

03/10/2017

SEGUNDA TURMA

AÇÃO PENAL 975 ALAGOAS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Revisor):

1. O caso

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo *Deputado Federal Ronaldo Augusto Lessa dos Santos* (fls. 2.638/2.650) **contra a sentença penal condenatória proferida** – em momento *que precedeu* a diplomação do apelante como Deputado Federal – pela Justiça Federal **de primeira** instância de Alagoas.

O congressista em referência **foi condenado** pela prática do crime de *peculato* (**CP**, art. 312, “*caput*”, c/c o art. 327, § 2º e art. 71), **vindo a sofrer** a pena **privativa** de liberdade **de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses** de reclusão.

O apelante postula o **provimento** do presente recurso de apelação, para que seja **absolvido** “nos termos do art. 386, IV ou V, do Código de Processo Penal, ou, alternativamente, reduzir a pena para o mínimo legal de 02 (dois) anos” (fls. 2.650).

O eminente Procurador-Geral da República, *por sua vez*, **ao produzir** as contrarrazões (fls. 3.169/3.184), **postulou** a reparação da dosimetria da pena, **insistindo**, *contudo*, **na manutenção** do decreto condenatório em manifestação assim ementada (fls. 3.169):

“PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. CONGRESSISTA CONDENADO A 13 ANOS E 4 MESES DE PRISÃO E A 360 DIAS-MULTA PELA PRÁTICA DO DELITO DE PECULATO. CONTRARRAZÕES DE

AP 975 / AL

APELAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA. CONDIÇÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO VALORADA DUAS VEZES. 'BIS IN IDEM'. JURISPRUDÊNCIA DO STF. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA APELAÇÃO, TÃO SOMENTE PARA CORREÇÃO DO 'QUANTUM' DA CONDENAÇÃO." (grifei)

2. Inépcia da denúncia: inocorrência. Observância, pelo Ministério Público, de seu dever de formular denúncia formalmente correta, processualmente apta e juridicamente idônea

Passo a examinar, inicialmente, a questão preliminar suscitada pelo apelante, referente à inépcia da denúncia, motivada pela ausência de descrição da conduta delituosa.

Cumpre ter presente, neste ponto, que o magistério jurisprudencial de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal reconhece que ficam superadas as alegações de inépcia da denúncia e/ou de ausência de justa causa com a superveniência da sentença penal condenatória, ainda que tais alegações hajam sido deduzidas em momento anterior ao da prolação do julgado pelo magistrado sentenciante (HC 88.963/RJ, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC 116.561/GO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

"RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS'. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PRETENSÃO INAUGURADA NESTA VIA RECURSAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS.

.....

AP 975 / AL

3. A suscitada invalidade formal da denúncia perde relevo com a superveniência de sentença de mérito. Precedente.

.....
5. Recurso ordinário em 'habeas corpus' a que se nega provimento."

(RHC 120.473/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – grifei)

"Agravamento regimental em recurso ordinário em 'habeas corpus'. 2. Decisão monocrática do STJ. Não exaurimento da jurisdição e inobservância ao princípio da colegialidade. Precedentes. 3. Alegação de inépcia da denúncia. Superveniência de sentença condenatória. Prejuízo. 4. Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP, inépcia não configurada. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravamento regimental a que se nega provimento."

(RHC 122.465-AgR/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

De qualquer maneira, no entanto, ainda que superada essa questão, impende assinalar que a denúncia em causa (fls. 03/63) e o seu aditamento (fls. 939/942) não se mostram eivados do vício da inépcia, pois o Ministério Público definiu, na espécie, com precisão, a participação individual de cada um dos acusados em relação às imputações penais contra eles deduzidas, observando, desse modo, os parâmetros jurisprudenciais desta Corte em tema de persecução penal (RTJ 163/268-269 – RTJ 165/877-878, v.g.).

Sabemos todos que o Ministério Público, tendo presente a norma inscrita no art. 41 do Código de Processo Penal, não pode deixar de observar as exigências que emanam desse preceito legal, sob pena de incidir em grave desvio jurídico-constitucional quando exerce o seu dever-poder de fazer instaurar a "persecutio criminis" contra aqueles que, aleadamente, transgrediram o ordenamento penal do Estado.

AP 975 / AL

Na realidade, incide sobre o Ministério Público o gravíssimo ônus de formular denúncias que sejam formalmente corretas, processualmente aptas e juridicamente idôneas, tal como esta Suprema Corte tem advertido, apoiando-se, para tanto, em clássico magistério doutrinário (JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, “O Processo Criminal Brasileiro”, vol. II/183, item n. 305, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “O Processo Penal na Atualidade”, “in” “Processo Penal e Constituição Federal”, p. 13/20, 1993, APAMAGIS/Ed. Acadêmica, v.g.):

“(…) PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA

– O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe ao Ministério Público, notadamente no denominado ‘reato societário’, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa.

– O ordenamento positivo brasileiro – cujos fundamentos repousam, entre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do ‘due process of law’ (com todos os consectários que dele resultam) – repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes.

A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA

– A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do

AP 975 / AL

direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes.

(HC 88.875/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“– Incumbe ao Ministério Público, em processo de estrutura acusatória, regido por valores e princípios que dão fundamento ao Estado Democrático de Direito, apresentar denúncia que veicule, de modo claro e objetivo, com todos os elementos estruturais, essenciais e circunstanciais que lhe são inerentes, a descrição do fato delituoso, em ordem a viabilizar o exercício legítimo da ação penal e a ensejar, a partir da estrita observância dos pressupostos estipulados no art. 41 do CPP, a possibilidade de efetiva atuação, em favor daquele que é acusado, da cláusula constitucional da plenitude de defesa. (...).”

(RTJ 201/969, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe destacar, bem por isso, que a denúncia que contiver todos os elementos essenciais à adequada configuração típica do delito e que atender, integralmente, às exigências de ordem formal impostas pelo art. 41 do CPP não apresentará o vício nulificador da inépcia, pois permitirá ao réu a exata compreensão dos fatos expostos na peça acusatória, sem qualquer comprometimento ou limitação ao pleno exercício do direito de defesa.

