

Vistos, etc.

Antonio Geraldo Ferreira e Marcio Curcio, qualificados nos autos, foram denunciados como incurso no artigo 317 do Código Penal. Segundo consta, no dia 14 de abril de 2007, na unidade da sub-prefeitura do Jaçanã, na Av. Luis Stamatis, 300, os acusados, agindo em concurso, receberam para si, em razão de suas funções, vantagem indevida, consistente na quantia de R\$ 500,00, oferecida por um repórter investigativo que simulava ser um empresário, em troca de que fosse autorizada a distribuição de folhetos na via pública, sem que houvesse fiscalização.

Houve notificação para defesas preliminares, apresentadas a fls. 632/636 e 751/756 e a denúncia foi recebida (fls. 757). Houve nova oportunidade para defesas (fls. 759/763 e 770/774) e o recebimento foi ratificado. Em audiências, foi colhida a prova oral (fls. 798/800 e 830/835) e os acusados interrogados (fls. 836/839). Vieram aos autos cópias dos procedimentos administrativos a que os réus responderam e CD com as reportagens que foram veiculadas pela imprensa (fls. 827). Em memoriais, o Ministério Público pediu a procedência da ação nos termos da denúncia (fls. 842/844). As defesas (fls. 850/859 e 860/865) pugnaram pela absolvição, fazendo considerações sobre eventuais penas.

É o relatório.

Decido.

A procedência da ação é de rigor, posto que autoria e materialidade estão suficientemente comprovadas.

Inicialmente cumpre observar que não há que se falar em flagrante preparado. Como a própria defesa de Antonio citou a fls. 770, há tal situação “*quando um terceiro provoca o agente à prática do delito, ao mesmo tempo em que age para impedir o resultado*” (grifei). Ora, no caso dos autos não houve qualquer impedimento ao resultado, até porque os réus receberam o dinheiro do suborno, e ficaram com ele. E a consumação deste delito ocorre com a solicitação, ou aceitação da promessa ou com o recebimento da vantagem, independentemente da prática ou omissão do ato funcional. Não se trata, portanto, da hipótese da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.

E o fato de a ação dos réus ter sido filmada pelo interlocutor, ainda que sem seu conhecimento, não é nenhuma causa de nulidade, até porque não houve nenhuma quebra indevida de sigilo. Ademais, a prova dos autos não se limita à filmagem, nem é decorrente dela, mas sim se consubstancia essencialmente na palavra dos repórteres ouvidos em juízo. A filmagem, quando muito, é apenas mais um indício a confirmar a palavra dos jornalistas, e não a prova em si. E nesse sentido da legalidade de gravação nessas circunstâncias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE

RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.

(AI 578858 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 RDDP n. 80, 2009, p. 150-151)

Por fim, quanto à questão de existência ou não de vedação legal à distribuição de panfletos nas vias públicas da Capital à época dos fatos, em decorrência da revogação das Leis nº 14.066 e 13.525 pela Lei nº 14.223, também não implicaria em atipicidade da conduta dos réus.

Como ficou claro por toda a prova dos autos, o entendimento prevalecente à época era no sentido de que estava vedada tal tipo de publicidade indiscriminada à época. Nesse sentido, não só a palavra dos jornalistas, como de especial destaque as oitivas de Carlos Eduardo de Lacerda e Silva (fls. 96), à época autoridade maior encarregada da fiscalização no âmbito da sub-prefeitura, e de João Rogério Tetti (fls. 98), supervisor de fiscalização, que afirmam que a prefeitura mantinha fiscalização deste tipo de atividade, com realização de apreensões em casos de panfletagem irregular. E mesmo os réus confirmaram a fls. 101 e 104 que faziam este tipo de fiscalização e que teriam dito ao jornalista, que então acreditavam ser um empresário, que o tipo de propaganda que ele pretendia fazer não era permitido.

Ora, assim sendo, a atuação dos réus à época consistia exatamente na realização de fiscalização e apreensão de materiais em casos de distribuição tida como irregular. E eles teriam aceitado quantia em dinheiro para deixar de exercer suas atribuições usuais, em benefício de uma determinada pessoa.

Óbvio, portanto, que tal situação caracteriza o tipo penal imputado, sendo irrelevante se a final as condições exigidas pela Prefeitura para que considerasse regular ou permitisse a distribuição de folhetos estavam de acordo com a legislação ou não. A conduta dos réus não foi motivada por divergência jurídica quanto à aplicação das normas municipais que regulam a questão, mas sim pelo interesse pecuniário, em prejuízo do correto exercício das funções das quais eram incumbidos.

Típica, portanto, a conduta imputada, no caso concreto.

