Defesa prévia – funcionário público, prevaricação

escrito por Dr. Ademilson Carvalho Santos | 26/01/2023

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DE DIREITO DA **00ª UNIDADE DO JUIZADO ESPECIAL** CÍVEL E CRIMINAL DA CIDADE (PR).

Rito Especial – Crime afiançável

Tipo penal: CP, art. 319

Proc. nº. 7777.33.2013.5.06.4444

Autor: Ministério Público Estadual

Acusado: JOSÉ MARIALDO

Intermediado por seu mandatário ao final firmado, causídico inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, sob o nº. 112233, comparece o Acusado, na qualidade de funcionário público estadual, tempestivamente (**CPP, art. 514, *caput***) com todo respeito à presença de Vossa Excelência, evidenciando considerações acerca da impropriedade da denúncia ofertada pelo Ministério Público por meio da presente

DEFESA PRELIMINAR,

quanto à pretensão condenatória ostentada em desfavor de **JOSÉ MARIALDO**, já qualificado na exordial da peça acusatória, consoante abaixo delineado.

1 – SÍNTESE DOS FATOS

O Acusado foi denunciado pelo Ministério Público Estadual, em 00 de novembro do ano de 0000, como incurso no tipo penal previsto no **art. 319 do Estatuto Repressivo (“*Prevaricação*”).**

Segundo a peça acusatória, o Réu, no exercício de cargo de comissão de chefia e direção na Companhia X do Estado do Paraná, sendo o mesmo responsável pelo cumprimento de determinações judiciais.

Ainda consoante a narrativa na peça inaugural, o Acusado cumprira a destempo a determinação judicial originária do MM Juiz de Direito da 00ª Vara da Fazenda Pública (Proc. nº. 11.444.55.6.77.88), que assim dispôs:

"Em face do exposto, acolho o pedido liminar, para determinar a Companhia X que cesse imediatamente a cobrança de taxa integral aos usuários do serviço de esgotamento sanitário que não estejam sendo beneficiados pelo tratamento de esgoto, até manifestação ulterior deste juízo. "

Descreve, mais, que da decisão interlocutória em liça a aludida repartição recorreu por meio de Agravo de Instrumento, não alcançando, entrementes, o almejado efeito suspensivo e, mesmo após referido indeferimento, o mesmo não observou e cumpriu a determinação judicial.

Destarte, entendeu o Parquet que o Acusado estava propositadamente deixando de cumprir comando judicial, infringindo, por este norte, a regra penal inserta no **art. 319 do Legislação Substantiva Penal**.

O Acusado, destarte, <u>nega a autoria delitiva</u>, entretanto, releva algumas considerações pertinentes a outros aspectos jurídicos com respeito à **<u>impertinência da peça acusatória</u>**.

2 – DA INÉPCIA DA DENÚNCIA

ATIPICIDADE DE CONDUTA

a) Atipicidade dos fatos atribuídos ao Réu

A **denúncia é inepta materialmente**, porquanto o quadro fático narrado na denúncia, tentando imputar a figura delitiva da prevaricação, , não se amolda ao tipo penal previsto no art. 319 do Código Penal, ou outra legislação penal extravagante qualquer.

Tratemos de examinar, detalhadamente, os elementos estruturais do tipo penal previsto no **art. 319 do Estatuto Repressivo**, para que possamos verificar se, de fato, eles se adequam à conduta descrita na denúncia.

O **art. 319 do Código Penal** tem a seguinte redação:

"Art. 319 – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei, **para satisfazer interesse pessoal**:

Pena – detenção, de 3(três) meses a 1(um) anos, e multa.

(destacamos)

Ora, para que se examine a aptidão de uma peça acusatória há de se interpretar o disposto no **art. 41 do Código de Processo Penal**, *verbis*:

"Art. 41. 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."

