



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

LMA Nº 1097/2017

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82377/MA (2017/0064335-4)

RECORRENTE : RICARDO GAMA PESTANA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

RELATOR : EXM. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS – QUINTA TURMA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PREVARICAÇÃO E CRIME FUNCIONAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, § 4º, II, DA LEI Nº 12.850/13, ART. 319 DO CP E ART. 3º, III, DA LEI Nº 8.137/90). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONALÍSSIMA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA POR ATIPICIDADE DOS FATOS. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA AO ART. 41 DO CPP. DESCRIÇÃO INDIVIDUALIZADA DA CONDUTA. NARRATIVA QUE REVELA ADEQUAÇÃO TÍPICA E FACULTA O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER ÔBICE PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. O RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DO FATO, NECESSARIAMENTE, DEMANDA ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO, O QUE É VEDADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. HAVENDO INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE, DEVE O MINISTÉRIO PÚBLICO OFERECER DENÚNCIA, ANTE O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. QUESTÕES SUSCITADAS PARA EXCLUIR A RESPONSABILIDADE DO PACIENTE RECEBERÃO A DEVIDA E PORMENORIZADA ANÁLISE DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

EGRÉGIA TURMA,

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **RICARDO GAMA PESTANA**, denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 2º, § 4º, II, da Lei nº 12.850/13, art. 319 do CP e art. 3º, III, da Lei nº 8137/90, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que denegou a ordem em *writ* lá

impetrado, determinando o prosseguimento da ação penal contra ele instaurada (fls. 428/447). Eis a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PREVARICAÇÃO E CRIME FUNCIONAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO JUÍZO A QUC (ART. 396 DO CPP). INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. NÃO CONSTATAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX DA CRFB/1988. NÃO OCORRENCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PARECER OPINATIVO. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. MATÉRIAS DE MÉRITO. PENDÊNCIA DE ANÁLISE PELO JUÍZO DE BASE. TRIBUNAL AD QUEM. LIMITES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS PARA O RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. CONFIRMAÇÃO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. PRESENÇA. CRIMES COMPLEXOS. PONDERAÇÃO NECESSÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA VIA DO MANDAMUS. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA NO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

I. Se a denúncia formalizada pelo Ministério Público Estadual expõe os fatos que envolvem cada um dos 10 (dez) denunciados, com a apresentação das circunstâncias a eles pertinentes, a qualificação individualizada dos agentes, a classificação penal e o rol de testemunhas com que se pretende instruir o feito - atendendo os requisitos do art. 41 do CPP, e ausente hipótese de rejeição elencada no art. 395 do mesmo diploma - não, há falar em inépcia da peça acusatória.

II. Tratando-se o ato judicial referido no art. 396 do CPP de decisão interlocutória, emitida ainda na fase embrionária do procedimento da ação penal - quando sequer iniciada a instrução criminal -, despicienda a fundamentação exaustiva, mormente porque anterior à apresentação das teses oportunizadas à defesa, na resposta à acusação, evitando-se, com isso, o pré-julgamento da causa no juízo de base.

III. Ainda que sucinta, atende a determinação do art. 93, IX da CRFB/1988 a decisão da autoridade impetrada que, expressamente, motiva o recebimento da denúncia formalizada pelo órgão ministerial, limitando-se a determinar a citação de todos os dez acusados.

IV. Encontrando-se o feito, na origem, em sede de oferta de resposta à acusação, porquanto não apresentadas e analisadas pelo juízo *a quo* as questões meritórias atinentes à atipicidade da conduta do paciente e à alegada prescrição virtual, de rigor ao Tribunal *ad quem* prudência na apreciação das matérias deduzidas na impetração, evitando-se com isso a supressão de instância.

V. O trancamento de ação penal, em sede de *habeas corpus*, constitui medida excepcional, que se mostra possível tão somente quando verificada, de forma inequívoca, a ausência de substrato probatório hígido sobre a autoria e a materialidade do crime, ou a configuração, de plano, da atipicidade da conduta e de causa extintiva da punibilidade, não sendo a hipótese versada nestes autos.