Ainda, na fase inicial desta sentença, não posso deixar de observar a conduta da defesa do réu Antonio que a fls. 859 distorce fatos, pretendendo levar a erro este julgador, conduta esta que beira (se não caracteriza completamente) a litigância de má-fé, e que só pode ser compreendida como reconhecimento tácito da inevitável procedência desta ação, posto que, do contrário, se estivesse seguro de seus demais argumentos, não necessitaria deste tipo de procedimento.

De fato, a defesa alega que já propôs ação declaratória de nulidade do ato que resultou na demissão do réu “e já teve uma decisão favorável” posto que “por maioria, deram provimento parcial ao recurso”, com cópia de publicação a fls. 849.

Porém, o exame do acórdão referente a tal julgamento, e que está disponível na *internet*, mostra-se que se trata na verdade de um agravo de instrumento no qual foi negado por unanimidade o pedido de antecipação da tutela para sua recondução

ao cargo, tendo obtido êxito apenas, e por maioria de votos, e não de forma unânime, tão somente na concessão da assistência judiciária, conforme a seguinte ementa:

AGRA VO DE INSTRUMENTO - Decisão sobre pedido de liminar de antecipação de tutela em ação declaratória - Descabimento da antecipação nas ações exclusivamente declaratórias- Exegese dos artigos 4º e 273, do Código de Processo Civil - Demissão de servidor a bem do serviço público - Procedimento administrativo sancionatório com o resultado extremo dessa demissão - Ausência de comprovação dos requisitos para antecipação da tutela - Recurso não provido nesta parte

ASSISTÊNCIA JUDICIARIA - Suficiência da simples afirmação de pobreza pela parte - Requisito cumprido nos autos - Exegese dos artigos 4º, 6º, 7º e 8º, da Lei 1 060/1950 - Precedentes jurisprudenciais e base doutrinária - Benefício concedido - Recurso provido nesta parte, por maioria de votos, vencido o 2º Juiz

Aliás, não deixou de ser interessante trazer aos autos este agravo, posto que há trecho no voto ali proferido pelo Exmo. Des. Relator Fermino Magnani Filho, que é bastante pertinente para a presente ação, e que copio abaixo, adotando-o também como fundamento do que já foi acima decidido:

"Impertinentes os argumentos que pretendem afastar a incidência da legislação reguladora da paisagem urbana, no caso as Leis Municipais nºs 14.223/06 e 14.517/07, porque a questão não se resume na omissão em fiscalizar seu cumprimento, mas que esses servidores tenham recebido em proveito pessoal vantagem indevida. Não apenas às provas ilícitas aplica-se a metáfora dos fruits of the poisonous tree, é também a moralidade administrativa que padece quando seus frutos não são bons. A lição tirada do Evangelho de Mateus (7:17-20) pela doutrina norte-americana, é de todo aplicável ao regime de responsabilidade do servidor público, porque se nada acontece com o servidor que recebe vantagem indevida, estando ciente seu colega, fica este estimulado a ter o mesmo comportamento, vendo o sucesso financeiro do outro (fls 100). Além disso, tal doutrina admite a "prova estragada" quando sua descoberta é resultado de uma fonte independente e não viciada.

Não há neste caso comprovação de que o procedimento sancionatório foi maculado. No mais, a uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. 2- Ademais, trata-se de gravação de funcionários públicos no exercício de sua função pública, e não de conversa particular ou sigilosa, o que afasta a incidência do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que garante a intimidade da vida privada. 3- Recurso desprovido (STJ-5ª Turma, RHC 14.672/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 29/ 08/2005). Consigne-se também que a conduta infracional do recorrente, que se traduziu na solicitação de vantagem indevida em decorrência do exercício de suas atribuições, veio a se consumar a partir do momento da solicitação da quantia indevida junto à vítima do ato, e não, no momento em que o recebimento da quantia veio a ser flagrado. Nesses termos, inclusive em

decorrência da independência entre as instâncias penal e administrativa, não infirma o v. decisum vergastado o fato de se estar diante de eventual flagrante preparado ou esperado (STJ, Recurso em MS n° 24.798- PE, relator Ministro Felix Fischer).”

Superadas tais questões, e passando à análise da comprovação dos fatos em si, tenho que é evidente a demonstração de que ocorreram na forma narrada na denúncia.

Os dois jornalistas ouvidos em juízo confirmaram que haviam recebido notícia deste esquema existente para panfletagem irregular, e que tiveram contatos com ambos os réus, nos quais, simulando serem empresários interessados neste tipo de serviço, foi acertado e efetuado o pagamento de R\$ 500,00 em propina para que a distribuição fosse feita sem incômodo pela fiscalização.

E tais informações são compatíveis com o conteúdo da reportagem exibida na televisão, e que consta do CD juntado.

Ademais, não se demonstrou qualquer razão preexistente que pudesse levar os jornalistas, que sequer conheciam os réus, a cometerem crime imputando-lhes falsamente a prática de delito.

Não há, portanto, razão para se retirar credibilidade das palavras das testemunhas de acusação.

Quanto às testemunhas de defesa, nada acrescentaram de relevante quanto aos fatos imputados, não os infirmando.

Já, as negativas dos acusados, restaram isoladas nos autos, sem nenhum elemento idôneo que as corrobore. Aliás, sequer deram alguma explicação minimamente convincente para o motivo que teria levado os jornalistas a fazerem tal acusação.

E a versão que deram para o recebimento do dinheiro, dizendo que seria para que contratassem algumas meninas para fazer a panfletagem, além de absolutamente inverossímil, de qualquer forma não resultaria em suas absolvições mas, antes, caracterizaria do mesmo modo o delito imputado.

É que, como a própria testemunha de defesa confirmou a fls. 832, e já foi acima tratado, à época a prefeitura não permitia nenhum tipo de panfletagem. Mas se os réus aceitaram tolerar tal situação, ainda que não para vantagem própria, mas sim das “meninas” carentes que seriam contratadas para tal distribuição, resta da mesma forma caracterizada a aceitação de vantagem *para terceiro*, e indevida, posto que tal tipo de atividade era considerado proibido.

Não há dúvida, assim, de que os réus praticaram o delito imputado, sendo de rigor suas condenações.

E, certas as condenações, passo a dosar as penas.

Na fase do artigo 59 do Código Penal, considerando as circunstâncias do delito, algumas circunstâncias devem ser destacadas.

O crime do art. 317 prevê mais de um tipo de conduta, e há várias possibilidades para sua prática, desde as mais simples, até outras muito mais graves. E a grande diferença nas gravidades possíveis do delito fica evidente pelo fato de que prevê um largo intervalo de pena, indo de 2 a 12 anos. Assim, é evidente que a prática do tipo penal nas suas formas menos graves, leva a pena ao piso. Porém, em havendo circunstâncias mais relevantes, a pena deve ser consideravelmente elevada, observado o máximo previsto.

Deve ser diferente a valoração das circunstâncias de um delito quando este prevê penas entre 2 e 6 anos de prisão, como por exemplo os delitos de falsificação ou supressão de documento público (arts. 297 e 305), em relação a outro que prevê de 2 a 12 anos, como no crime ora em apreço.

No caso dos autos, em primeiro lugar pesa consideravelmente em desfavor dos acusados a indicação de que o fato ocorrido não foi um caso isolado, mas sim era uma prática rotineira. Não fosse assim, não teriam os jornalistas recebido a denúncia do tal “esquema” existente naquela sub-prefeitura. E uma coisa é numa situação totalmente ocasional e isolada, receber uma quantia para não praticar um ato, e outra muito distinta é aquela em que se indica que esta uma prática corriqueira.

Outro ponto a ser observado é que os réus eram justamente os encarregados diretos de fato do exercício da fiscalização nas ruas, e aceitaram vantagem para deixar de cumprir corretamente suas atribuições.

De menor gravidade seria o delito praticado, por exemplo, por um escrevente de um cartório judicial que recebesse propina apenas para agilizar o andamento de um processo, passando-o à frente de outros, mas sem praticar qualquer outro ato ilegal que resultasse em vantagem na decisão do processo, ou prejuízo para outra parte. Outra situação, muito mais grave, ocorre quando a pessoa recebe dinheiro para praticar ou tolerar algo que seja completamente contrário à sua atribuição. No primeiro caso, não houve prática de um ato indevido no processo, mas apenas a aceleração de seu trâmite. No segundo, houve a prática de ato contrário à obrigação e indevido.

E é justamente essa segunda hipótese a dos autos, na qual os réus aceitaram a vantagem para deixarem de praticar a fiscalização da qual incumbidos.

Ademais, o baixo valor do suborno que receberam, mostra o quanto desvalorizavam suas próprias obrigações, vendendo suas funções por meros tostões. Demonstra, assim, o elevado grau de comprometimento de suas personalidades e sua permissividade moral.

Além disso, anoto que, conforme o colhido a fls. 96 e 98, embora sem ascendência funcional formal, os réus acabaram “por assumir uma liderança natural sobre os demais servidores da Univias” e “havia uma ascendência dos servidores Antonio Geraldo e Marcio sobre os demais integrantes da unidade”, o que torna ainda mais grave que justamente eles, que assim eram considerados pelos demais funcionários, viessem a aceitar suborno para não cumprir suas obrigações. Foram, portanto, um péssimo exemplo para os demais funcionários daquela unidade.

