009).

III. A simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu. Então, para evitar que a acusação seja temerária ou leviana é que se exige que ela venha lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica.

IV. *In casu* os processos de acordo em questão foram previamente encaminhados à Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como à Procuradoria de Justiça do Estado do Maranhão, tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos à Execução nº 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial nº 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória.

V. O simples fato de ser Governadora à época dos fatos não atrai a sua responsabilidade penal pelos ilícitos narrados na denúncia. *Mutatis mutandis*, “a mera subordinação hierárquica dos secretários municipais não pode significar a automática responsabilização criminal do Prefeito”. (AP nº 447/RS, Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/5/09).

VI. Ordem concedida para trancar a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001, em trâmite na 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís, em relação à Paciente, excluindo-a consequentemente da relação processual.

RELATÓRIO

HABEAS CORPUS Nº 0805785-61.2017.8.10.0000 – SÃO LUÍS

Paciente: Roseana Sarney Murad.

Advogados: Anna Graziella Santana Neiva Costa, Bruno Araújo Duailibe Pinheiro e Luís Henrique Alves Sobreira Machado.

Impetrado: Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de São Luís/MA

Relator Substituto: Desembargador Antonio Guerreiro Júnior

RELATÓRIO

Adoto como relatório a parte expositiva do Parecer Ministerial de segundo grau (ID 1350954), da lavra do eminente Procurador de Justiça, Dr. João Henrique Carvalho Lobato, que ora transcrevo, *in verbis*:

“Trata-se de habeas corpus impetrado pelos advogados Anna Graziella Santana Neiva Costa, OAB/MA nº. 6.870, Luís Henrique Alves Sobreira Machado, OAB/DF nº. 28.512, e Bruno Araújo Duailibe Pinheiro, OAB/MA nº. 6.026, a favor de Roseana Sarney Murad, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís.

Aduzem os impetrantes, em síntese, que o presente writ tem como fulcro o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e arts. 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal, tem vista a falta de justa causa para a Ação Penal nº. 19880-63.2016.8.10.0001, que teve sua denúncia recebida por decisão da MM. Juíza Auxiliar de Entrância Final da 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís.

Acentuam que a paciente fora denunciada nas penas do art. 312, § 1º, e art. 319, ambos do Código Penal; art. 3º, inciso III, da Lei nº. 8.137/90; e art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº. 12.850/2013. No entanto, compreendem

que a MM.

Juíza, ao receber a peça acusatória, proferiu decisão teratológica, porquanto manifestamente carente de justa causa a denúncia, seja pela atipicidade da conduta, seja pela inépcia da inicial acusatória.

Sublinham que a vinculação da acusada aos fatos supostamente delituosos se deu por dois fatos: o primeiro, ter celebrado, com aval dos procuradores por ela nomeados, dois acordos, homologados judicialmente, os quais teriam acarretado prejuízo aos cofres públicos; e o segundo, ter nomeado 26 (vinte e seis) pessoas em cargos comissionados, quando assumiu o governo do Estado do Maranhão no ano de 2009, que, supostamente, seriam também contratadas da empresa Linuxell Informática e Serviços Ltda., que prestava serviços na Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ.

Sustentam que, acerca do lastro probatório, a denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual fora apresentada de maneira genérica, não apontando com clareza os supostos atos delituosos cometidos, não individualiza a conduta supostamente praticada pela paciente e não demonstra, portanto, qual é o fato que se adequa aos tipos penais citados.

Afirmam que o Ministério Público Estadual acusa a paciente de ter praticado ato administrativo (inerente a qualquer um que exerça o cargo de chefe do Poder Executivo) decidido em conformidade com o que determina o parecer emitido pela Procuradoria do Estado do Maranhão, homologado judicialmente e com parecer favorável do Ministério Público Estadual, conduta esta que não se adequa aos tipos penais apontados na inicial acusatória, tampouco encontra subsídios mínimos em provas idôneas e verossímeis.

Quanto à atipicidade da conduta, defendem que a denúncia deve, ao menos, relatar fato individualizado, perceptível e que traduza uma conduta típica, sendo que, na forma como se apresenta, encerra descrição abstrata, sendo atípico o fato narrado.

Alegam que a paciente só avalizou que os acordos fossem assinados em virtude de ter a legalidade atestada por pareceres emitidos pelo órgão responsável por tal análise, qual seja, a Procuradoria do Estado, bem como por ter a Secretaria de Estado da Fazenda emitido nota técnica de que a negociação era extremamente benéfica ao Estado. Portanto, a ex-governadora firmou os acordos respaldada por pareceres jurídicos e pautada na presunção de legitimidade dos atos expedidos pelos procuradores, inclusive quanto à interpretação dos arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional, mesmo porque não é de se exigir do Governador de Estado expertise em matéria jurídica.

Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC dos réus Ricardo Pestana e Helena Haickel, decidiu por trancar a ação penal declarando inépcia da denúncia e atipicidade das condutas narradas, em julgamento que se assemelha ao posicionamento do ora paciente nos autos deste processo.

Enunciam que a imputação pela prática do crime de peculato desvio é teratológica, porquanto os ato de admissão dos empregados da empresa Linuxell ocorreram antes da paciente tomar posse como governadora e/ou se deram na empresa quando já exerciam o cargo em comissão na SEFAZ. De tal forma, depreendem que as nomeações não têm sequer conexão com as imputações em análise, carecendo a denúncia de lastro probatório mínimo.

Arrazoa, além disto, que a peça vestibular é inepta: a uma, porque não demonstra a presença de liame subjetivo entre a paciente e os demais coautores ou partícipes (servidores públicos, empresários e empregados), seja para fins de configuração do concurso de agentes, de associação criminosa ou de organização criminosa, portanto, vaga e imprecisa; a duas, por ausência de qualquer prova de que houve lesão ao erário; e, a três, ante a não demonstração do elemento subjetivo dos tipos penais.

Expõem que, no que tange às imputações do crime de organização criminosa, a conduta é atípica, pois os fatos imputados à paciente ocorreram antes da entrada em vigor da Lei nº. 12.850, de 02/08/2013, razão pela qual deve-se aplicar o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF; art. 9º da CIDH; e art. 1º do CP). Questionam, além disto, que não há circunstância concreta a indicar a participação da paciente no suposto grupo criminoso.

Discorrem que o crime de advocacia administrativa fazendária é crime próprio, somente podendo ser praticado por quem exerce funções na administração fazendária. No entanto, ainda que fosse, entendem que a denúncia não descreve o dolo ou qualquer ato concreto que demonstre a participação da paciente nos eventos que dizem respeito à Secretaria de Estado da Fazenda (art. 29 do CP).

Pontuam, enfim, que inexistente justa causa tanto para a instauração quanto para o prosseguimento da ação, já

que a denúncia, além de inepta, deixa de individualizar as supostas condutas típicas da paciente, mostrando-se desprovida de elementos probatórios mínimos que pudessem apontar a materialidade dos fatos imputados a ela e a existência de indícios suficientes de sua autoria.

Ao final, requerem a concessão da ordem impetrada, a fim de trancar, in totum, a Ação Penal nº. 19880-63.2016.8.10.0001, a qual tramita na 8ª Vara Criminal da Comarca de São Luís, em razão da atipicidade da conduta.

Conclusos os autos ao eminente Relator Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues, este, em decisão prolatada à pág. 01 (ID 1290058), requereu a redistribuição do feito ao Exmo. Desembargador Vicente de Paula Gomes de Castro, com esteio no art. 242, § 7º, do RITJMA.

À pág. 01 (ID 1310033), o eminente Relator Desembargador Antônio Guerreiro Júnior, em substituição, dispensou a informações a serem prestadas pela autoridade coatora, na forma do art. 328 do RITJMA, determinando a remessa dos autos a esta Procuradoria de Justiça, para emissão de parecer”.

Acrescento que, ao final do referido parecer, a douda Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

HABEAS CORPUS Nº 0805785-61.2017.8.10.0000 – SÃO LUÍS

VOTO

O SR. DESEMBARGADOR ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR:

Prefacialmente, devo registrar que esta relatoria, embora substituta, já teve a oportunidade de conhecer e analisar os Autos da Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001, pois, atendendo a convocação do Tribunal, compôs a Câmara

Criminal Reunida quando do julgamento do MS nº 14.177/2017 cuja Impetrante foi a agora Paciente. Naquela ocasião, embora a decisão ali atacada fosse tão somente o decreto de indisponibilidade de bens, necessário se fez a análise ampla de todo o caderno processual.