O exame da denúncia em causa permite qualificá-la como processualmente apta e juridicamente idônea, tal como assinalou o eminente Relator, cujo voto, ao repelir essa arguição deduzida pelo réu, ora apelante, assim se pronunciou:

“No caso concreto, contudo, percebe-se que a acusação desincumbiu-se de seu ônus de descrever, com a minúcia necessária, os fatos imputados ao acusado. Remeto-me à transcrição da denúncia que fiz no relatório, que demonstra, no que diz respeito aos delitos ora em julgamento, estar a conduta imputada ao apelante suficientemente descrita.

AP 975 / AL

A denúncia contém com clareza a exposição dos fatos supostamente criminosos, a classificação dos crimes e a individualização da conduta do acusado, como preconizado no art. 41 do Código de Processo Penal, de forma que a ele se permitiu exercer devidamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Tanto isso é verdade que o acusado traz diversos argumentos enfrentando o mérito da imputação. Isso demonstra que não foi obstado seu direito de defesa por uma suposta má descrição dos fatos na denúncia.” (grifei)

Isso significa, portanto, que o magistrado federal de primeira instância, ao afastar a alegada inépcia da denúncia na sentença penal condenatória que proferiu (fls. 2.150/2.212), observou, com inteira correção, o entendimento jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte a propósito da higidez da peça acusatória (HC 83.266/MT, Red. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 92.246/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC 94.670/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 94.773/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 96.100/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 96.261/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 98.840/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 101.754/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 122.450/MG, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 128.031/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.):

“3. A inicial acusatória indica os elementos indiciários mínimos aptos a tornar plausível a acusação e, por consequência, suficientes para dar início à persecução penal, além de permitir ao paciente o pleno exercício do seu direito de defesa, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal.”

(HC 116.781/PE, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

Em uma palavra: a denúncia em questão e o aditamento a ela referente não se ressentem do vício da inépcia.

AP 975 / AL

3. Princípio da correlação e da congruência entre acusação e sentença: necessidade de sua observância como garantia fundamental do direito de defesa

Entendo, de outro lado, que tem plena razão o eminente Relator, quando reconhece a existência, no caso, **de nulidade absoluta** resultante da violação ao princípio da correlação ou da congruência que **necessariamente** deve haver entre a denúncia e a sentença.

Esse **específico** aspecto **foi bem ressaltado** pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, **como o evidenciam** as razões **que dão suporte** ao seu douto voto, de que extraio os seguintes fundamentos:

“Com efeito, em que pese não arguido pelas partes, compulsando os autos verifico que a sentença exorbitou os limites traçados pela exordial acusatória, impondo assim o reconhecimento de nulidade parcial da decisão.

Os vícios observados, conforme explanarei na sequência, constituem flagrante violação a preceitos constitucionais, maculando o feito com nulidade absoluta e insanável, a qual deve ser reconhecida de ofício, já neste momento processual, porquanto tem aptidão para reduzir o âmbito condenatório que será analisado na presente apelação.

Senão vejamos.

No aditamento à denúncia de fls. 939/942, o órgão ministerial narra ter o réu concorrido para desvios e irregularidades havidas nos Convênios nº 199/99, Contrato de Repasse SEDU/CAIXA CT nº 0129284-46/2001 e Convênio MMA/SRH nº 022/98, além de imputar-lhe a responsabilidade por atos praticados por subordinado JOSÉ JAILSON ROCHA (secretário de Infraestrutura nos anos de 1999 a 2003.

A sentença, contudo, em descompasso aos limites traçados pela exordial acusatória, condenou o réu pela prática de mais de 7 (sete) crimes de peculato, considerando, em sua fundamentação, a participação do réu em fatos estranhos, não

AP 975 / AL

narrados na denúncia, a saber: (i) a responsabilidade por atos praticados pelo secretário de infraestrutura FERNANDO DE SOUZA; (ii) desvios e irregularidades havidas na gestão do Convênio 003/2005 e (iii) o desvio ocorrido em 23/11/2005, quando, por meio de TED, efetuou-se a transferência irregular de valores da conta específica do Convênio 003/2005 para a conta única do Governo do Estado de Alagoas (fl. 2202-v).

O 'parquet', ao descrever a conduta de RONALDO AUGUSTO LESSA DOS SANTOS, em momento algum menciona qualquer participação do réu em atos praticados por FERNANDO DE SOUZA ou mesmo o vinculou a qualquer irregularidade relacionada ao Convênio nº 003/2005, não se admitindo, por isso, que a sentença inove, atribuindo ao réu responsabilidade por evento que não lhe foi imputado." (grifei)

É sempre importante lembrar, Senhor Presidente, considerados os princípios constitucionais que regem o processo penal condenatório em nosso sistema jurídico, que o réu não pode ser condenado por fatos cuja descrição não se contenha, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, impondo-se, por tal razão, ao Estado, em respeito à garantia da plenitude de defesa, a necessária observância do princípio da correlação entre imputação e sentença ("quod non est in libello, non est in mundo").

Na realidade, o que se mostra fundamental é que o Estado respeite, no âmbito da persecução penal, o princípio da correlação, que impõe a observância da necessária relação de congruência entre a acusação e a sentença, em ordem a evitar que o réu venha a ser injustamente surpreendido por fatos e elementos novos, inexistentes na denúncia, e cujo reconhecimento, pelo magistrado, possa afetar o "*status libertatis*" do acusado.

Essencial, portanto, que a peça acusatória, em exposição narrativa, descreva, com precisão, ainda que implicitamente, o fato e o comportamento atribuídos ao réu, bem assim as circunstâncias inerentes ao evento delituoso (RTJ 170/187, v.g.), para que o acusado não sofra

AP 975 / AL

qualquer restrição ou gravame no exercício – que há de ser pleno – do seu direito de defesa:

“(…) ‘MUTATIO LIBELLI’ – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP – SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE

– O réu não pode ser condenado por fatos cuja descrição não se contenha, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, impondo-se, por tal razão, ao Estado, em respeito à garantia da plenitude de defesa, a necessária observância do princípio da correlação entre imputação e sentença (*‘quod non est in libello, non est in mundo’*).