Essa fórmula pode ser encontrada em texto clássico de **João Mendes de Almeida Júnior**:

"É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com tôdas as suas circunstâncias, isto é,

não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira porque a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando). (Segundo enumeração de Aristóteles, na Ética a Nicomaco, 1. III, as circunstâncias são resumidas pelas palavras quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando, assim referidas por Cícero (De Invent. I)). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes." (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro, v. II. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, p. 183)

Nesse diapasão, a denúncia, para ser válida, **deve expor e descrever a totalidade dos componentes do tipo delituoso**. O elemento descritivo da imputação deve abranger o tipo penal em sua integralidade, objetiva, normativa e subjetiva.

Na hipótese em estudo, o tipo do art. 319, do Código Penal, somente se perfaz integrando o elemento subjetivo, **para satisfazer interesse, ou sentimento pessoal**.

Sendo este elemento essencial à tipificação do fato, deve a denúncia indicar qual a omissão e sua natureza e se a conduta deveu-se a interesse, ou sentimento pessoal, que também deve ser especificados.

Na hipótese em liça, **a exordial acusatória <u>sequer afirmou</u> se a omissão atribuída ao Acusado teve por finalidade a satisfação de interesse ou sentimento pessoal**. Não há qualquer passagem neste sentido.

Por este ângulo **a denúncia <u>é inepta</u>**.

Nesse sentido são as

lições de **Cezar Roberto Bitencourt** que:

"O crime de prevaricação somente se aperfeiçoa quando o funcionário público, no exercício de sua função, retarda ou omite ato de ofício, indevidamente, ou o pratica contra disposição expressa de lei.

(. . .)

É indispensável, por fim, que a ação ou omissão do funcionário público seja praticada para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, constituindo uma característica fundamental que distingue a prevaricação de outros crimes da mesma natureza. (*In,* Tratado de Direito Penal. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 5, p. 135).

No mesmo sentido professa **Luiz Regis Prado**, quando professa que:

"O tipo subjetivo da prevariação está representado pelo dolo, que se cosubstancia na consciência e vontade de pretciar qualquer uma das condutas mencionadas pelo tipo, acrescido do elemento subjetivo injusto, manifestado pelo fim especial de agir expresso nas palavras para satisfazer interesse pessoal. "(*In,* Curso de Direito Penal Brasileiro. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 500)

Portanto, trata-se, assim, de acusação lastreada em indícios e suposições, extraídas dos autos do inquérito. É dizer, **a peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável**. Em assim procedente, os argumentos ofertados com **a denúncia obstou o assegurado contraditório e a ampla defesa**(CF, art. 5º, inc. LV). Diga-se, mais, que **tal direito é sustentado pelo Pacto de São José de Costa Rica**, onde, em seu art. 8º, 2, *b,* quando delimita que é legítimo a *garantia de prévia e pormenorizada acusação*. Não se conhece com riqueza a peça acusatória; falta-lhe, pois, elementos que possam os pacientes ter franca

ciência do quanto lhe pesa em juízo.

É uma ilegalidade(nulidade absoluta), sobretudo quando há ofensa, na hipótese, ao amplo direito de defesa e do contraditório.

AÇÃO PENAL. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. **Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (due process of law). Nulidade absoluta e insanável**. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal inocorrente. Conhecimento da argüição em HC. Aplicação do art. 5º, incs. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. **A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória** e, como tal, não é coberta por preclusão. 2. AÇÃO PENAL. Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 1o e 2o da Lei nº 8.137/90 e art. 22 da Lei nº 7.492/86. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade. Imputação à pessoa jurídica. Caso de responsabilidade penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim Extensão da ordem ao co-réu. Inteligência do art. 5º, incs. XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/86. Aplicação do art. 41 do CPP. Precedentes.No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito “crime societário”, é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa. (**STF** – RHC 85.658-6 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 12.08.2005)

A alicerçar os

fundamentos ora estipulados, maiormente quanto à inépcia da denúncia por conta da atipicidade da conduta evidenciada na peça inaugural, estipulamos os seguintes julgados:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. ESCRIVÃO. CARTÓRIO. DEMISSÃO. IMPEDIMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. SERVIDOR COM 35 ANOS DE SERVIÇO. EXACERBAÇÃO DA SANÇÃO PELA AUTORIDADE SUPERIOR.

1. Não há nos autos prova inequívoca de que a referida magistrada tivesse qualquer interesse particular em prejudicar a pessoa do recorrente. O acórdão proferido pelo Colegiado, ao apreciar o recurso interposto contra o processo disciplinar, deixa claro a inexistência de elementos que indiquem impedimento da magistrada que determinou a instauração do processo administrativo contra o recorrente.

2. Quando do julgamento do recurso administrativo – maio de 2006 – a pretensão punitiva do Estado estava fulminada pela prescrição, tendo em vista que a Portaria que instaurou o procedimento disciplinar foi aditada em 13/02/2002, ou seja, decorridos mais de 10 anos da suposta prevaricação, consoante consignado pelo próprio Ministério Público Estadual. Outrossim, a legislação aplicada à espécie previa uma única causa de interrupção da prescrição, que se deu com a indigitada Portaria nº 12/2001, sendo que o recurso foi apreciado pelo órgão colegiado, tão-somente, em maio de 2006, quando já transcorridos mais de 4 anos da única causa admitida, pela legislação vigente, para a interrupção da prescrição.

3. Consoante entendimento pacificado neste Superior Tribunal, "a materialização do dever-poder estatal de punir deve estar compatibilizada com os preceitos fundamentais que tutelam a dignidade da pessoa humana, de sorte que o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar não pode consubstanciar

ato arbitrário pautado em presunções subjetivas, mas deve sempre estar calcado em prova robusta e coerente, assegurando a aplicação do princípio da segurança jurídica ás partes". (RMS 28.169/PE, Rei. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 29/11/2010).

4. No exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão do recorrente, verifica-se que a autoridade coatora se distanciou de tais postulados, pois, consideradas as particularidades do caso sub examine, aplicou penalidade desproporcional à conduta apurada. 5. Recurso em mandado de segurança provido. (**STJ** – RMS 27.632; Proc. 2008/0182488-7; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 06/09/2012; DJE 17/09/2012)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRA A PAZ PÚBLICA. MAGISTRADOS. PRELIMINARES. NULIDADE DO INQUÉRITO E COMPETÊNCIA DO STJ. INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. IMPUTAÇÕES AO DENUNCIADO. CORRUPÇÃO PASSIVA, EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO E QUADRILHA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AFASTAMENTO DO CARGO. IMPUTAÇÕES À DENUNCIADA. CORRUPÇÃO PASSIVA, PREVARICAÇÃO E QUADRILHA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. Afastam-se as preliminares de nulidade do inquérito e de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça aos que não detinham prerrogativa de foro ante a existência de pronunciamento anterior desta Corte Especial.

2. Descrito o fato típico em todas as suas circunstâncias e demonstrada a razoabilidade das alegações do órgão acusatório, de modo a ensejar o pleno exercício do direito de defesa, não há falar em inépcia da denúncia.

3. O acervo probatório colhido durante a fase preliminar da persecução criminal permite concluir que existem indícios suficientes de que o primeiro denunciado aceitou vantagem indevida em razão da função judicante, incorrendo no crime de

corrupção passiva.

4. Também há prova indiciária de que este denunciado solicitou dinheiro e utilidade para influir em decisão do TRE/MG e para acelerar o processamento de recurso interposto, o que configuraria o delito de exploração de prestígio.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite não haver óbice ao desmembramento do processo, mesmo no que diz respeito à imputação do crime de quadrilha, nada obstando que eventual decisão absolutória repercuta na situação pessoal dos demais acusados.

6. Há indícios de que o magistrado associou-se aos demais réus, de forma estável e permanente, para o fim de cometer crimes, mais especificamente de viabilizar a comercialização de decisões judiciais.

7. Não há como considerar configurado o crime de corrupção passiva, porquanto as vantagens apontadas na peça acusatória não teriam o condão de corromper a magistrada denunciada, tal a sua insignificância.

8. Outrossim, não há prova de que o oferecimento de pequenos favores por parte de gerente de instituição financeira com a qual a Justiça Federal tem estreita ligação estabeleceria vínculo diverso da relação magistrada-gerente com influência na prática de atos de ofício.

9. No único episódio em que se poderia questionar o eventual recebimento de vantagem financeira, os elementos colhidos trazem apenas uma anotação vaga que não encontrou respaldo no conjunto das provas coligidas.

10. Não caracteriza ilícito criminal o fato de a denunciada entregar ofício ao interessado para cientificar o seu destinatário (autoridade fiscal), sobretudo na ausência de elementos que autorizem concluir que a cópia da determinação foi oferecida pela magistrada com propósito escuso. Ademais,

já operou a prescrição da pretensão punitiva do Estado, por decorrido o prazo de 4 anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal.

11. A prevaricação reclama que seja praticado ato de ofício "contra disposição expressa de Lei", escoimada de qualquer dúvida ou obscuridade, além de exigir elemento subjetivo do tipo específico ("para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"), o qual não exsurge dos autos.

12. Ausente qualquer indício de que a magistrada participava de organização criminosa, rejeita-se a denúncia quanto ao crime de quadrilha.

13. Denúncia recebida quanto ao magistrado F DE A B pela prática dos crimes tipificados no art. 317, caput (corrupção passiva); no art. 357, caput (exploração de prestígio), por 3 vezes, na forma dos arts. 71 e 69; e no art. 288, caput (quadrilha), do Código Penal, em cúmulo material, com seu afastamento do cargo. Denúncia rejeitada em relação à magistrada A M C A, por ausência de justa causa para a ação penal. (**STJ** – Apn 626; Proc. 2008/0167019-3; DF; Corte Especial; Rel. Min. Castro Meira; Julg. 19/12/2011; DJE 06/03/2012)

3 – EM CONCLUSÃO

O Acusado, urge asseverar, jamais descumpriu ou retardou a ordem judicial em comento, o que, eventualmente, caso a denúncia seja aceita, *ad argumentandum*, será alvo de maior aproveitamento de debate na sua defesa, visto que, segundo melhor doutrina, a presente peça é inadequada para aprofundar-se no âmago do mérito da acusação.

"É por demais salutar a previsão procedimental da defesa preliminar, afinal, permite-se ao denunciado que se defenda, antes de virar réu, tentando convencer o magistrado, e levando elementos para tanto, de que a inicial acusatória merece ser

rejeitada. É exercício lídimo do contraditório e da ampla defesa ainda na fase preliminar, sem o início formal da persecução judicial. "(Távora, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 4ª Ed. Bahia: JusPODIVM, 2010. Pág. 723)

"Em verdade, a conseqüência que decorre da conjugação dos arts. 514 a 516 com o que dispõe o art. 394, § 4º, é que terá a defesa dois momentos para se manifestar no processo dos crimes funcionais afiançáveis: um antes de recebida a inicial, pertinente ao que dispõe o art. 514; e, outro, depois, relativo à manifestação de que tratam os arts. 396 e 396-A. Isto, contudo, não é qualquer novidade, pois já ocorria antes mesmo da nova redação conferida ao citado art. 394, § 4º, quando ao acusado, além da defesa preliminar, também era oportunizada a chamada defesa prévia. Assim, a diferença entre o regramento anterior à vigência da Lei 11.719/2008 e o agora existente reside primordialmente no fato de que, havendo possibilidade de absolvição sumária(art. 397) antes do início da fase instrutória, a resposta a ser oferecida pelo réu após o recebimento da peça vestibular deverá ser exaustiva(ao contrário do que se fazia antes, limitada que era a defesa prévia à alegação genérica de inocência), vale dizer, argumentar tudo que interessa à sua defesa no intuito de, assim, buscar-se o julgamento antecipado da lide penal e a consequente extinção prematura do processo criminal. (AVENA, Norberto Cláudio Pancaro. Processo Penal: Esquematizado. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pág. 754)

(sublinhamos)

Espera-se, pois, ante à ausência de dolo específico consistente em satisfazer interesse ou sentimento pessoal do Acusado, seja REJEITADA A DENÚNCIA(CPP, art. 516), quando não caracterizado o crime de prevaricação descrito na peça acusatória(atipicidade dos fatos – inépcia da denúncia – CPP, art. 395)

Respeitosamente, pede deferimento.

Cidade (PR), 00 de fevereiro de 0000.

Fulano(a) de Tal

Advogad