Pois bem. Verifico que é o caso de concessão da ordem para trancar a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001. Explico.

A pretensão do presente habeas corpus é o trancamento da referida Ação Penal, na qual a Paciente fora denunciada pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 312, § 1º e 319, ambos do Código Penal; art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/90 e art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013.

Imperioso consignar ainda inicialmente que, em atenção às considerações tecidas pelo eminente Procurador de Justiça, esclareço que conheço do presente *writ*, tendo em vista que, diante da constatação de que a Paciente está a sofrer coação ilegal, não é exigível que se imponha aguardar o trâmite do processo, sendo viável, portanto, sanar a ilegalidade por meio da presente ação constitucional.

Vale referir que, como sabido, é possível, diante da existência de coação ilegal, a impetração de habeas corpus para que se tranque até mesmo inquérito policial, não havendo falar na impossibilidade de manejo da presente ação constitucional.

Essa possibilidade está prevista no artigo 648, inciso I, do CPP: “A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa.”.

As jurisprudências do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de justa causa (ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito).

Nesse sentido, colaciono julgado do STF:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE EXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento de ação penal em habeas corpus constitui medida excepcional, que só se justifica nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade ou de ausência, demonstrada de plano, de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas.

(...)

(HC 115116/RJ, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/11/2014, DJe 17/11/2014).

Do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

I - A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de justa causa (ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito).

(...)

III - Considerando a existência de juntada nos autos de prova que atesta a inexistência de responsabilidade dos recorrentes, é de ser trancada a ação penal por ausência de justa causa. Recurso ordinário provido, para trancar a ação penal por ausência de justa causa. (RHC 72.519/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017).

Assim, o reconhecimento da ausência de justa causa para o exercício da ação penal, dada à suposta ausência de elementos probatório a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, não pode exigir profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que seria inviável na via estreita do *writ*. No entanto, pode-se analisar os elementos colhidos na fase em que se encontra a Ação Penal.

O legislador brasileiro – através da Lei nº 11.719 de 2008 - inseriu de forma expressa a justa causa no Código de Processo Penal, transformando-a em um requisito essencial a ser analisado para o recebimento da denúncia ou queixa, todavia, não deixou claro qual seria o seu significado, se estava se tratando de condição da ação ou apenas uma qualidade desta.

Anotando que filio-me à corrente que entende ser, a justa causa uma das condições da ação, nos termos do inciso III do art. 395 do CPP, tenho que a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001 carece dessa condição.

Como se sabe, a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu. Então, para evitar que a acusação seja temerária ou leviana é que se exige que ela venha lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica.

O momento do exame da presença ou da ausência de justa causa verifica-se, de modo precípuo, por ocasião do recebimento, ou não, da denúncia ou queixa-crime, a teor do que dispõe o inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal (“A denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da Ação Penal”).

Discute-se, entretanto se, após a apresentação da resposta a que se refere o artigo 396 do CPP, poderia o juízo promover a absolvição sumária do defendente por falta de justa causa.

A resposta, segundo uma parcela da doutrina, é desenganadamente positiva (Cf. LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 352-353), tomando-se como base a lacuna do artigo 397.

Sob o ângulo da profundidade cognitiva, o reconhecimento da ocorrência, ou não, de justa causa na prossecução penal deve se dar de forma superficial ou rarefeita, a ser constatado *prima facie* e mediante prova pré-constituída, à semelhança do que ocorre, *mutatis mutandi*, com o direito líquido e certo no mandado de segurança. Em outro dizeres, havendo suspeita fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se legítima a instauração do processo penal, eis que se impõe, ao poder público, a adoção de providências necessárias ao esclarecimento da verdade real.

Por outro lado, também se revela possível a sua extinção anômala, desde que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação (STF HC 82.393).

Promover a instauração de processo penal sem indícios razoáveis de autoria e materialidade, destituído de qualquer suporte fático, afronta não só o princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, como também, no plano internacional, a *Universal Declaration of Human Rights*, no artigo 11.

Acerca da temática, oportuna as colocações de Frederico Marques preceituando ausente o *fumus boni iuris* que respalde a imputação, conferindo-lhe razoabilidade e legítimo interesse, demonstrando pretensão viável, a denúncia não pode

ser admitida ou recebida. Na mesma linha de raciocínio, Júlio Fabbrini Mirabete (in Processo Penal, 14ª edição, Atlas, 2003, p. 138/139) destaca:

"Ultimamente tem se incluído como causa de rejeição da denúncia ou da queixa por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir) a inexistência de elementos indiciários que amparem a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja *fumus boni iuris* para que a ação penal tenha condições de viabilidade pois, do contrário, não há justa causa. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e a autoria, para que opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando, por exemplo, o simples oferecimento da versão do queixoso. Evidentemente não se exige prova plena nem um exame aprofundado e valorativo dos elementos contidos no inquérito policial ou peças de informação, sendo suficientes elementos que tornam verossímil a acusação.

Ainda nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete, esclarece: tem de restar "... *evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. Há constrangimento ilegal quando o fato imputado não constitui, em tese, ilícito penal, ou quando há elementos inequívocos, sem discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente de ilicitude. Não se pode, todavia, pela via estrita do mandamus, trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos.*" (in Código de Processo Penal Interpretado, 11ª edição, pág.1.705).

Guilherme de Souza Nucci (in Código de Processo Penal Comentado, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2003, p. 648), sobre a ausência de justa causa, assevera:

"Desdobra-se a questão em dois aspectos: a) justa causa para a ordem proferida, que resultou em coação contra alguém; b) justa causa para a existência de processo ou investigação contra alguém, sem que haja lastro probatório suficiente. Na primeira situação, a falta de justa causa baseia-se na inexistência de provas ou de requisitos legais par que alguém seja detido ou submetido a constrangimento (ex.: decreta-se a preventiva sem que os motivos do art. 312 do CPP estejam nitidamente demonstrados nos autos). Na segunda hipótese, a ausência de justa causa concentra-se na carência de provas a sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal. Se a falta de justa causa envolver apenas uma decisão, contra esta será concedida a ordem de habeas corpus. Caso diga respeito à ação ou investigação em si, concede-se a ordem para o trancamento do processo ou procedimento."

Com isso, diz-se que somente há justa causa para ação penal quando estiverem presentes os elementos que demonstram a existência da infração penal e a sua provável autoria, mediante um suporte probatório mínimo que dê amparo e sustentação à acusação formulada.

No caso concreto, a Paciente foi denunciada por suposto envolvimento em uma organização criminosa, cujo objetivo seria, de acordo com a peça acusatória, fraudar e lesar o tesouro estadual, bem como pela prática dos crimes de peculato, prevaricação e delito funcional contra a ordem tributária e organização criminosa, pois, na qualidade de Governadora do Estado do Maranhão, teria (i) autorizado, com base em parecer exarado pela procuradoria do estado e nota técnica emitida pela secretaria estadual de fazenda, transação entre o Estado do Maranhão e empresas privadas, visando aproveitamento de créditos de precatório judicial para quitação de tributos, sendo tal acordo homologado judicialmente e contendo pareceres favoráveis emitidos por membros do Ministério Público Estadual (fls. 08, 42 e 43) e, (ii) nomeado a Procuradora Geral do Estado, o Secretário de Fazenda e outros 26 (vinte e seis) servidores públicos (que também seriam funcionários da empresa privada chamada Linuxell Informática e Serviços, prestadora de serviço do Estado do Maranhão – fls. 08 e 44).

No caso, perscruto a ação penal movida e constato não haver lastro mínimo de prova que forneça arrimo à acusação. A denúncia formulada não consegue narrar, ainda que sucintamente, exposição de fato criminoso ou de conduta proibida que se amolde aos tipos penais apontados, tal qual não declina as circunstâncias, desrespeitando regra estabelecida no artigo 41, do CPP. Assevero, ainda, que a denúncia não aponta, minimamente, elementos probatórios que confirmem o que tenta acusar, conforme preceitua o artigo 41, do CPP:

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Eis julgado do STJ, da lavra do Ministro Ribeiro Dantas, que espelha o mesmo entendimento:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PECULATO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 514 DO CPP. DELITO FUNCIONAL TÍPICO. SÚMULA/STJ 330. NULIDADE RELATIVA. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

4. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da

atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. 5. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1º/10/2015). 6. A participação do réu em suposto crime de peculato não restou descrita na incoativa, pois não foi deduzida de que maneira teria ele concorrido para a apropriação de valores pelo agente público, tendo sido afirmado tão somente que o paciente agiu com intuito de beneficiar a empresa vencedora da licitação. Em verdade, eventual comportamento ilícito do réu poderia configurar, no máximo, conduta descrita na Lei n. 8.666/1993, consistente em fraude durante procedimento de tomada de preços na qual prestou assistência jurídica. 7. Como cediço, o réu não se defende da qualificação jurídica dada pelo órgão acusatório aos fatos, donde decorre que eventual erro na adequação típica do fato não configura, de per si, inépcia da denúncia. Entretantes, não se admite que o órgão acusatório, ao proceder ao juízo de subsunção, deixe de imputar ao agente a prática do crime correspondente à conduta por ele perpetrada, optando por atribuir a prática de delito mais grave, com maior apenamento e, por consectário, de prazo prescricional mais longo. Deveras, o preceito secundário do tipo penal incriminador do art. 90 da Lei n. 8.999/1993 prevê pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, mais multa, prescrevendo a pretensão punitiva antes do trânsito em julgado da sentença em 8 (oito) anos. Lado outro, no tocante ao delito de peculato, o Código Penal estabelece pena in abstracto de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, mais multa, prescrevendo, pois, em 16 (dezesesseis) anos. Na hipótese, a própria denúncia afirma que a pretensão punitiva referente ao crime de licitação estaria prescrita desde 2009, tendo concluído pela imputação, a todos os réus, da prática do delito de peculato. 8. Olvidou-se a peça acusatória de descrever o nexa causal entre a conduta imputada ao réu e o resultado delitivo, que seria a malversação de valores oriundos de convênio firmando entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura de Amapá/AP, pois, repita-se, a conduta do réu está inserida, exclusivamente, no contexto da tomada de preços e de suposto favorecimento a licitante. Mesmo que se admita que o gestor público tenha se utilizado de procedimento licitatório fraudulento para a prática do desvio de verbas, o liame entre a conduta do réu e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma legal alegadamente violada, qual seja, o art. 312 do CP, não restou satisfatoriamente declinado na denúncia. 9. O art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 admite que, "quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo". Assim, em princípio, ao ter opinado pela abertura de prazo para apresentação dos documentos faltantes, que geraram a inabilitação da empresa, o acusado não praticou conduta ilícita, tendo agido em conformidade com o texto legal. 10. Forçoso destacar que mesmo que a conduta do ex-prefeito possa configurar a prática do tipo penal descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, em atendimento ao princípio da especialidade, considerando o intervalo de apenamento estabelecido para tal crime, a prescrição da pretensão punitiva somente seria alcançada em 16 (dezesesseis) anos, prazo idêntico ao estabelecido para o crime de peculato. Assim, eventual erro na tipificação, por não implicar elastério do prazo prescricional, não denota ausência de justa causa para

persecução penal pela extinção da punibilidade em relação a todos os réus, devendo ser apenas reconhecida a inépcia formal da peça acusatória no tocante ao ora paciente. 11. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de trancar a Ação Penal 0002273-42.2013.4.01.3100, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá, em relação ao paciente Antonio Ildegardo Gomes de Alencar, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 de CPP. (STJ - HC: 369182 AP 2016/0227221-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/02/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2017).

In concreto, a exigência do artigo 41, do CPP não foi atendida e nem cumprida, tornando a acusação formulada pelo Ministério Público Estadual visivelmente inepta.

No que diz respeito ao fato de autorizar acordos seguem os trechos da peça acusatória (páginas 08, 22, 42 e 44): “Noutra ponta, essa organização criminosa contava com o decisivo beneplácito de Roseana Sarney Murad, em virtude de ter autorizado acordos judiciais baseados em pareceres manifestamente ilegais”; “Mesmo diante do disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, Roseana Sarney Murad, governadora do Estado, de 17 de abril de 2009 a 31 de dezembro de 2014, celebrou, com a conivência dos então Procuradores-Gerais Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo e Helena Maria Cavalcanti Haickel e do então Procurador-geral Adjunto para Assuntos Judiciais Ricardo Gama Pestana, pelo menos, dois acordos judiciais, um com as empresas DISPEBEL Distribuidora de Bebidas Presidente LTDA., SADIBE Santa Inês Distribuidora de Bebidas Ltda., DIGAL – Distribuidora de Bebidas Ltda. e MARDISBEL Marreca Distribuidora de Bebidas Ltda. e outro com Mateus Supermercados S/A e Armazém Mateus S/A, sucessores processuais do Santander S/A – Serviços Técnicos, Administrativos e de Corretagem de Seguros, incorporador do Banespa S/A – Administradora de Cartões de Crédito e Serviços, anteriormente denominado Banco de Desenvolvimento do Estado de São Paulo – BADESP”; “Roseana Sarney Murad, Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo, Helena Maria Cavalcanti Haickel e Ricardo Gama Pestana concorreram decisivamente para o sucesso da organização criminosa, na medida em que, por meio de manifestações jurídicas, sem amparo legal e constitucional, e em completa deslealdade às instituições as quais serviram, já que em razão se suas posições política institucional davam aparência de legalidade a acordos judiciais que seriam, em tese, excelentes negócios para o Estado do Maranhão, mas que na verdade não passavam de uma burla ao disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional e ao art. 100 da Constituição Federal, garantia o sucesso da organização criminosa, especialmente por terem negociado com Jorge Arturo Mendoza Reque Júnior o pedido de homologação judicial dos acordos efetuados, em flagrante convergência de interesses para atender os pleitos da organização criminosa, criando, vale repetir, uma aparência de legalidade, aproveitando-se, para isso, inclusive do Poder Judiciário, foram incontestavelmente coniventes com a organização criminosa”; Por conta disso, Roseana Sarney Murad encontra-se incurso nas penas dos art. 312, § 1º, do Código Penal, por duas vezes, em concurso material, (art. 69 do Código Penal), art. 319, por duas vezes, em concurso material (art. 69 do

Código Penal), art. 3º, III, da Lei 8.137/90 e art. 2º, § 4º, II, da Lei 12. 850/2013, por representar o suporte político da organização criminosa, uma vez que foi durante seus governos que pagamento de precatórios sem observâncias das determinações legais e constitucionais tornaram-se uma rotina, com claro objetivo de sangrar os recursos públicos, para atender interesses próprios e de terceiros”.

Como já registrado, a Paciente chefiava o poder executivo estadual e, os fatos a ela imputados, são, além de genéricos e imprecisos, estritamente interligados ao exercício da mencionada função. Para elucidar, destaco o disposto na LC nº 20/94:

Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado, instituição de natureza permanente, essencial à Justiça e à administração pública, com quadro próprio de pessoal tem, com fundamento nos arts. 103 a 108 da Constituição do Estado, as seguintes atribuições:

I. exercer a representação judicial e extrajudicial do Estado, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico da Administração Pública estadual, suas autarquias e fundações;

(...)

VI. opinar previamente sobre a forma de cumprimento de decisões judiciais e pedidos de extensão de julgados relacionados com a administração estadual.

(...)

Art. 4º - Ao Procurador-Geral do Estado, de livre nomeação do Governador, dentre cidadãos maiores de trinta anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada, compete, sem prejuízo de outras atribuições:

(...)

XXIII. desistir, transigir, firmar compromissos e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado, de acordo com a lei e quando expressamente autorizado pelo Governador;

(...)

Art. 86 - Os pareceres da lavra do Procurador-Geral do Estado serão aprovados pelo Governador do Estado.

(...)

Art. 88 - A orientação administrativa contida em parecer da Procuradoria Geral do Estado, somente será suscetível de revisão mediante determinação do Governador do Estado, a vista de proposta fundamentada do Secretário de Estado a que estiverem vinculadas.

A legislação é clara ao estabelecer duas premissas: compete ao Procurador do Estado transigir em ações do interesse da Fazenda do Estado, quando expressamente autorizado pelo Governador e determina que os pareceres da lavra dos Procuradores Gerais do Estado serão aprovados pelo Governador. O comando encerra uma determinação clara e direta acerca da condução do Governador do Estado, no estrito cumprimento dos deveres impostos, em virtude do cargo que ocupa.

Por outro lado, destaca-se, conforme consta nos autos, que a autorização concedida pela Paciente para concretização do mencionado acordo seguiu, à risca, o que determina a LC nº 20/94, embasando-se em parecer da Procuradora Geral do Estado, de argumentação nitidamente favorável ao ente estatal concernente às vantagens econômicas pela redução do valor das dívidas para com credores titulares de decisões judiciais já transitadas em julgado, condenatórias do Estado. Juridicamente, o parecer da PGE hospeda tese lastreada em interpretação a que não se nega coerência.