Cabe ao juiz – quando constatar a existência, nos autos, de prova evidenciadora de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na peça acusatória – adotar, sob pena de nulidade (RT 740/513 – RT 745/650 – RT 762/567), as providências a que se refere o art. 384 do CPP, que dispõe sobre a *‘mutatio libelli’*, ensejando, então, ao acusado, por efeito da garantia constitucional de defesa, o exercício das prerrogativas que essa norma legal lhe confere, seja na hipótese de *‘mutatio libelli’* sem aditamento (CPP, art. 384, *‘caput’*), seja no caso de *‘mutatio libelli’* com aditamento (CPP, art. 384, parágrafo único). Hipóteses inocorrentes na espécie, por se achar configurada mera situação de *‘emendatio libelli’* (CPP, art. 383). (...)”

(RTJ 201/286-288, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, daí, que ofenderá o sistema acusatório, tal como estruturado em nosso ordenamento jurídico, a decisão proferida por magistrado que pronuncie, de ofício, agravante genérica sequer referida na imputação penal, ou, então, que reconheça circunstância elementar não constante, explícita ou implicitamente da denúncia, ou, ainda, que reconheça a prática de fatos delituosos não descritos na peça de acusação, pois, em assim procedendo, o juiz incorrerá em evidente desrespeito à garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório (RT 424/320 – RT 458/301 – RT 523/525 – RT 555/377 – RT 720/509, v.g.).

AP 975 / AL

Entendo, bem por isso, na linha do douto voto do eminente Relator, que encontra inteiro suporte legitimador na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que se impõe reconhecer, na espécie, a ocorrência de ofensa ao princípio da correlação entre acusação e sentença, pois, no caso, a condenação foi baseada em fatos não descritos, ainda que implicitamente, na denúncia:

“‘Habeas corpus’. 2. Art. 28 do Código de Processo Penal. 3. O Procurador-Geral de Justiça manifestou-se pela ocorrência, em tese, dos crimes de tráfico de drogas e de falso testemunho, excluindo o crime de denúncia caluniosa. 4. Denúncia oferecida por estar incurso o paciente no art. 342, § 1º do Código Penal. 5. Absolvição em primeiro grau. 6. Condenação em segundo grau pelo crime do art. 339, ‘caput’ do Código Penal. Ausência de congruência entre a denúncia e a condenação. 7. Aplicação da Súmula 453. 8. A exclusão pelo Procurador-Geral de Justiça do delito de denúncia caluniosa equivale ao arquivamento. Incidência da Súmula 524. 9. Concessão da ordem para declarar nulo o acórdão que condenou o paciente.”

(HC 83.924/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

“Viola o princípio da correlação entre acusação e sentença a condenação por crime diverso do narrado na denúncia, não se tratando de hipótese do art. 383 do Código de Processo Penal.”

(HC 109.151/ES, Rel. Min. ROSA WEBER – grifei)

“O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.”

(HC 311.490/SC, Rel. Min. JORGE MUSSI – grifei)

AP 975 / AL

“1. O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de princípio da congruência, representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória, é dizer, o réu sempre terá a oportunidade de refutar a acusação, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa.”

(REsp 1.193.929/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZE – grifei)

Eis, no ponto, em lição plenamente aplicável à espécie, o entendimento exposto por GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 540/543, 4ª ed., 2016, Revista dos Tribunais):

“A regra da correlação entre a acusação e a sentença significa que deve haver uma identidade entre o objeto da imputação e o da sentença. Ou seja, o acusado deve ser julgado, sendo condenado ou absolvido, pelos fatos que constam da denúncia ou queixa.

O acusado não pode ser julgado por fato diverso. São nulas as sentenças ‘extra petita’ (por exemplo, acusação por estelionato e condenação por apropriação indébita) ou ‘ultra petita’ (por exemplo, denúncia por lesão corporal leve e condenação por lesão corporal grave). (...) A sentença que não guarde correlação com a acusação é absolutamente nula.

(...) Em última análise, a regra da correlação entre acusação e sentença visa a preservar o contraditório, e não apenas a ampla defesa.

Se a prova nova indicar que houve apenas alteração da qualificação jurídica, ocorre a denominada ‘emendatio libelli’, devendo o juiz aplicar o art. 383 do CPP. Já se a instrução revelar que houve mudança fática, isto é, que os fatos se passaram de forma diversa da afirmada na denúncia, será necessária a ‘mutatio libeli’, devendo ser aplicado o art. 384 do CPP.” (grifei)

AP 975 / AL

Cabe destacar que, *no caso*, a sentença condenatória, proferida pelo magistrado *de primeira* instância, inovou quanto aos fatos delituosos imputados ao ora apelante, não observando, quanto a eles (que sequer constavam, mesmo implicitamente, da denúncia), a devida correlação entre o ato sentencial e os eventos descritos na peça acusatória.

Com efeito, a análise comparativa entre a denúncia e a sentença condenatória demonstra a ocorrência, *na espécie*, de típica situação configuradora de “*mutatio libelli*”, hipótese que ensejaria a aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, eis que o réu – insista-se – não pode ser condenado por fatos cuja descrição sequer constou da denúncia, como adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Existência de prova de elemento não contido na acusação, a ensejar, em tese, a aplicação da norma contida no art. 384 do Código de Processo Penal, que cuida da ‘mutatio libelli’.”

(AP 372/SE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

“‘MUTATIO LIBELLI’ – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP – SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE.

– O réu não pode ser condenado por fatos cuja descrição não se contenha, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, impondo-se, por tal razão, ao Estado, em respeito à garantia da plenitude de defesa, a necessária observância do princípio da correlação entre imputação e sentença (‘quod non est in libello, non est in mundo’).

Cabe, ao juiz – quando constatar a existência, nos autos, de prova evidenciadora de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na peça acusatória –, adotar, sob pena de nulidade (RT 740/513 – RT 745/650 – RT 762/567), as providências a que se refere o art. 384 do CPP, que dispõe sobre a ‘*mutatio libelli*’, ensejando, então, ao acusado, por efeito da garantia constitucional de defesa, o exercício das prerrogativas que essa norma legal lhe confere, seja na hipótese de ‘*mutatio libelli*’ sem aditamento (CPP,

AP 975 / AL

art. 384, 'caput'), seja no caso de 'mutatio libelli' com aditamento (CPP, art. 384, parágrafo único)."

(HC 88.025/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"'HABEAS CORPUS'. CRIME DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. RETIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DO ARTIGO 34 DA LCP. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. A mudança de imputação, na fase das alegações finais, do crime tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro para a Contravenção Penal descrita no artigo 34 da LCP implica em 'mutatio libelli', atraindo a competência do Juizado Especial Criminal.

2. Tendo sido a instrução criminal realizada com esteio na acusação inicial, resulta em prejuízo à defesa a não aplicação do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Ordem concedida."

(HC 86.276/MG, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

"Registra-se hipótese da 'mutatio libelli' sempre que, durante a instrução criminal, restar evidenciada a prática de ilícito cujos dados elementares do tipo não foram descritos, nem sequer de modo implícito, na peça da denúncia. Em casos tais, é de se oportunizar aos acusados a impugnação também de novos dados factuais, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa."

(RHC 85.657/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

Vale destacar que igual orientação é perfilhada por RENATO BRASILEIRO DE LIMA ("Código de Processo Penal Comentado", p. 1.039/1.042, 2017, JusPODIVM):

"1. 'Mutatio libelli': ocorre quando, durante o curso da instrução processual, surge prova de elementar ou circunstância não contida na peça acusatória. Nesse caso, como há uma

AP 975 / AL

alteração da base fática da imputação, é evidente que há necessidade de aditamento da peça acusatória, com posterior oitiva da defesa e renovação da instrução processual, pelo menos para fins de realização de novo interrogatório do acusado, sob pena de se permitir que o acusado seja condenado por fato delituoso que não lhe foi imputado, o que viola, à evidência, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre acusação e sentença. (...).

.....
(...) como se depreende da redação do art. 384, 'caput', do CPP, o procedimento da 'mutatio libelli' deve ser observado sempre que surgir, no curso da instrução probatória, prova de 'elementar' ou 'circunstância' da infração penal não contida na peça acusatória. (...)." (grifei)

Essa mesma diretriz, por sua vez, tem sido acolhida por autorizado magistério doutrinário (DAMÁSIO E. DE JESUS, "Código de Processo Penal Anotado", p. 338, 27ª ed., 2015, Saraiva; FERNANDO CAPEZ e RODRIGO COLNAGO, "Código de Processo Penal Comentado", p. 380/381, 2015, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "Curso de Processo Penal", p. 1.046/1.064, item n. 3, 8ª ed., 2014, Gazeta Jurídica; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código de Processo Penal Comentado", p. 906/907, 16ª ed., 2017, Forense, v.g.).

Somente não se justificaria qualquer alegação de surpresa ou de comprometimento para a defesa do réu, nem se tornaria aplicável a regra inscrita no art. 384 do CPP, se a nova definição jurídica do fato delituoso encontrasse apoio em elementos contidos, explícita ou implicitamente, na própria peça acusatória, como adverte o magistério jurisprudencial desta Corte Suprema (RTJ 113/153 – RTJ 147/248 – RT 608/445, v.g.).

Tal situação, porém, como se constata do exame dos autos e, sobretudo, do voto do eminente Relator, não se registrou no caso, pois, como anteriormente assinalado, a sentença penal condenatória, em clara transgressão ao art. 384 do CPP, inovou, para atribuir ao réu, ora apelante,

AP 975 / AL

responsabilidade “por evento que não lhe foi imputado”, **como destacou**, em seu douto voto, o eminente Relator.

4. As acusações penais não se presumem provadas, cabendo inteiramente ao Ministério Público o ônus de demonstrar a culpabilidade do réu

Quanto ao mérito da controvérsia ora em exame, **acompanho** o eminente Ministro Relator, para, em razão da insuficiência do conjunto probatório, proferir juízo de absolvição penal do acusado, **fazendo-o** com fundamento no art. 386, **inciso V**, do CPP.

Tal como advertiu o eminente Relator, a falta de suporte probatório idôneo na presente causa **impede que se formule**, legitimamente, na espécie, qualquer juízo penal condenatório.

O exame destes autos **revela** que o Ministério Público **não se desincumbiu do ônus de comprovar**, de modo pleno, os elementos **pertinentes** à acusação penal.

As acusações penais, como se sabe, não se presumem provadas, eis que o ônus da prova concernente aos elementos constitutivos do pedido (autoria e materialidade do fato delituoso) incumbe, exclusivamente, a quem acusa.

Daí o magistério jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** no tema:

“(…) AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer

AP 975 / AL

dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.

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 devolver-se, 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, reconhecera 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 88.875/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O fato indiscutível e relevante, Senhor Presidente, é que a insuficiência da prova penal existente nos autos não pode legitimar a formulação, no caso, de um juízo de certeza que autorize a condenação do réu.

Com efeito, tenho para mim que os elementos produzidos neste processo evidenciam, de maneira bastante clara, a ausência de dados que, se existentes, permitiriam identificar, com segurança, a autoria, por parte do apelante, do crime tipificado no art. 312 do Código Penal.

Como se vê, Senhores Ministros, assume inquestionável relevo, no caso ora em julgamento, a ausência conspícua de dados probatórios evidenciadores da prática delituosa pelo acusado.

AP 975 / AL

Impende destacar, por oportuno, que em nosso sistema jurídico, como ninguém o desconhece, a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais que consagram o Estado Democrático de Direito.

É preciso lembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.

Cumprir ter presente, bem por isso, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por RUI BARBOSA (“Novos Discursos e Conferências”, p. 75, 1933, Saraiva) no sentido de que, “Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)” (grifei).

Não podemos desconhecer, no ponto, que o processo penal, por representar uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se “beyond all reasonable doubt” (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiclem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

AP 975 / AL

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, *sob a égide da garantia constitucional do contraditório*, **pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar** a prolação de um decreto condenatório (**HC 73.338/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Essa é a razão pela qual o art. 155, “caput”, do Código de Processo Penal, **na redação** que lhe deu a Lei nº 11.690/2008, **dispõe**, *a propósito do tema ora em exame*, **que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”** (grifei).

Disso decorre que os **subsídios** ministrados pelas **investigações policiais**, *que são sempre unilaterais e inquisitivas* – **embora suficientes** ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, **não bastam**, *enquanto isoladamente considerados*, **para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal.**

Na realidade, Senhores Ministros, **o resultado do inquérito policial traduz, como efeito da atividade unilateral desenvolvida pelo Poder Público, um acervo informativo** meramente destinado a habilitar o órgão da acusação penal, *que é o Ministério Público*, a instaurar a “*persecutio criminis in judicio*” (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, “**Processo Penal – O Direito de Defesa**”, p. 43/45, item n. 12, 1986, Forense; VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, “**Direito Judiciário Penal**”, p. 115, 1952, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “**Elementos de Direito Processual Penal**”, vol. I/153, 1961, Forense, v.g.).

A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária (“*informatio delicti*”), *de um lado*, **e o caráter inquisitivo** que assinala a atuação da autoridade policial, *de outro*, **não autorizam**, sob

AP 975 / AL

pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte venha a ser a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito respectivo.

Por isso mesmo, a orientação jurisprudencial dos Tribunais (RT 422/299 – RT 426/395 – RT 448/334 – RT 479/358 – RT 547/355) firmou-se no sentido de que:

“A prova colhida no inquérito não serve, sabidamente, para dar respaldo a um decreto condenatório, à falta de garantia do contraditório penal.”

(RT 512/355 – grifei)

“É nula a decisão proferida em processo que correu em branco, sem que nenhuma prova fosse produzida em Juízo.”

(RT 520/484 – grifei)

Outro não é o magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Tratado de Direito Processual Penal”, vol. I, 1980, Saraiva), para quem “não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente” (p. 194 – grifei). Afinal, salienta o saudoso Mestre paulista, “se a Constituição solenemente assegura aos acusados ampla defesa, importa violar essa garantia valer-se o Juiz de provas colhidas em procedimento em que o réu não podia usar do direito de defender-se com os meios e recursos inerentes a esse direito” (p. 104 – grifei).

Vale referir, no ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a lição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (“Código de Processo Penal Comentado”, vol. I/655, item n. VI, 5ª ed., 1999, Saraiva):

“(…) Para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e

AP 975 / AL

da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. (...)." (grifei)

Esse entendimento – é sempre importante lembrar – tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, vol. IV/126-127, item n. 765, 3ª ed., 1955, Borsoi; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 1.004, item n. 386.3, 11ª ed., 2003, Atlas; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 679, item n. 48, 5ª ed., 2006, RT, v.g.).

O exame dos elementos constantes destes autos evidencia que o Ministério Público deixou de produzir prova penal que corroborasse, em juízo, o conteúdo das imputações penais deduzidas contra o apelante, não sendo capaz de cumprir, por isso mesmo, a norma inscrita no art. 156, *caput*, do CPP, que atribui ao órgão estatal da acusação penal o encargo de provar, para além de qualquer dúvida razoável, a autoria do fato delituoso.

Nunca é demasiado reafirmar que o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado (ADPF 144/DF

AP 975 / AL

Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“(…) A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

A prerrogativa jurídica da liberdade que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam** por **consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem.**

Mesmo que se trate de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** por efeito de **insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) **presumir-lhe a culpabilidade.**

Ninguém, absolutamente ninguém, **pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado.**

O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, **consagra uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.**”

(HC 95.290/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia insistir na asserção de que **nenhuma acusação penal presume-se provada.** **Tal afirmação**, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, **apenas acentua a inteira sujeição** do Ministério Público **ao ônus material de provar** a imputação penal **consubstanciada** na denúncia.

AP 975 / AL

Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio do estado de inocência das pessoas **sujeitas** a procedimentos persecutórios (DALMO DE ABREU DALLARI, "O Renascer do Direito", p. 94/103, 1976, Bushatsky; WEBER MARTINS BATISTA, "Liberdade Provisória", p. 34, 1981, Forense, v.g.).

Esse postulado cujo domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova impede que se atribuem à denúncia penal consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação definitiva. Esse princípio tutelar da liberdade individual repudia presunções contrárias ao imputado, que não deverá sofrer punições antecipadas nem ser reduzido, em sua pessoal dimensão jurídica, ao "status poenalis" de condenado. De outro lado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

É preciso lembrar, Senhores Ministros, que não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Antes, cabe ao Ministério Público demonstrar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Hoje já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra hedionda que, em dado momento histórico de nosso processo político, criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autocráticos, a obrigação de ele, acusado, provar a sua própria inocência!!!

Refiro-me ao art. 20, inciso V, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937 editado sob a égide do nefando Estado Novo de VARGAS, que veiculava, no que se refere aos delitos submetidos a julgamento pelo tristemente célebre Tribunal de Segurança Nacional, e em ponto que guarda inteira pertinência com estas observações, uma fórmula jurídica de despotismo explícito: "Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)" (grifei).

AP 975 / AL

O fato indiscutivelmente relevante no domínio processual penal, Senhores Ministros, **é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se**, para que se qualifique como ato **revestido** de validade ético-jurídica, **em elementos de certeza**, os quais, **ao dissiparem** ambiguidades, **ao esclarecerem** situações equívocas **e ao desfazerem** dados eivados de obscuridade, **revelem-se capazes** de informar e de subsidiar, **com objetividade**, o órgão judiciário competente, **afastando**, desse modo, **dúvidas razoáveis, sérias e fundadas**, cuja ocorrência **só pode conduzir a um decreto de absolvição penal**.

Não se pode, considerada a presunção constitucional de inocência dos réus, atribuir relevo e eficácia **a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório**.

Não custa enfatizar que, no sistema jurídico brasileiro, **não existe** qualquer possibilidade de o Poder Judiciário, **por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer**, em sede penal, **a culpa** de alguém.

Revela-se importante advertir, bem por isso, Senhores Ministros, **na linha** do magistério jurisprudencial desta Corte e dos Tribunais em geral **e em respeito** aos princípios estruturantes do regime democrático, que, **“Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal” (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei)**.

Com efeito, Senhor Presidente, **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**

AP 975 / AL

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**.

Meras conjecturas sequer podem conferir suporte material **a qualquer** acusação estatal. É que, **sem** base probatória consistente, **dados conjecturais não** se revestem, **em sede penal**, de idoneidade jurídica, **quer** para efeito de formulação de imputação penal, **quer, com maior razão, para fins** de prolação de juízo condenatório.

Isso significa que a ausência ou a insuficiência de elementos probatórios **desautoriza** a prolação *de qualquer* juízo condenatório, **eis que, em descumprindo** o Ministério Público **o ônus de comprovar a autoria e a materialidade do delito, bem assim** a existência do **necessário** nexos causal, **incidirá, sempre, a fórmula de salvaguarda** da liberdade do acusado **consubstanciada** no princípio "*in dubio pro reo*", **como adverte** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*"**Ação Penal. Deputado Federal. Falsificação de documento particular. Falsidade ideológica. Estelionato. Absolvição.***

.....
2. **Na ausência de prova inequívoca** de que o acusado emitiu ordens para o subordinado inserir informações falsas ou de que praticou ele mesmo as condutas descritas no tipo penal para falsificação ideológica dos documentos, é afastada a autoria.

.....
4. **Pretensão acusatória julgada improcedente.**"

(AP 421/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

*"**Ação Penal. Senador da República. Artigo 20 da Lei nº 7.492/86. Absolvição.***

1. O delito do art. 20 da Lei nº 7.492/86 consuma-se no momento da aplicação do recurso em finalidade diversa da prevista no contrato.

AP 975 / AL

2. À falta de prova suficiente de que o réu concorreu para o crime, *impõe-se a absolvição* na forma do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

3. *Pretensão acusatória julgada improcedente.*"

(AP 554/RO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

"PROCESSUAL PENAL. DEPUTADO FEDERAL. ESTELIONATO. QUESTÃO INERENTE À ESFERA PRIVADA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS.

I – Denúncia pela suposta prática do crime de estelionato (art. 171, 'caput', do Código Penal).

II – Obtenção de vantagem ilícita mediante alegada simulação de contrato de natureza civil.

.....
V – Ausentes elementos de prova aptos a propiciar condenação.

VI – Absolvição por deficiência de provas, com base no art. 386, V, do CPP."

(AP 612/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

"AÇÃO PENAL. CRIME DE DANO QUALIFICADO. INVASÃO DE INSTALAÇÕES DE AUTARQUIA DA UNIÃO. PRELIMINAR REJEITADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO. ABSOLVIÇÃO.

.....
2. Ainda que comprovada a materialidade do dano, a ausência de prova suficiente da autoria ou participação conduz à absolvição do réu por força do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Precedente."

(AP 619/BA, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

"Ação penal. Ex-secretário de estado. Deputado Federal. Peculato (art. 312 do CP). Desvio de colchões doados pelo

AP 975 / AL

governo federal para auxílio a vítimas de enchentes. Entrega e desvio dos bens para uso em evento da agremiação política a que o réu se encontra filiado. Alegada determinação do acusado para a cessão do material. Prova precária de envolvimento do réu no ilícito. Incidência do 'in dubio pro reo' e do favor rei. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

.....
2. Diante da fragilidade da prova de efetivo envolvimento do acusado no crime em questão, é o caso de incidência dos brocardos in dubio pro reo e favor rei somente restando proclamar a improcedência da pretensão ministerial.

3. Ação penal julgada improcedente."

(AP 678/MA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

5. O sistema constitucional brasileiro repele, por incompatível com a essência do Estado democrático de Direito, a responsabilidade penal objetiva

A ilustre Procuradora da República que formalizou o aditamento à denúncia assim deduziu as imputações penais contra o então Governador do Estado de Alagoas, Ronaldo Lessa:

"(...) A responsabilidade penal dos ex-governadores, de acordo com o Relatório do Inquérito Policial nº 0051/2009-4-SR/DPF/AL, traduz-se no fato de que ambos ocupavam a Chefia do Executivo Estadual – ordenadores de todas as despesas, em última instância, portanto – quando foram signados e executados os cinco instrumentos de repasse de recursos federais para a execução da obra da Macro drenagem do Tabuleiro dos Martins, conforme descrito na peça exordial.

.....
B) RONALDO AUGUSTO LESSA SANTOS

.....
Da mesma forma, seja quanto às Análise das Exigências para Celebração de Termo Aditivo Com Recursos e Prorrogação de Prazo

AP 975 / AL

elaborada pelo Ministério da Integração Nacional (fls. 209 e 364 do Anexo 12), seja quanto aos próprios Instrumentos Aditivos ao Convênio nº 199/99 (fls. 217/219 e 371/372 do Anexo 12), o denunciado RONALDO LESSA surge, expressamente, como responsável pela gestão dos recursos do referido Convênio, bem como signatário dos aludidos termos aditivos.

.....
Alvitre-se, ainda, que a reflexão realizada em relação a condição do denunciado MANOEL merece se repetir aqui: o Chefe do Executivo Estadual, além de gestor principal da estrutura administrativa e ordenador das despesas estaduais, tem, como principal dever de ofício, o respeito à moralidade administrativa e eficiência na gestão dos negócios públicos (...). Ainda que a Administração Pública direta se consubstancie em diversos cargos e funções públicas, é dever do Governador se manter diligente e atento quanto aos atos praticados por seus subordinados, especialmente quando deles possam advir efeitos deletérios em desfavor da coisa pública.

De tal reflexão, duas conclusões fundamentais para o deslinde da presente demanda preponderam. A primeira delas diz respeito ao fato de ter ignorado, o denunciado RONALDO LESSA, a dispensa ilegal de licitação realizada a guisa de subcontratação sob a égide do mandato de seu antecessor. A constatação do ardil fraudulento demandaria, tão-somente, uma cotejo perfunctório da documentação pertinente ao Instrumento de Contrato firmado entre Cipesa e Gautama com a documentação relativa ao Contrato nº 01197. (...) Não obstante todo este quadro fático-jurídico, o denunciado RONALDO LESSA não se furtou em celebrar os dois instrumentos de repasse acima citados que destinaram, à empresa CIPESA, mais de sete milhões de reais em recursos públicos federais.

A segunda conclusão diz respeito à responsabilidade penal do denunciado RONALDO LESSA pelas condutas praticadas por seu subordinado direto, o seu Secretário o de Infra-Estrutura e ora réu, JOSÉ JAILSON ROCHA, também signatário do Convênio nº 199/99 (fls. 146/157 do Anexo 12) e do

AP 975 / AL

*Contrato de Repasse SEDU/CAIXA CT nº 0129284-46/2001 (fls. 29/35 do Anexo 17), **que fora o ordenador imediato de todos os pagamentos** destinados à empresa Cipesa, no âmbito dos dois instrumentos de repasse acima citados, até o distrato do negócio jurídico fraudulento de 'subcontratação'. Basta ver, quanto aos pagamentos ordenados no âmbito do Convênio nº 199/99, que consta a assinatura denunciado JOSÉ JAILSON, em todos as ordens de pagamento e nos próprios cheques destinados, ilicitamente, à empresa CIPESA (v. fls. 1.244/1.258 do Anexo 14).*

.....
***Assim**, em face das condutas delitivas acima delineadas, o denunciado RONALDO LESSA **deve responder** nas penas do art. 312, 'caput', segunda parte do Código Penal (peculato-desvio (...)."* (grifei)

***As alegações** que venho de transcrever, produzidas pelo Ministério Público Federal, **não bastam para satisfazer o ônus** que incumbe ao "Parquet", **como advertiu o eminente Relator, pois a mera invocação** da condição de Chefe do Poder Executivo estadual, **sem a correspondente e objetiva descrição de determinado** comportamento típico **que o vincule**, concreta e subjetivamente, à prática criminosa, **não constitui** fator suficiente **apto a legitimar** a formulação de acusação estatal **ou**, o que é mais grave, **a autorizar** a prolação de decreto judicial condenatório.*

***A circunstância objetiva** de alguém 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** condenação criminal.*

*É que se tal fosse possível – e não o é! –, estar-se-ia a consagrar **uma inaceitável hipótese de responsabilidade penal objetiva**, com todas as **gravíssimas** consequências que daí podem resultar, **consoante adverte, em precisa abordagem do tema, o ilustre Advogado paulista (e antigo** membro do Ministério Público de São Paulo) Dr. RONALDO AUGUSTO*

AP 975 / AL

BRETAS MARZAGÃO (“Denúncias Genéricas em Crime de Sonegação Fiscal”, “in” Justiça e Democracia, vol. 1/207-211, 210-211, 1996, RT):

“Permitir a presunção de responsabilidade penal de alguém simplesmente porque faz parte de pessoa jurídica é punir por responsabilidade objetiva e inviabilizar a ampla defesa. É elevar à categoria de crime o fato de alguém ser diretor de empresa.” (grifei)

Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (*nullum crimen sine culpa*), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do “*versari in re illicita*”, banida do domínio do direito penal da culpa.

Não foi por outro motivo que o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Relator da AP 527/PR, da qual fui Revisor, ao apreciar o tema relativo à responsabilidade penal objetiva, assim se pronunciou:

“(…) o fato de aparecer o denunciado, então prefeito municipal, como responsável pelo pagamento de ínfima parcela contratualmente ajustada não tem o condão de transformá-lo em agente do ilícito. Na minha concepção (...), não identifico, nos autos, indício de prova fora da responsabilidade penal objetiva, ou seja, indício concreto de que o denunciado tenha participado de qualquer ato que ensejasse sua intervenção corretiva para impedir a prática do delito (art. 13, § 2º, do Código Penal) (...).

O fato é que o exercício do cargo de prefeito municipal apresenta riscos próprios, sem dúvida (...). O risco, por si só (...), não é suficiente para a sua responsabilização penal, que seria, portanto, objetiva, o que é rechaçado por nosso ordenamento jurídico.” (grifei)

AP 975 / AL

Esse entendimento – que tem sido prestigiado por diversos e eminentes autores (DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 40, 11ª ed., 1994, Saraiva; LUIZ VICENTE CERNICHIARO/PAULO JOSÉ DA COSTA JR., “Direito Penal na Constituição”, p. 83/84, item n. 8, 1991, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 212/214, 1993, Saraiva; JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, “Processo Penal, Ação e Jurisdição”, p. 114, 1975, RT, v.g.) – repudia as acusações genéricas, repele as sentenças indeterminadas e adverte, especialmente no contexto dos delitos societários, que “Mera presunção de culpa, decorrente unicamente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, não pode alicerçar uma denúncia criminal”, pois “A submissão de um cidadão aos rigores de um processo penal exige um mínimo de prova de que tenha praticado o ato ilícito, ou concorrido para a sua prática. Se isto não existir, haverá o que se denomina o abuso do poder de denúncia” (MANOEL PEDRO PIMENTEL, “Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional”, p. 174, 1987, RT – grifei).

Cumpr ter presente, neste ponto, a advertência constante do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, que enfatiza a indispensabilidade de o Ministério Público, ao deduzir a imputação penal, identificar, na peça acusatória, com absoluta precisão, não só a participação individual do agente, mas, também, a descrição do nexo de causalidade que o vincula, objetiva e subjetivamente, ao evento delituoso, em ordem a que se evidencie, ainda que na perspectiva do órgão estatal incumbido da persecutio criminis, que o imputado teria praticado ou teria concorrido para o cometimento do crime.