VI. Ordem denegada." (fls. 428/429)

No presente recurso em *habeas corpus* (fls. 469/490), a defesa alega, em síntese, que deve ser determinado o trancamento da ação penal instaurada contra o recorrente, tendo em vista a inépcia da denúncia por ausência de justa causa para a persecução penal, uma vez que a emissão de parecer opinativo e não vinculante não geraria responsabilidade penal, portanto a conduta descrita seria atípica.

Argumenta para tanto que o suposto ilícito teria sido tão somente a elaboração do Parecer Técnico nº 1216/2013-PGE no bojo do Processo Administrativo nº 156547/2013, o que teria se dado com absoluta transparência e encaminhamento para ciência do Ministério Público estadual por mais de uma oportunidade, sendo inconcebível qualquer tentativa de penalização do parecerista pelo cumprimento de seu dever de ofício.

Por fim, alega que a decisão que recebeu a denúncia não apresentou fundamentação suficiente para tanto, limitando-se a transcrever trechos da exordial acusatória, que sequer individualizou a conduta tida por ilícita.

Requer, assim, o provimento do recurso para o trancamento da ação penal nº 19880-63.2016.8.10.0001 por ausência de justa causa, em face da atipicidade dos fatos que são atribuídos ao ora recorrente.

É o relatório.

O presente recurso não comporta provimento.

RICARDO GAMA PESTANA, ora recorrente, foi denunciado pela suposta prática de crime previsto no art. 2º, § 4, II, da Lei nº 12.850/2013, art. 319 do Código Penal e art. 31, III, da Lei Nº 8.137/90, por ter, enquanto ocupava o cargo de Procurador Adjunto do Estado do Maranhão, elaborado o Parecer Técnico nº 1216/2013-PGE no bojo do Processo Administrativo nº 156547/2013, que, manifestamente ilegal, ocasionou significativo prejuízo ao erário.

Os fatos narrados dão conta de que, sem previsão legal que as autorizasse, portanto, tão somente a partir dos pareceres emitidos pelo ora recorrente RICARDO GAMA PESTANA, em conjunto com os então representantes da Procuradoria do Estado e também corréus MARCOS ALESSANDRO COUTINHO PASSOS LOBO e HELENA MARIA CAVALCANTI, e assinados pela então Governadora do Estado do Maranhão, ROSEANA SARNEY MURAD, a Secretária da Fazenda passou a realizar acordos judiciais para pagamento de dívidas sem a existência de leis específicas, em manifesta ofensa ao art. 170 do CTN e ao art. 100 da CF/88, além de divergir do entendimento até então adotado pela Procuradoria-Geral do Estado do Maranhão.

Segundo o apurado, a organização criminosa atuava revestida de falsa legalidade, baseada em acordos judiciais que reconheciam a possibilidade da compensação de débitos tributários com créditos não tributários, além de aproveitar-se de falhas no sistema de tecnologia da informação para mascarar as compensações realizadas muito acima dos valores homologados judicialmente. Utilizando-se destes e de outros artifícios, entre o

LMA/DMC – RHC Nº 82377/MA (2017/0064335-4)

período de 14/04/2009 e 31/12/2014, foram efetivadas 1.913 (mil novecentas e treze) compensações tributárias que representaram prejuízo ao erário do Estado do Maranhão de aproximadamente R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Inicialmente, cumpre ressaltar que o trancamento de persecução penal em sede de recurso em *habeas corpus* é medida excepcionalíssima. Na atual sistemática legal e jurisprudencial, ao se sustentar a ausência de justa causa, impõe-se a demonstração clara e evidente da inexistência de dolo e da atipicidade, sendo este o posicionamento dessa Corte Superior:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PELA AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. EVENTUAL DÚVIDA ACERCA DA OCORRÊNCIA DO DELITO DEVE SER DIRIMIDA PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. No caso, a peça acusatória atende satisfatoriamente aos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo com precisão os fatos e apontando indícios suficientes de autoria, de forma a permitir a adequação típica da conduta, bem como propiciar o amplo exercício do direito de defesa, sem que se possa cogitar de inépcia.