Também não se pode desconsiderar o fato de que esta cidade já é muito castigada por tantos desvios em sua administração. Assim, torna-se especialmente reprovável que os réus, que eram incumbidos da fiscalização, colaborem para que restasse ainda mais prejudicada a ordem e o cumprimento das normas municipais.

O tipo de corrupção que os réus praticaram é das formas mais nocivas em prejuízo do serviço público. A sociedade brasileira precisa, e exige, que tal tipo de conduta seja severamente reprimida, sob pena de grave risco para a ordem social. E não se pode considerar o caso dos autos como irrelevante, apenas porque se referia à distribuição de panfletos. Na verdade, tal conduta é apenas mais um aspecto do gravíssimo comprometimento da administração pública e seu desvio e utilização por motivos egoístas, para vantagens pessoais.

Imprescindível, assim, o veemente repúdio estatal e social a este tipo de conduta, o que passa pela sua punição rigorosa.

Por tudo isso, fixo a pena base dos réus no dobro do piso legal, montante este que não é nada exagerado, posto que representa um aumento de apenas um quinto do intervalo entre as penas mínima e máxima previstas, perfazendo quatro anos de reclusão e 80 dias-multa (mantido o critério de aumento sobre o piso de um quinto do intervalo entre as penas mínima e máxima, a saber, 10 e 360 dias-multa).

Ausentes agravantes ou atenuantes, ou causas de aumento ou diminuição de pena, torno estas definitivas. O dia-multa será no piso legal para Márcio, e no dobro deste para Antonio, dadas as informações de renda a fls. 836/839.

Presentes os requisitos legais, os réus têm direito à substituição da pena privativa de liberdade, a qual nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal pode se dar por duas restritivas de direitos, ou por uma restritiva de direitos e multa.

Contudo, no caso dos autos entendo descabida a aplicação de multa como pena substituta, posto que já foi aplicada originariamente, restando assim em medida praticamente inócua e que não atende às finalidades da lei penal.

Assim, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta no valor de um sexto do salário mínimo vigente à época do pagamento por mês de condenação, facultado o parcelamento, totalizando oito salários mínimos para cada um deles, a serem prestadas a entidade a ser especificada na fase de execução.

A prestação de serviços à comunidade é aplicada por ser das mais eficientes na reeducação dos condenados e no desestímulo à reiteração criminosa. Quanto ao valor da prestação pecuniária, é fixado em quantia proporcional ao tempo da pena privativa de liberdade, objetivando a melhor individualização da pena, e em montante mensal bastante razoável e módico, adequado ao delito de cunho patrimonial praticado pelos réus e suas condições financeiras.

Considerando que o montante da pena está no limite da possibilidade de aplicação do regime aberto, e que as circunstâncias do delito são claramente desfavoráveis como acima indicado, e tendo em vista ainda a concessão aos réus da substituição da pena privativa de liberdade, o que implica que só irão cumprir as penas de reclusão caso venham a se mostrar desmerecedores do benefício, o que seria mais um indicativo de personalidade comprometida, não merecendo assim a confiança do regime aberto, fixo-lhes o regime semi-aberto como inicial.

Isto posto, julgo a presente ação PROCEDENTE, para condenar **Antonio Geraldo Ferreira e Marcio Curcio**, qualificados nos autos, como incurso no artigo 317 do Código Penal, às penas de quatro anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 80 dias-multa, no piso para Marcio, e no dobro deste para Antonio, com substituição da

pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta no valor de um sexto do salário mínimo por mês de condenação, facultado o parcelamento, totalizando oito salários mínimos para cada um deles, a serem prestadas a entidade beneficente a ser especificada na fase de execução. Fica, ainda, determinada na esfera criminal, a perda dos cargos públicos exercidos pelos réus, nos termos do art. 92, I, 'a', do Código Penal.

Tendo respondido ao processo soltos, assim os réus poderão apelar.

Desde já, independente do trânsito em julgado, comunique-se esta decisão nos autos nº 857/08 (615438/08) da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital para conhecimento e instrução daquele feito.

Após o trânsito, comunique-se a perda definitiva dos cargos públicos à Prefeitura Municipal.

Custas pelos condenados, na forma do artigo 4º, § 9º, a, da Lei nº 11.608/03, ressalvada eventual inexigibilidade em caso de pobreza, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50, tudo a ser apreciado em sede de execução.

P.R.I.C.

São Paulo, 24 de março de 2010.

Carlos Eduardo Lora Franco
Juiz de Direito