6. A questão do domínio do fato e a necessidade de sua conformação aos postulados estruturantes do direito penal da culpa

O Ministério Público Federal, na peça **consubstanciadora** do aditamento à denúncia, **buscou justificar** a responsabilidade penal do

AP 975 / AL

réu, **então** Chefe do Poder Executivo estadual, apoiando-se, para tanto, na teoria do domínio do fato:

"c) Da aplicabilidade da Teoria do Domínio do Fato ao caso concreto

Outrossim, a fim de se evitarem tautologias, considere-se colacionada aqui toda a fundamentação exposta na peça exordial referente à aplicabilidade, no caso, da teoria do domínio do fato, o que torna clarividente – de forma cabal – o papel de liderança desempenhada pelos denunciados MANOEL e RONALDO na trama delitiva." (grifei)

Não se desconhece que a teoria do domínio do fato vem sendo admitida, pela doutrina penal brasileira, já há algum tempo (NILO BATISTA, "Concurso de Agentes", 1979, Liber Juris; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas", 1999, Saraiva, v.g.), sendo certo, ainda, que a própria jurisprudência dos Tribunais – a desta Suprema Corte, inclusive – **não tem sido indiferente** a essa construção teórica, mas, ao contrário, **dela vem-se utilizando em diversos julgados, considerando-a** sob várias perspectivas: (a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais).

Trata-se, portanto, de formulação doutrinária – como resulta do magistério de autores eminentes (LUIZ REGIS PRADO, "Curso de Direito Penal Brasileiro", vol. 1/475-476, item n. 2, 6ª ed., 2006, RT; NORMA BONACCORSO, "Autoria Mediata e Criminalidade Organizada"; KAI AMBOS, "Domínio do Fato pelo Domínio da Vontade em Virtude de Aparatos Organizados de Poder", Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 10, n. 37/41-72, jan/mar 2002, RT; LEONARDO MASSUD, "O domínio do fato e as provas", Carta Capital, 26/09/2012, p. 32/33; RÓGER AUGUSTO FRAGATA TOJEIRO MORCELLI, "Teoria do Domínio do Fato", v.g.) – compatível com a

AP 975 / AL

organização política de Estados, como o Brasil, **revestidos de perfil democrático** e cuja aplicabilidade **não supõe**, necessariamente, a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, **para lembrar**, quanto a esse aspecto, **observação** feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, **cabendo enfatizar**, ainda, **por necessário**, que essa concepção doutrinária **não se coloca** em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade **nem elide**, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, **inerente** ao nosso modelo constitucional.

Nessa perspectiva, Senhores Ministros, **a teoria do domínio do fato** – plenamente compatível com situações de normalidade institucional (**não constitui** teoria “*ad hoc*” **nem** de exceção) – **não ofende** o ordenamento brasileiro, **eis que** se revela consentânea com a disciplina que o nosso Código Penal **estabeleceu em tema de concurso de pessoas**.

Nem se diga, de outro lado, **que a mera e genérica invocação** da teoria do domínio do fato, **tal como aperfeiçoada** por CLAUS ROXIN (“*Autoria y Dominio del Hecho*”, 7ª ed., p. 149, 2000, Marcial Pons), **poderia conferir**, só por si, **como postulou** o Ministério Público Federal **em seu aditamento** à denúncia (fls. 941v.), **suporte legitimador** tanto da ação persecutória por ele promovida quanto de eventual condenação penal **contra** o réu em questão, **pois**, ainda que se pudesse considerá-la aplicável ao caso (**o que se alega** por mero favor dialético), **mesmo assim impor-se-ia a efetiva demonstração** da autoria **e** do nexa causal entre conduta e resultado, **como enfatizei** em voto proferido **na AP 470/MG** (“*Mensalão*”), onde esse tema foi amplamente debatido.

A teoria do domínio do fato, Senhor Presidente, **não obstante** discutida **no âmbito do concurso de pessoas**, **por configurar importante critério definidor da autoria** do fato delituoso, **não pode prescindir**, em sua aplicação, **das premissas** que informam o Direito Penal da culpabilidade, **como adverte a jurisprudência** dos Tribunais brasileiros (**JTACrSP** LEX 92/49 – **JTACrSP** LEX 95/110 – **RJTJSP** 37/288 – **RJTJSP** 103/429 – **RT** 375/340 – **RT** 514/302 – **RT** 722/436 – **Boletim IBCCrim** 29/999, *v.g.*).

AP 975 / AL

Cabe insistir, portanto, que a invocação, por si só, da teoria do domínio do fato não basta para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, lícitamente, para além de qualquer dúvida razoável, os elementos constitutivos da acusação (autoria e/ou participação, materialidade e existência de nexo causal), de um lado, e a culpabilidade do réu, de outro, pois, como precedentemente tive o ensejo de afirmar, o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de imputação penal contra ela deduzida, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“(…) A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

.....
Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 95.290/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

7. Conclusão

Em suma: verifico, tal como assinalado no douto voto proferido pelo eminente Relator, não se achar provado que o réu, ora recorrente, tenha concorrido para a infração penal que lhe foi imputada. Disso resulta,

AP 975 / AL

segundo penso, a constatação de que se tornava realmente inadmissível imputar o evento delituoso ao ora apelante, considerada a plena ausência, na espécie, do necessário nexo de causalidade material que pudesse vincular o resultado ocorrido a uma particular conduta individual do então Governador do Estado de Alagoas, Ronaldo Augusto Lessa dos Santos, hoje membro do Congresso Nacional.

Com efeito, a análise dos elementos de informação contidos neste processo leva-me a reconhecer a inexistência de prova convincente e necessária que permita a formação de um juízo seguro de culpabilidade em relação ao recorrente, no que concerne ao crime que lhe foi imputado.

Sendo assim, consideradas as razões expostas, e concordando com o eminente Relator, acompanho, integralmente, o douto voto que vem de proferir.

É o meu voto.