Sobre tal aspecto – da legalidade e coerência jurídica do parecer emitido pela PGE - já se pronunciou o STJ, no julgamento do RHC nº 82.377/MA (2017/0064335-4), em que foram recorrentes os procuradores Helena Haickel e Ricardo Pestana, da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, em que foi provido à unanimidade, determinando o trancamento da ação penal para ambos.

Nesse julgado o STJ consolidou o entendimento de que houve flagrante atipicidade da conduta. Transcrevo a ementa do julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS No 82.377 - MA (2017/0064335-4) MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE: RICARDO GAMA PESTANA ADVOGADOS: RAVIK DE BARROS BELLO RIBEIRO
E OUTRO RECORRIDO: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO MARANHAO

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. PREVARICACAO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA. ORGANIZACAO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA ACAO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE ATIPICIDADE EVIDENCIADA. DENUNCIA INEPTA. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus e medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Precedentes.

2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo a persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Em verdade, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate.

3. Não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal. Porém, impende destacar que a deflagração de ação penal, de per si, caso seja despida de justa causa, importa grave constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus, mesmo que não tenha sido imposta qualquer medida cautelar ao denunciado.

4. Nos termos do art. 133 da Constituição Federal, "o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Sem embargo, a inviolabilidade do advogado não pode ser tida por absoluta, devendo ser limitada ao exercício regular de sua atividade profissional, não sendo admissível que sirva de salvaguarda para a prática de condutas abusivas ou atentatórias à lei e à moralidade que deve conduzir a prática da advocacia.

5. No julgamento do MS n. 24.631/DF, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelo conteúdo de pareceres técnico-jurídicos meramente opinativos, salvo se evidenciada a presença de culpa ou erro grosseiro.

6. Conforme o consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a imunidade do advogado público não obsta a sua responsabilização por possíveis condutas criminosas praticadas no exercício de sua atividade profissional, desde que demonstrado que agiu imbuído de dolo.

7. A manifestação do Procurador Geral de Justiça integra a formação do ato administrativo, sendo, portanto, de natureza obrigatória. Entretanto, por refletir um juízo de valor, o ponto de vista do parecerista sobre a matéria submetida ao seu exame, não vincula a autoridade que possui competência para o exame da conveniência do ato. Decerto, a concordância do Governador do Estado com o conteúdo do parecer não consiste em mera formalidade, não havendo delegação, ainda que velada, do poder decisório sobre o ato administrativo ao Procurador Geral do Estado. Na hipótese, forçoso destacar que o acordo foi homologado em juízo, após manifestação favorável do Ministério Público do Estado do Maranhão.

8. Nos dizeres de Jose dos Santos Carvalho Filho, "o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houve comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade de ato em função da conduta de seu autor" (CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28a ed. Sao Paulo: Atlas, 2015, p. 139-140).

9. Ainda que a jurisprudência atual desta Corte reconheça não ser possível a compensação tributária na ausência de lei estadual disciplinadora, a teor do disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, a

autorização baseada na aplicação imediata do artigo 78, § 2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional 30/2000, não pode ser tida por manifestamente ilegal, não evidenciando erro grosseiro e, muito menos, que o parecerista agiu dolosamente com intuito de causar prejuízo ao erário.

10. Embora o Procurador Geral do Estado anterior tenha se manifestado desfavoravelmente aos pedidos de compensação tributária, por entende-los contrários aos interesses da Fazenda estadual, a adoção de posicionamento diverso, de per si, não indica que o animus da parecerista de beneficiar interesse particular no exercício de suas atribuições. Decerto, a divergência de opinião na atividade consultiva não acarreta responsabilização pessoal, salvo, repita-se, se demonstrado que o parecerista agiu dolosamente ou cometeu erro grosseiro.

11. O recorrente submeteu o seu entendimento a exame da então Procuradora Geral do Estado do Maranhão, a quem competia, em última análise, a prolação do parecer. Da mesma forma, os autos foram previamente encaminhados a Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como a Procuradoria de Justiça da aludida Unidade da Federação tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos a Execução n. 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória.

12. Deve ser reconhecido que o fato descrito na peça acusatória não se subsume ao tipo penal previsto no art. 319 do Código Penal. O delito de prevaricação, na modalidade "praticar ato violando disposição expressa de lei", exige que o funcionário público tenha praticado conduta comissiva peremptoriamente vedada em lei, não restando caracterizado o elemento normativo do tipo se houver qualquer dúvida sobre a exegese do dispositivo legal alegadamente contrariado.

13. O art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 versa sobre forma especial do crime de advocacia administrativa e pressupõe que os interesses de particular tenham sido intermediados por servidor fazendário, tratando-se, portanto, de crime próprio, o que afasta, em princípio, a possibilidade de incriminação da recorrente quanto a tal crime. Ainda que assim não fosse, em que pese tenham sido descritas condutas praticadas por agentes públicos no âmbito da administração fazendária, que podem, em tese, configurar a prática do referido delito contra a ordem tributária, nada de concreto foi descrito a demonstrar a participação da recorrente nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal do recorrente, ainda que nos moldes do art. 29 do CP.

14. Malgrado a denúncia tenha igualmente imputado ao agente a prática do crime capitulado no art. 2º, c/c o § 4º, II, da Lei n. 12.850/2013, por supostamente ter dado suporte jurídico ao pleitos da organização criminosa dentro da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, limitou-se o Parquet a afirmar que a agente elaborou o retrocitado parecer, sem que tenha sido descrita qualquer outra circunstância concreta a indicar a

sua participação no grupo criminoso, não restando, decerto, evidenciado o seu vínculo com as supostas manobras praticadas para a antecipação de pagamentos de créditos de empresas favorecidas por agentes públicos.

15. A inicial acusatória não preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto o órgão acusatório olvidou-se de descrever as condutas atribuídas ao ora recorrente, com a devida acuidade, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

16. Conquanto incontestes a independência dos membros do Ministério Público, bem como a diferença de sua atuação como titular da ação penal e como fiscal da lei, deve ser ressaltado que a Procuradoria Geral de Justiça, da tribuna, após a leitura do voto do Desembargador Relator, optou por modificar o posicionamento adotado no parecer encartado aos autos do writ originário, opinando pela concessão da ordem, a fim de que fosse trancado o processo-crime em relação ao recorrente. Adiado o julgamento após pedido de vista, uma segunda Procuradora de Justiça funcionou nos autos, tendo ela igualmente opinado pela exclusão do acusado do polo passivo da lide, conforme o voto vencido do Relator.

17. Evidenciada, de plano, a flagrante atipicidade das condutas e a inépcia da exordial no tocante ao recorrente, deve ser trancada a ação penal, ressaltando-se a possibilidade de oferta de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 do CPP e com fundamento em fatos novos.

18. A manifesta atipicidade das condutas imputadas ao recorrente não conduz a conclusão de que os fatos reputadamente criminosos atribuídos aos corréus sejam igualmente atípicos, devendo, portanto, seja dado prosseguimento a persecução penal para que sejam esclarecidos os eventos descritos na peça acusatória.

19. Recurso provido para determinar o trancamento da Acao Penal n. 19880-63.2016.8.10.0001, em curso na 7a Vara Criminal da Comarca de São Luís/MA, devendo, porém, ser mantida a persecucao penal em relacao ao demais réus. ACORDAO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justica, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator. PRESENTE NA TRIBUNA: DR. RAVIK DE BARROS BELLO RIBEIRO (P/RECTE) Brasília (DF), 10 de outubro de 2017 (data do julgamento) MINISTRO RIBEIRO DANTAS Relator).

Vê-se, pois, que a ementa do julgado proferido pelo STJ é elucidativa e rechaça qualquer discussão acerca da legalidade do parecer emitido pelo órgão técnico do Estado e afirma, categoricamente, não ter sido manifestamente ilegal, não evidenciar erro grosseiro e, muito menos, que o parecerista agiu dolosamente com intuito de causar prejuízo ao erário. Acrescenta que nada de concreto foi descrito na denúncia a demonstrar a participação dos Procuradores nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal.

Com efeito, se decidiu o STJ que mácula não há nos pareceres emitidos e, sobre a Paciente, pesa acusação – baseada apenas em presunção, decorrente do cargo que ocupava - de ter autorizado acordo com base nos mencionados pareceres, conseqüentemente repulsa-se, por completo, a narrativa formulada pela acusação, até porque, como já explicitado acima, não há elemento mínimo de prova a amparar a narrativa acusatória, concluindo-se que a denúncia se lastreia em pura presunção.

Destaco ainda que o ato praticado pela Paciente de “*autorizar acordo*” foi apresentado a este Poder Judiciário e até mesmo ao Ministério Público, havendo homologação judicial, razão pela qual embasado está o entendimento de que o acordo firmado respeitou parâmetros de legalidade e licitude, vez que não é conferido ao Poder Judiciário fazer homologação de avenças ilegais.

Em tempo, destaco que a atuação do Ministério Público Estadual nos casos aqui apreciados não está limitada a homologações de acordos. Tal qual asseverado pelo STJ, no julgamento do RHC 82.377/MA, o *Parquet* peticionou desistindo de ação rescisória ajuizada em face do Precatório Judicial nº 20.161/2009 – TJ/MA e essa desistência também foi apreciada por este Egrégio Tribunal de Justiça.

Logo não há falar que, o ato praticado pela Paciente foi aquiescer com os pareceres emitidos pelos Procuradores do Estado em sua inteireza e completude, com o fito de autorizar acordos propostos em ações transitadas em julgado, por serem composições benéficas ao Estado, pela nítida redução do “*quantum debeatur*”, preservando as finanças do ente público e dando concretude aos princípios incertos na Carta Republicana, em seu artigo 37, máxime a moralidade e a eficiência.

Ademais, o STJ, em decisão já transitada em julgado do já citado RHC, certifica não haver nem conluio e nem dolo na conduta dos Procuradores do Estado.

Entendo, então, que a chancela do acordo, após manifestação dos órgãos jurídicos, técnicos e contábeis do Estado terem afirmado, categoricamente, o caráter vantajoso dos acordos, não pode ser classificada como um ato criminoso, razão pela qual é, inequívoca, a atipicidade da conduta imputada à Paciente.

Outrossim, devo esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro não admite responsabilização objetiva, há muito banida dos ordenamentos jurídicos democráticos. A denúncia, não poderia se limitar a imputar à Paciente prática criminosa em razão, tão somente, do suposto poder de mando e decisão derivado do cargo de chefia do executivo estadual.

Quanto ao tema, pertinente citar o seguinte julgado do STF:

Questão de ordem na ação penal. Processual penal. Denúncia. Recebimento por outra instância antes da diplomação do réu como deputado federal. Posterior deslocamento da competência para o Supremo Tribunal

Federal. Recebimento do processo no estado em que se encontra (art. 230-A do RISTF). Possibilidade de reexame, em questão de ordem, da justa causa para ação penal. Crimes de fraude a licitação (art. 90 da Lei nº 8.666/93) e de peculato (art. 312, CP). Convênio firmado entre a Secretaria Estadual de Saúde e o Ministério da Saúde. Fraude em concorrência derivada desse convênio e desvio de recursos públicos em favor de terceiro. Imputação desses crimes a governador de estado pelo fato de o convênio ter sido celebrado em sua gestão. Inadmissibilidade. Acusado que, à época da abertura da concorrência, já havia renunciado a seu mandato. Inexistência de poder de mando sobre o curso do procedimento licitatório e a execução do contrato. Mera chefia do Poder Executivo que não atrai sua responsabilidade penal. Corrupção passiva (art. 312, CP). Recebimento de doações eleitorais da vencedora do certame. Atipicidade do fato. Réu que, na condição de ex-governador, não mais detinha a qualidade de funcionário público. Falta de justa causa para a ação penal (art. 395, III, CPP). Questão de ordem que se resolve pela concessão de habeas corpus, de ofício, para se rejeitar a denúncia, por falta de justa causa. 1. Nos termos do art. 230-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, havendo deslocamento de competência para o STF, a ação penal deve prosseguir no estado em que se encontra, preservada a validade dos atos já praticados na instância anterior, em homenagem ao princípio tempus regit actum. 2. De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal não pode permitir que uma ação penal inviável prossiga, pelo só fato de recebê-la no estado em que se encontra, sob pena de manifesto constrangimento ilegal ao réu. Precedente. 3. Não bastasse isso, o prosseguimento do feito acarretaria a desnecessária prática de inúmeros atos de instrução, como a inquirição de testemunhas e a produção de perícias onerosas, relativamente a uma pretensão acusatória natimorta. 4. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime, bem como de indícios razoáveis de autoria. Precedentes.

(...)

7. O simples fato de ser governador à época em que a Secretária de Estado firmou o convênio em questão não atrai a sua responsabilidade penal pela fraude à licitação subsequente e pelo desvio de verbas na execução do contrato. 8. Mutatis mutandis, “a mera subordinação hierárquica dos secretários municipais não pode significar a automática responsabilização criminal do Prefeito” (AP nº 447/RS, Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/5/09). 9. À míngua de elementos probatórios concretos, constitui mera criação mental da acusação a pretensa relação de causalidade entre as doações eleitorais feitas ao réu e seu suposto concurso para a fraude à licitação e o desvio de recursos públicos. 10. Questão de ordem que se resolve pela concessão de habeas corpus, de ofício, em favor do acusado, para rejeitar a denúncia, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP). (AP 913 QO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015).

Inconcebível admitir-se, na esfera penal, solidariedade entre os acusados em virtude de existência de subordinação hierárquica. Outrossim, assevero que a acusação extravasa, em demasia, até mesmo o cenário hierárquico

abrangendo, no polo passivo da ação penal, acusados que sequer pertenciam aos quadros do Estado. Ressalto que apesar da pluralidade de acusados, a denúncia não indica o nexa causal entre as condutas de cada um deles, a existência de liame subjetivo escorando, a denúncia, em meras conjecturas e na *opinio delicti* do membro do *Parquet*.

Tenho, portanto, que o *Parquet* estadual laborou em equívoco ao oferecer denúncia sem que respeitadas fossem as exigências determinadas pela Carta Magna e pelo Código de Processo Penal.

Lamentável a atuação do Ministério Público do Estado do Maranhão negligenciando sua valorosa função ministerial - de propor ação penal - declinando fatos penalmente relevantes e provando, minimamente, os elementos estruturadores do fato típico: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade, abdicando de seu poder investigativo para buscar, extra-autos - por meio de entrevistas e coletivas de imprensa – elementos outros para conseguir dar cabo a sua deficitária atuação. É o que constato nos autos!

Concluo então não haver se falar em cotejamento ou ponderação de princípios, pois a existência de justa causa para promover o trancamento da ação penal é flagrante e, portanto, não afronta ao princípio do *in dubio pro societate*. Com efeito, consagrado está, na doutrina e na jurisprudência, que a denúncia deve se apresentar constituída de elementos denotadores de sua regularidade formal, expressando a viabilidade da relação processual, a possibilidade do exercício do direito de ação, por conter a descrição de fatos ocorridos que, em tese, amoldam-se a um tipo penal. Consagra-se, na contemporânea ciência processual penal, ser a denúncia uma seríssima proposta de acusação contra o cidadão, baseado em fatos prováveis.

Quanto ao segundo fato imputado à Paciente, responsabilização penal pela nomeação de 26 (vinte e seis) servidores públicos para exercício em cargos comissionados na Secretaria de Fazenda do Estado, sendo tais servidores simultaneamente funcionários da empresa Linuxell Informática, prestadora de serviço da SEFAZ afirma a denúncia (páginas 67 e 68): “Para garantir o sucesso da atuação da organização criminosa, por meio da contratação da empresa Linuxell Informática e Serviços Ltda., Roseana Sarney Murad, na qualidade de governadora do Estado do Maranhão, nomeou 26 (vinte e seis) terceirizados que trabalhavam para a empresa Linuxell Informática e Serviços Ltda., contratada para prestar serviços de tecnologia da informação na SEFAZ, para exercerem ao mesmo tempo, agora por meio de cargos em comissão, a mesma função na SEFAZ, o que demonstra seu elo com a organização criminosa, uma vez que esta empresa foi contratada para atender os interesses da organização criminosa”; Por outro lado, entre os agraciados com o cargo em comissão, mesmo já sendo empregado da Linuxell Informática e Serviço Ltda., prestando serviços na SEFAZ, encontrava-se Edimilson Santos Ahid Neto pago duas vezes, com mais

25 (vinte e cinco) outros funcionários da Linuxell Informática e Serviços Ltda., para realizar o mesmo serviço na SEFAZ. Para além de improbidade administrativa essa conduta se caracteriza como crime, daí porque Roseana Sarney Murad encontra-se incurso nas penas do art. 312, §1º, do Código Penal, por 26 vezes, em concurso material (art. 69 do Código Penal).

Ab initio, imperioso destacar que na denúncia não há nem mesmo os nomes desses 25 ou 26 servidores públicos que, supostamente, ostentavam, simultaneamente, status de servidor público estadual e empregados da referida empresa de informática. Chamo atenção para tal ausência, posto que o Ministério Público não declinou os nomes dos servidores, tampouco indicou as datas em que foram nomeados em cargos comissionados, muito menos quando teriam sido contratados pela Linuxell Informática e Serviços Ltda.

A denúncia limitou-se a relatar, na página 08, “E não é só. Alguns funcionários da terceirizada Linuxell Informática e Serviços Ltda eram, ao mesmo tempo, comissionados da SEFAZ, o que demonstra a grande ousadia da organização criminosa, respaldada pela convicção de que todos os crimes praticados permanecem impunes”. Nessa citação o órgão acusador lança nota de rodapé nº 10 contendo “Notícia de Fato nº 11/2016 [SIMP: 024289-500/2016. Volume 12 (fls. 3.425 a 3.437). Volume 13 (3.442 a 3.493)]. Veja:



Constato, então, que nos volumes dos processos declinados na nota de rodapé nº 10, fls. 08 da denúncia, em que se refere aos funcionários da empresa terceirizada Linuxell, que teria em seus quadros servidores comissionados da Secretaria de Fazenda, nada foi localizado.

Já no volume 25, verifico uma relação contendo diversos nomes de funcionários das empresas terceirizadas tanto da Linuxell (fls. 3.350, volume 26), quanto da Auriga Informática, sem que haja menção aos nomes dos 25 ou 26 funcionários apontados na inicial.

Continuando a análise detida dos autos, constato que a partir da página 3.396, do volume 25, consta folha de pagamento da Linuxell, com dezenas de nomes. Da página 3.725 a 3.729, constato ainda documento emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego com nomes, CPF, data de admissão e, ao lado de alguns nomes, uma marcação com asterisco. Às fls. 3.437, ainda do mesmo volume, registro o diário oficial com exonerações de servidores de cargos comissionados, contendo mais uma vez, asteriscos ao lado de alguns nomes.

Por fim, agora no volume 26, às fls. 3.442 até 3.494, foram anexadas 55 páginas de diário oficial contendo nomeações, exonerações e asteriscos ao lado de nomes pontuais. Neste ponto, chamo atenção para o fato, os diários datam de 13 de fevereiro de 2015, data em que a Paciente não era mais Governadora.

Assim, considerando os fatos declinados, a inépcia da denúncia quanto ao fato da nomeação dos servidores é manifesta, literal e contundente, por violação frontal ao artigo 41, do CPP.

Data *maxima venia* ao Ministério Público Estadual, há aqui negligência por parte do Órgão acusador, restante inclusive evidente os prejuízos causados à defesa da Paciente e perplexidade até mesmo ao julgador. Nos dizeres de Pacceli e Fischer “*é exatamente a descrição completa da imputação penal que permitirá o mais amplo exercício da defesa*”.

Denúncia que não descreve fato típico, deixando, portanto, de atender os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, impede o prosseguimento da *persecutio criminis in iudicio*. É o caso!

Constato, pois, tratar-se de verdadeira tentativa de responsabilização criminal objetiva. A mera invocação da condição de Chefe do Executivo, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule, concretamente a Paciente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório, especialmente quando o acusador nem denomina o nome dos tais servidores que, em absoluta criação fictícia, teriam sido nomeados para alicerçar a intenção da Paciente em “saquear” os cofres públicos. Ora, consectário lógico seria que esses tais servidores deveriam, na conjuntura pensada e arquitetada pelo Ministério Público, constar no rol passivo da ação penal.

Preceitua a Constituição do Estado do Maranhão que:

Art. 54. O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado ou ocupante de cargo equivalente.

Parágrafo único. Os cargos equivalentes ao de Secretário de Estado são os definidos em lei.

(...)

Art. 64. Compete, privativamente, ao Governador do Estado:

I - nomear e exonerar os Secretários de Estado ou ocupante de cargo equivalente, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público-Geral do Estado, o Auditor-Geral do Estado e o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado.

(...)

XV - prover e extinguir os cargos públicos estaduais, na forma da lei;

Vislumbra-se, portanto, que é inerente à função do Chefe do Executivo Estadual prover os cargos públicos, razão pela qual a circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal.

Outrossim, o *mandamus* ora em análise demonstra, com clareza e certeza, que as nomeações indicadas na peça acusatória não guardam nenhuma relação com a suposta “organização criminosa” apontada pelo membro do Ministério Público Estadual. Encontra-se provado nos autos, por meio de publicações nos diários oficiais, que os 25 supostos membros da organização criminosa foram nomeados antes da posse da Paciente como Governadora do Estado e/ou as admissões na Linuxell se deram quando já ocupavam funções comissionadas na Secretaria de Fazenda do Estado. As nomeações ocorrem no intervalo dos anos 2007 a 2013 e, tais servidores somente passam a ser funcionários em 2014, ou seja, quando da nomeação não ostentavam o crachá da Linuxell Informática, sendo desarrazoado exigir da Paciente ciência de que, no último ano do seu governo, mencionados servidores integravam os quadros de uma empresa.

Devo sublinhar ainda que, acerca desse fato, uma curiosidade: está provado nos autos que esses mesmos 26 servidores foram renomeados no ano de 2015, no Governo que sucedeu a Paciente, somente vindo a ser exonerados em meados de fevereiro desse mesmo ano. Esse fato reitera o indício de que esses servidores sempre fizeram parte dos quadros do Estado, não tendo o Ministério Público o cuidado e o zelo de investigar os fatos que aponta. Evidente está, mais uma vez, a constatação de que a presente ação penal se pauta apenas em presunções.

No que se refere a responsabilidade penal, é imperioso anotar que, no modelo constitucional brasileiro, não qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento apenas em suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que

não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (HC 84.580/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), assim ementado:

HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO.

A denúncia atribui aos acusados a prática do desvio de recursos públicos. Contudo, não narra de forma adequada a conduta da paciente, o que atrai a incidência das regras previstas nos incisos I e III do artigo 395 do CPP.

Do referido julgado, colho o seguinte trecho:

“para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (essentialia delicti) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.”(STF - HC 84.580-1 - 2.ª Turma - j. 25/8/2009 - v.u. - rel. José Celso de Mello Filho - DJe 18/9/2009).

Já o Superior Tribunal de Justiça (RHC 24.733/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011), tem decidido que *“a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias”*.

Essa narração impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. A denúncia deve traduzir os sete elementos do injusto, indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso, conforme magistério doutrinário, a saber: a) Quem praticou o delito (quis)? b) Que meios ou

instrumentos empregou? (quibus auxiliis)? c) Que malefício , ou perigo de dano, produziu o injusto (quid)? d) Que motivos o determinaram à prática (cur)? e) Por que maneira praticou o injusto (quomodo)? f) Em que lugar o praticou (ubi)?g) Em que tempo, ou instante, deu-se a prática do injusto (quando)?

No caso ora em exame, a acusação é totalmente inepta, pois não detalha, com o mínimo de precisão, as condutas imputadas a cada um dos acusados. Sustenta a existência de diversos crimes, mas não indica quando e como foram praticadas cada uma das condutas, deixando de narrar a participação de cada um dos acusados, com a descrição dos elementos indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso

A denúncia é vaga. Imprecisa. Genérica. Não descreve de forma direta e detalhada a ação da paciente ou dos demais acusados. Torna assim impossível o exercício da ampla defesa. Não atende as exigências do artigo 41 do CPP.

A inépcia da denúncia ora analisada já veio a ser reconhecida na análise do já citado RHC 82.377/MA (Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017).

Na ocasião, ao analisar a situação de outros acusados nessa mesma ação penal, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça revelou-se abismada com a atuação do Ministério Público, uma vez que, segundo a decisão, “*os autos foram previamente encaminhados à Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como à Procuradoria de Justiça da aludida Unidade da Federação, tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1º Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos à Execução n. 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória*”.

Registrando o acórdão, em outra passagem, que “*conquanto incontestes a independência dos membros do Ministério Público, bem como a diferença de sua atuação como titular da ação penal e como fiscal da lei, deve ser ressaltado que a Procuradoria Geral de Justiça, da tribuna, após a leitura do voto do Desembargador Relator, optou por modificar o posicionamento adotado no parecer encartado aos autos do writ originário, opinando pela concessão da ordem, a fim de que fosse trancado o processo-crime em relação ao recorrente. Adiado o julgamento após pedido de vista, uma segunda Procuradora de Justiça funcionou nos autos, tendo ela igualmente opinado pela exclusão do acusado do polo passivo da lide, conforme o voto vencido do Relator*”.

Tal entendimento do Superior Tribunal de Justiça bem revela o comportamento contraditório do Ministério Público no caso ora em análise, onde a acusação parece não atuar com a necessária boa fé processual.

A regra que veda o comportamento contraditório ("venire contra factum proprio") aplica-se a todos os sujeitos processuais. O Ministério Público não é exceção. Afronta a boa-fé na relação processual e o princípio insculpido na máxima nemo potest venire contra factum proprium a conduta do Ministério Público quando desiste da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, e, posteriormente, busca a responsabilização penal da paciente em decorrência desses mesmos fatos.

Pretendeu a denúncia invocar a técnica do domínio do fato, conformada ainda no domínio nazista, por Hans Welzel e adaptada, posteriormente, por Claus Roxin e que, suscitada na Ação Penal 470, passou a ter, no Brasil, uma ampla vertente, à luz da teoria finalista do direito penal, sustenta que quem comanda é responsável pelos atos de seus auxiliares.

Assim, erro, infração ou delito cometidos por auxiliares diretos implicariam recair, a responsabilidade, sobre o detentor do poder. No entanto, não me parece aplicável à hipótese, pois recebeu, a Paciente, manifestações da Secretaria de Fazenda, da Secretaria de Planejamento e parecer da Procuradoria do Estado, aconselhando a operação com base em argumentos jurídicos que apenas poderiam ser contestados por especialistas na área jurídica.

A propósito, mesmo a teoria do domínio do fato exige que o acusador aponte indícios convergentes no sentido de que a detentora do poder, no caso a Paciente, não somente tivesse conhecimento de eventual prática criminosa, mas que dirigisse, finalisticamente, a atividade dos demais acusados. Não é, visivelmente, o caso dos autos!

Com efeito, não basta invocar que a Paciente estava em posição hierarquicamente superior para se presumir tivesse ela dominado toda a suposta realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre as práticas criminosas. Exigível na espécie, portanto, que a denúncia descrevesse atos concretamente imputáveis à Paciente, constitutivos de plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime, não se constatando ser o caso em enfoque que se lastreia, essencialmente, na assertiva da "qualidade de governadora", "*de suporte político*" da organização criminosa, evidenciando, categoricamente, manifesta insuficiência narrativa da denúncia, amparando-se a peça em mera conjectura.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 73.371/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 4/10/96, assentou que:

“[o] Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta

persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, Rel. Min. OROZIMBO NONATO)”.

Parafraseando o Ministro Teori Zavascki, em manifestação no julgamento da AP no 465/DF, Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30/10/14:

“(…) há aqui um déficit probatório bem significativo, que não pode ser suprido simplesmente pela chamada teoria do domínio do fato. A teoria do domínio do fato nunca dispensou a comprovação de que aquele que tem o domínio do fato, de alguma forma, tenha concorrido para um dos atos do plano global, vamos dizer assim, por ação ou por omissão”.

Relembre-se que, na conhecida lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “*a primeira peça de defesa consiste na acusação*”.

Especificamente quanto aos tipos penais elencados pelo membro do Ministério Público na acusação, quais sejam, os crimes previstos nos artigos 312, § 1^o e 319^o, ambos do Código Penal; art. 3^o, inciso III, da Lei 8.137/90³ e art. art. 2^o, § 4^o, inciso II, da Lei n^o 12.850/2013, são admitidos apenas na modalidade dolosa.

No que diz respeito ao crime de peculato, a acusação não descreve o elemento subjetivo do tipo que, supostamente, teria impellido a Paciente a agir, imputando clara responsabilização objetiva, haja vista que a atuação da Paciente se deu como preceituado pela LC 20/93, autorizar o acordo, amparada em manifestações dos órgãos técnicos, PGE e secretaria de planejamento e fazenda, tal qual o ato de nomeação decorre de obrigação legal.

A conduta descrita no artigo 312 é: “*Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*” e não se amolda ao tipo penal indicado.

Como se vê, o delito de peculato, mesmo na modalidade “*desvio*”, exige que o servidor público se aproprie de dinheiro, valor ou bem, dos quais tenha a “*posse*” direta ou indireta. Ainda que se entenda que a “*posse*”, mencionada no dispositivo em tela, compreenda não apenas a detenção física de dinheiro, valor ou bem, mas também a disponibilidade jurídica sobre estes, salta à vista que a simples aquiescência para que fosse feito um acordo, não se enquadra nesse tipo penal.

De outra parte, convém observar que o Poder Judiciário, no exercício do *jus puniendi* estatal, deve ater-se rigorosamente ao preceito da reserva legal, não lhe sendo lícito ampliar o espectro de condutas descritas em determinado tipo penal. Por essa razão, não se mostra possível enquadrar a conduta da Paciente no artigo 312 do Código Penal.

Quanto ao artigo 319 do Código Penal e o art. 3º, III, da Lei nº 8.137/1990, encampo integralmente os argumentos sustentados pelo STJ, no HC de Ricardo Pestana e Helena Haickel, vez que a atipicidade é gritante face a total ausência de lastro de favorecimento pessoal, nexos de causalidade, vínculo subjetivo e dolo, elemento essencial do tipo. Disse o STJ:

“Deve ser reconhecido que o fato descrito na peça acusatória não se subsume ao tipo penal previsto no art. 319 do Código Penal. O delito de prevaricação, na modalidade "praticar ato violando disposição expressa de lei", exige que o funcionário público tenha praticado conduta comissiva peremptoriamente vedada em lei, não restando caracterizado o elemento normativo do tipo se houver qualquer dúvida sobre a exegese do dispositivo legal alegadamente contrariado”;

“e o art. 3º, III, da Lei nº 8.137/1990 versa sobre forma especial do crime de advocacia administrativa e pressupõe que os interesses de particular tenham sido intermediados por servidor fazendário, tratando-se, portanto, de crime próprio, o que afasta, em princípio, a possibilidade de incriminação da recorrente quanto a tal crime. Ainda que assim não fosse, em que pese tenham sido descritas condutas praticadas por agentes públicos no âmbito da administração fazendária, que podem, em tese, configurar a prática do referido delito contra a ordem tributária, nada de concreto foi descrito a demonstrar a participação da recorrente nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal do recorrente, ainda que nos moldes do art. 29 do CP”.

No que pertine ao crime do art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013 afirmou o STJ no mesmo caso:

Malgrado a denúncia tenha igualmente imputado ao agente a prática do crime capitulado no art. 2º, c/c o § 4º, II, da Lei n. 12.850/2013, por supostamente ter dado suporte jurídico ao pleito da organização criminosa dentro da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, limitou-se o Parquet a afirmar que a agente elaborou o retrocitado parecer, sem que tenha sido descrita qualquer outra circunstância concreta a indicar a sua participação no grupo criminoso, não restando, decerto, evidenciado o seu vínculo com as supostas manobras praticadas para a antecipação de pagamentos de créditos de empresas favorecidas por agentes públicos.

Comungo do entendimento firmado pelo STJ, vez que a conduta da Paciente está intrinsecamente relacionada à autorização do acordo, que fora embasada dos pareceres dos procuradores, sendo a “sustentação política” da suposta organização criminosa e não descreve qualquer outra circunstância concreta a indicar a participação da Paciente no suposto grupo criminoso, não demonstra e nem sequer cita eventual vínculo com as supostas manobras criminosas.

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

In casu, não há menção a absolutamente nenhuma evidência ou prova autônoma capaz de subsidiar o alegado pelo *Parquet*, ou seja, que os acusados teriam estabelecido uma reunião estável com o premeditado objetivo de praticar condutas criminosas.

A denúncia não aponta a estabilidade, a permanência ou a definição das atribuições de cada um dos integrantes da tal dita organização, tal qual não atenta à data em que a Lei das Organizações criminosas passa a vigorar, ao referir-se, aos atos de nomeações de supostos 26 (vinte e seis) servidores que ocorrem antes da entrada em vigor da citada lei.

Constato, pois, que a denúncia além e inepta, por não individualizar condutas, também não traz elementos probatórios mínimos a indicar, de maneira satisfatória e eloquente, materialidade dos fatos e indícios suficientes de autoria da Paciente. O trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, é medida que se impõe.

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, modificado em banca, **CONCEDO** a ordem pleiteada, para trancar a Ação Penal nº 01980-63.2016.8.10.0001, em trâmite na 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís, em relação à Paciente, ROSEANA SARNEY MURAD, excluindo-a consequentemente da relação processual.

É como voto.

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

2Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

3Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal \(Título XI, Capítulo I\):III](#) - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

HABEAS CORPUS Nº 0805785-61.2017.8.10.0000 – SÃO LUÍS

Paciente: Roseana Sarney Murad.

Advogados: Anna Graziella Santana Neiva Costa, Bruno Araújo Duailibe Pinheiro e Luís Henrique Alves Sobreira Machado.

Impetrado: Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de São Luís/MA

Relator Substituto: Desembargador Antonio Guerreiro Júnior

RELATÓRIO

Adoto como relatório a parte expositiva do Parecer Ministerial de segundo grau (ID 1350954), da lavra do eminente Procurador de Justiça, Dr. João Henrique Carvalho Lobato, que ora transcrevo, *in verbis*:

“Trata-se de habeas corpus impetrado pelos advogados Anna Graziella Santana Neiva Costa, OAB/MA nº. 6.870, Luís Henrique Alves Sobreira Machado, OAB/DF nº. 28.512, e Bruno Araújo Duailibe Pinheiro, OAB/MA nº. 6.026, a favor de Roseana Sarney Murad, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís.

Aduzem os impetrantes, em síntese, que o presente writ tem como fulcro o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e arts. 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal, tem vista a falta de justa causa para a Ação Penal nº. 19880-63.2016.8.10.0001, que teve sua denúncia recebida por decisão da MM. Juíza Auxiliar de Entrância Final da 8ª Vara Criminal da Comarca da Ilha de São Luís.

Acentuam que a paciente fora denunciada nas penas do art. 312, § 1º, e art. 319, ambos do Código Penal; art. 3º, inciso III, da Lei nº. 8.137/90; e art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº. 12.850/2013. No entanto, compreendem que a MM.

Juíza, ao receber a peça acusatória, proferiu decisão teratológica, porquanto manifestamente carente de justa causa a denúncia, seja pela atipicidade da conduta, seja pela inépcia da inicial acusatória.

Sublinham que a vinculação da acusada aos fatos supostamente delituosos se deu por dois fatos: o primeiro, ter celebrado, com aval dos procuradores por ela nomeados, dois acordos, homologados judicialmente, os quais teriam acarretado prejuízo aos cofres públicos; e o segundo, ter nomeado 26 (vinte e seis) pessoas em

cargos comissionados, quando assumiu o governo do Estado do Maranhão no ano de 2009, que, supostamente, seriam também contratadas da empresa Linuxell Informática e Serviços Ltda., que prestava serviços na Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ.

Sustentam que, acerca do lastro probatório, a denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual fora apresentada de maneira genérica, não apontando com clareza os supostos atos delituosos cometidos, não individualiza a conduta supostamente praticada pela paciente e não demonstra, portanto, qual é o fato que se adequa aos tipos penais citados.

Afirmam que o Ministério Público Estadual acusa a paciente de ter praticado ato administrativo (inerente a qualquer um que exerça o cargo de chefe do Poder Executivo) decidido em conformidade com o que determina o parecer emitido pela Procuradoria do Estado do Maranhão, homologado judicialmente e com parecer favorável do Ministério Público Estadual, conduta esta que não se adequa aos tipos penais apontados na inicial acusatória, tampouco encontra subsídios mínimos em provas idôneas e verossímeis.

Quanto à atipicidade da conduta, defendem que a denúncia deve, ao menos, relatar fato individualizado, perceptível e que traduza uma conduta típica, sendo que, na forma como se apresenta, encerra descrição abstrata, sendo atípico o fato narrado.

Alegam que a paciente só avalizou que os acordos fossem assinados em virtude de ter a legalidade atestada por pareceres emitidos pelo órgão responsável por tal análise, qual seja, a Procuradoria do Estado, bem como por ter a Secretaria de Estado da Fazenda emitido nota técnica de que a negociação era extremamente benéfica ao Estado. Portanto, a ex-governadora firmou os acordos respaldada por pareceres jurídicos e pautada na presunção de legitimidade dos atos expedidos pelos procuradores, inclusive quanto à interpretação dos arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional, mesmo porque não é de se exigir do Governador de Estado expertise em matéria jurídica.

Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC dos réus Ricardo Pestana e Helena Haickel, decidiu por trancar a ação penal declarando inépcia da denúncia e atipicidade das condutas narradas, em julgamento que se assemelha ao posicionamento do ora paciente nos autos deste processo.

Enunciam que a imputação pela prática do crime de peculato desvio é teratológica, porquanto os ato de admissão dos empregados da empresa Linuxell ocorreram antes da paciente tomar posse como governadora e/ou se deram na empresa quando já exerciam o cargo em comissão na SEFAZ. De tal forma, depreendem que as nomeações não têm sequer conexão com as imputações em análise, carecendo a denúncia de lastro probatório mínimo.

Arrazoa, além disto, que a peça vestibular é inepta: a uma, porque não demonstra a presença de liame subjetivo entre a paciente e os demais coautores ou partícipes (servidores públicos, empresários e empregados), seja para fins de configuração do concurso de agentes, de associação criminosa ou de organização criminosa, portanto, vaga e imprecisa; a duas, por ausência de qualquer prova de que houve lesão ao erário; e, a três, ante a não demonstração do elemento subjetivo dos tipos penais.

Expõem que, no que tange às imputações do crime de organização criminosa, a conduta é atípica, pois os fatos imputados à paciente ocorreram antes da entrada em vigor da Lei nº. 12.850, de 02/08/2013, razão pela qual deve-se aplicar o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF; art. 9º da CIDH; e art. 1º do CP). Questionam, além disto, que não há circunstância concreta a indicar a participação da paciente no suposto grupo criminoso.

Discorrem que o crime de advocacia administrativa fazendária é crime próprio, somente podendo ser praticado por quem exerce funções na administração fazendária. No entanto, ainda que fosse, entendem que a denúncia não descreve o dolo ou qualquer ato concreto que demonstre a participação da paciente nos eventos que dizem respeito à Secretaria de Estado da Fazenda (art. 29 do CP).

Pontuam, enfim, que inexistente justa causa tanto para a instauração quanto para o prosseguimento da ação, já que a denúncia, além de inepta, deixa de individualizar as supostas condutas típicas da paciente, mostrando-se desprovida de elementos probatórios mínimos que pudessem apontar a materialidade dos fatos imputados a ela e a existência de indícios suficientes de sua autoria.

Ao final, requerem a concessão da ordem impetrada, a fim de trancar, in totum, a Ação Penal nº. 19880-63.2016.8.10.0001, a qual tramita na 8ª Vara Criminal da Comarca de São Luís, em razão da atipicidade da conduta.

Conclusos os autos ao eminente Relator Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues, este, em decisão prolatada à pág. 01 (ID 1290058), requereu a redistribuição do feito ao Exmo. Desembargador Vicente de Paula Gomes de Castro, com esteio no art. 242, § 7º, do RITJMA.

À pág. 01 (ID 1310033), o eminente Relator Desembargador Antônio Guerreiro Júnior, em substituição, dispensou a informações a serem prestadas pela autoridade coatora, na forma do art. 328 do RITJMA, determinando a remessa dos autos a esta Procuradoria de Justiça, para emissão de parecer”.

Acrescento que, ao final do referido parecer, a douda Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

"UNANIMEMENTE E DE ACORDO COM O PARECER DA DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, A SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DENEGOU A ORDEM IMPETRADA, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR".

VOTARAM OS SENHORES DESEMBARGADORES ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA E JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES.

PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA

PROCURADORA DE JUSTIÇA THEMIS MARIA PACHECO DE CARVALHO

MÁRCIA CRISTINA MESQUITA SILVA

SECRETÁRIA SUBSTITUTA DA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

COORDENADORIA DAS CÂMARAS CRIMINAIS ISOLADAS

CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO

"UNANIMEMENTE E DE ACORDO COM O PARECER DA DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, ADEQUADO EM BANCA A SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL CONCEDEU A ORDEM IMPETRADA, PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR".

VOTARAM OS SENHORES DESEMBARGADORES ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA E JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES.

PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA

PROCURADORA DE JUSTIÇA THEMIS MARIA PACHECO DE CARVALHO

MÁRCIA CRISTINA MESQUITA SILVA

SECRETÁRIA SUBSTITUTA DA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

COORDENADORIA DAS CÂMARAS CRIMINAIS ISOLADAS