2. O trancamento de ação penal é medida excepcionalíssima, que somente pode ser admitida quando ficar demonstrado, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

3. Para a análise dos argumentos atinentes à conduta descrita na denúncia, seria indispensável profunda imersão nos elementos fático-probatórios dos autos, confundindo-se a postulação com a própria matéria de mérito da ação penal, inexecuível na via estreita e exígua do *habeas corpus*, devendo ser mantido o entendimento firmado no Tribunal de origem.

4. Recurso improvido.”

(RHC 23.347/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012)

Consoante lição de **JÚLIO FABRINI MIRABETE**,

“somente se justifica a concessão de habeas corpus por falta de justa

causa para persecução penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento da imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. (...) Não se pode, todavia, pela via estreita do mandamus, trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir exame aprofundado e valorativo da prova dos autos" (Código de Processo Penal interpretado. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1705).

Como se observa, já se firmou o entendimento de que o trancamento por falta de justa causa somente se justifica quando há nítida ilegalidade, ou seja, quando pelo simples exame da exposição dos fatos narrados na instauração fique evidente que há a descrição de fato atípico ou ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a imputação ou, ainda, quando existam elementos inequívocos de que o agente atuou sob uma causa excludente da ilicitude ou, ainda, que exista causa extintiva de punibilidade, o que não ocorre *in casu*.

Pela mera leitura dos autos, não há como ignorar, neste momento, a necessidade de investigação sobre a existência de indícios de autoria e materialidade do suposto delito imputado ao recorrente, não havendo como acolher as teses arguidas, isto porque inexistem elementos imediatos que comprovem a ausência de crime e de sua participação nas condutas narradas, razão pela qual as alegações são matérias que, definitivamente, ensejam aprofundado exame do acervo probatório, não admitido nos estritos limites de cognição da via eleita.

Como sabido, a denúncia é uma peça técnica que deve ser simples e objetiva, atribuindo a alguém a responsabilidade por um fato. Deve conter "*a exposição do fato criminoso, com todas*

as suas circunstâncias”, ou seja, adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do CPP).

Toda denúncia é uma proposta de demonstração da prática de fato típico e antijurídico imputado à determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e contradita e, como orienta a jurisprudência, apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, logo de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou ainda não houver, pelo menos, indícios de sua participação no evento delituoso.

Outras provas a respeito dos fatos descritos na denúncia somente poderão ser produzidas e contraditadas na fase probatória, devendo ser assegurado ao *Parquet* a oportunidade de complementar os elementos veementes de prova que embasam a acusação. Assim, descritos na denúncia comportamentos típicos, ou seja, sendo palpáveis os indícios de autoria e materialidade delitivas, não se pode dar acolhida à pretensão de trancamento da ação penal. Para debate de questão dessa natureza reserva-se ao acusado o processo criminal sob o crivo do contraditório.

A denúncia é uma proposta de acusação, portanto. É na instrução que se recolhe a prova incontestada da autoria e da materialidade da infração. Para validade da denúncia, bastam indícios de que o acusado é um dos autores do ilícito penal.

In casu, presentes indícios plausíveis da prática dos delitos de participação em organização criminosa, de prevaricação e de crime funcional contra a ordem tributária, cuja definição se ajusta aos fatos descritos na denúncia, a ação penal deve prosseguir para que, aprofundada análise dos elementos de

convicção, a defesa do réu e o Ministério Público possam efetivamente provar suas alegações, com estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ressalte-se que somente após a correta instrução processual, com a devida apuração dos fatos e provas, é que se poderá averiguar, com certeza, a tipicidade. Mesmo porque o recorrente defende-se dos fatos e não da tipificação penal. Registre-se que em crimes desta natureza, a produção da prova e a própria instrução processual é extremamente complexa, uma vez que são utilizados todos os artifícios para mascarar o tipo penal.

Portanto, mostra-se prematuro o trancamento da ação penal, haja vista que cabe ao magistrado, após o encerramento da instrução criminal e análise das provas, inferir a responsabilidade do acusado. Com efeito, somente durante a instrução criminal é que se poderá confirmar ou não a prática e autoria da empreitada criminosa.

Diante do exposto, opina o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** pelo desprovimento do recurso.

Brasília, 2 de maio de 2017.

LINDÔRA MARIA ARAUJO
SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA