

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.457 - PA (2016/0254668-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : BELARDIM BERTON LOPES ARAUJO

ADVOGADO : ALEXANDRE CARNEIRO PAIVA E OUTRO(S) - PA015814

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por BELARDIM BERTON LOPES ARAÚJO contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (HC n. 0057098-50.2015.4.01.0000/PA).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado, juntamente com a corré Mirna Geovanna Paixão dos Santos, pela suposta prática do crime previsto no artigo 311-A, § 3º, do Código Penal, por ter participado de esquema de "cola eletrônica" no âmbito do concurso público para provimento do cargo técnico de assistente administrativo realizado pela Universidade do Pará em 16/8/2015. Consta da inicial que Belardim teria finalizado a prova primeiro e, logo ao sair, teria divulgado indevidamente o seu gabarito à segunda denunciada, a qual teria recebido os dados enquanto ainda estava em sala, por meio de sistema de escuta (ponto eletrônico). O recorrente teria sido preso após sua saída do certame munido de HD's, pen drives, notebooks, celulares e uma lista com nomes e telefones de possíveis candidatos, para fins de transmissão do gabarito, que realizavam o mesmo certame. Mirna, por sua vez, foi presa em flagrante logo ao sair da prova, tendo sido encontrado em seu poder, um aparelho celular e um ponto eletrônico auricular com fiação correspondente, colada na região do plexo, tudo interligado. Narra, ainda, a inicial acusatória que, em relação a Belardim, as suspeitas de participação em fraudes em concurso público eram pretéritas à própria conduta objeto desta ação penal, havendo indícios de uma organização criminosa atuando mediante cola eletrônica, em concursos públicos da Universidade Federal do Pará, tanto que encontrava-se monitorado durante o certame *sub examine*. Foi, então, deflagrada a Operação Gabarito (e-STJ fls. 13/22).

A denúncia foi recebida pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária do

Superior Tribunal de Justiça

Pará em 11/9/2015.

Irresignada quanto à incidência da majorante, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte local, que denegou a ordem (e-STJ fls. 161/165) em acórdão assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FRAUDE EM CONCURSO PÚBLICO. CRIME COMETIDO POR SERVIDOR PÚBLICO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Cuida-se de habeas corpus no qual se veiculou pedido de liminar com vistas à suspensão da realização de audiência de instrução e julgamento e, ao fim, a concessão de ordem impositiva do afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 30, do art. 311 -A, do CP.

2. Já realizada a audiência de instrução e julgamento para a qual foi pedida a suspensão, resulta prejudicado o habeas corpus, quanto ao ponto.

3. O oferecimento da denúncia com a imputação do crime tipificado no art. 311-A, caput e § 3º, do CP, afasta a possibilidade de aplicação do benefício em comento, considerando-se que a pena mínima correlata é superior a um ano.

4. Por outro lado, somente ao final da instrução resultará definitivamente esclarecido se o paciente fez uso de sua condição de servidor público para de alguma forma levar a efeito a conduta criminosa.

5. Ausente o constrangimento ilegal alegado.

6. Habeas corpus prejudicado no tocante ao pedido de suspensão da audiência de instrução e julgamento, denegando-se a ordem requerida com vistas à suspensão da ação penal.

Nas razões da presente insurgência (e-STJ fls. 168/178), o recorrente sustenta que a causa de aumento prevista no § 3º do art. 311-A do Código Penal não deve incidir na espécie. Afirma que a sua condição de funcionário público – Técnico do Banco Central do Brasil – não possui nenhuma relação com a imputação – fraudar concurso público para cargos de nível médio da Universidade Federal do Pará –, razão pela qual tal majorante deveria ser afastada desde logo, o que permitiria a suspensão condicional do processo.

Superior Tribunal de Justiça

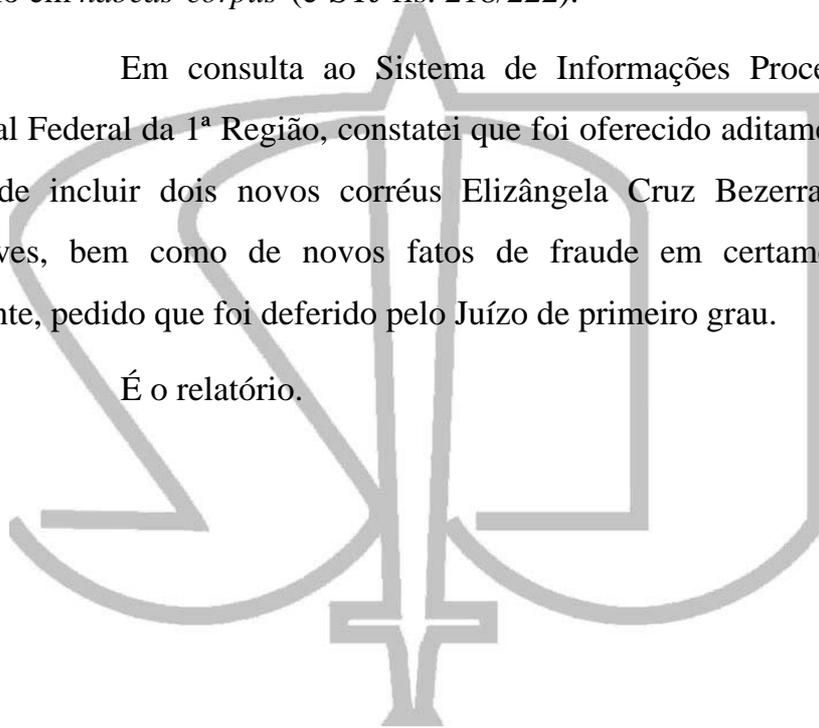
Ao final, formula pedido liminar para que a ação penal seja suspensa e, no mérito, pede o afastamento da referida causa de aumento da pena e, ainda, que sejam os causídicos constituídos nos autos intimados quanto à data da sessão de julgamento para realização de sustentação oral.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 200/202.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário em *habeas corpus* (e-STJ fls. 218/222).

Em consulta ao Sistema de Informações Processuais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, constatei que foi oferecido aditamento à denúncia para o fim de incluir dois novos corréus Elizângela Cruz Bezerra e Ricardo Patrick Gonçalves, bem como de novos fatos de fraude em certame público pelo ora recorrente, pedido que foi deferido pelo Juízo de primeiro grau.

É o relatório.



RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.457 - PA (2016/0254668-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

A defesa objetiva o afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 3º do inciso I do artigo 311-A do Código Penal.

O recorrente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no artigo 311-A, I, § 3º, do Código Penal, o qual possui como objetivo a tutela da credibilidade, da lisura, transparência, moralidade, legalidade, isonomia, impessoalidade e segurança dos certames de interesse público, *in verbis*:

Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de

I - concurso público

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

A denúncia deve conter, conforme disposição do artigo 41 do CPP, "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas .

Destes elementos, alguns são de observância obrigatória, sem os quais, haverá inépcia formal da peça acusatória por violação do princípio da ampla defesa, sendo eles, a exposição do fato criminoso, a individualização da conduta perpetrada pelo agente e a redação da peça em português.

Em havendo a imputação de causa de aumento, devem, igualmente, serem narradas as circunstâncias pelas quais sua incidência se justificaria no caso objeto da denúncia.

Na espécie, a denúncia imputou ao recorrente a prática do crime de divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si e a outrem (Mirna Geovanna Paixão dos Santos), conteúdo sigiloso de concurso público.

Superior Tribunal de Justiça

A exordial narra que a divulgação consistiu no efeito de tornar público, propagar o gabarito da prova, por meio de ponto eletrônico, descrevendo que o recorrente havia se inscrito no respectivo concurso para ingresso no cargo de técnico de assistente administrativo realizado pela Universidade Federal do Pará, apesar de já ser servidor público federal do Banco Central do Brasil, com o único objetivo de ter acesso às respectivas questões e, quando de fora do local de prova, teria a função de repassar o gabarito das questões aos candidatos com ele acordados, sendo que tais questões poderiam ser corrigidas a partir de consultas aos livros que encontravam-se em seu carro quando de sua apreensão, sendo que, no caso dos autos, o intento do recorrente era o repasse do gabarito à Sr^a Mirna que ainda estava realizando o certame público.

Em relação à causa de aumento prevista no parágrafo 3º do inciso I do artigo 311-A do Estatuto Penalista, depreende-se da exordial acusatória que sua imputação ao recorrente decorreu de sua mera condição de servidor público federal, ocupante do cargo de técnico do Banco Central do Brasil desde o ano de 2006, não se constatando, ao longo da denúncia (e-STJ fls. 15/24), a descrição acerca de quais seriam as facilidades proporcionadas pelo cargo público ocupado pelo réu para o fim de fraudar o certame público de provimento de cargos de assistente administrativo da Universidade Federal do Pará.

Aliás, a referida imputação pela simples condição de servidor público federal é aferível da própria fundamentação do acórdão recorrido, ao ressaltar que "da dicção do texto legal, a aplicação da causa de aumento não está condicionada ao fato do funcionário público estar ou não no exercício da função ou que tenha se utilizado das facilidades que lhe proporciona o cargo para a prática do delito" (e-STJ fl. 162).

A priori, a incidência da causa de aumento prevista no parágrafo 3º do inciso I do artigo 311-A do Código Penal não requer que o recorrente tenha praticado a conduta de fraude ao certame público no exercício da função, mas imprescindível se mostra que tenha se utilizado das facilidades que o cargo lhe proporciona para a prática do intento criminoso, sob pena de responsabilidade penal objetiva pela simples condição do ser e não pelo fato que praticara.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, aliás, é a posição da doutrina:

Sendo funcionário público, a pena é aumentada de um terço (§3º). Nesse caso, porém, a pesar do silêncio da lei, não basta ser servidor público, mas deve o agente valer-se da sua condição de profissional, o que não significa dizer que o conteúdo sigiloso do certame deva estar entre as suas atribuições. (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Especial - arts. 121 ao 361. Volume Único. 6ª edição. 2014. Editoria JusPODIVM. pg. 730).

O §3.º do art. 311-A, prevê a exasperação da pena de um terço se o fato é cometido por funcionário público. Nesse caso, a qualidade do sujeito ativo, para justificar o agravamento da pena, deve ser determinante para a realização da figura típica.

Ou seja, o funcionário público deve valer-se de sua especial condição para o cometimento do delito. (PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal, 10ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1042).

Crime praticado por funcionário público (art. 311-A, §3º) : Trata-se de causa especial de aumento da pena, aplicável na terceira e derradeira fase da dosimetria da pena privativa de liberdade. Seu fundamento é a maior reprovabilidade do comportamento daquele que abusa dos poderes inerentes ao cargo ou função pública, traindo a função nele depositada pela sociedade, para fraudar um certame de interesse público. Não basta ser funcionário público para abrir espaço ao reconhecimento da causa de aumento da pena - é imprescindível - que tenha o agente praticado o crime valendo-se das facilidades proporcionadas pela sua posição, pois está circunstância confere legitimidade ao tratamento penal mais rigoroso. (MASSOM, Cleber. Código Penal Comentado. 3ª edição. Editora Método).

Assim, necessário para fins de imputação da causa de aumento tipificada no § 3º do inciso I do artigo 311-A do Código Penal, que a denúncia descreva as facilidades que o cargo público ocupado pelo réu tenha proporcionado na perpetração da fraude ao certame de interesse público, hipótese inócurrenente na espécie, já que, conforme anteriormente observado, sua imputação ao recorrente decorrerá, exclusivamente, de sua condição de servidor público federal.

Devo, ainda, observar que, ao contrário do assentado no acórdão recorrido, se mostra inviável, no caso, o aguardo da tramitação da instrução criminal para fins de colheita de provas quanto à referida causa de aumento, pois sua ausência

Superior Tribunal de Justiça

da vestibular acusatória impede que seja o recorrente por ela condenado, sob pena de violação do princípio da correlação.

Nesses termos, necessária a exclusão da causa de aumento prevista no § 3º do inciso I do artigo 311-A do Código Penal da denúncia. Contudo, inviável que se determine, na espécie, a imediata suspensão condicional do processo, pois, como já observado do relatório deste recurso ordinário, em consulta ao Sistema de Informações Processuais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, constatei que foram incluídos na exordial acusatória, novos fatos imputados ao recorrente. E, em caso de concurso de crimes, a análise quanto ao *sursis* processual deve ocorrer pelo somatório das penas mínimas em caso de concurso material e pela exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado (RHC 63.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 09/11/2016), devendo referida análise ser realizada pelo Juízo de primeiro grau nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Ante o exposto, **dou parcial** provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* apenas para afastar a causa de aumento prevista no § 3º do inciso I do artigo 311-A do Código Penal da denúncia ofertada contra o recorrente, devendo a análise quanto ao *sursis* processual ser realizada pelo Juiz da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Estado do Pará.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator