

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 550

CORRUPÇÃO ATIVA – ATIPICIDADE – IMPOSSIBILIDADE – CRIME FORMAL – CONSUMAÇÃO COM A MERA OFERTA OU PROMESSA DE VANTAGEM INDEVIDA AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Por se tratar de crime formal, a corrupção ativa se consuma no exato instante em que o agente oferece vantagem indevida ao funcionário público (policia), pouco importando se a vantagem foi oferecida após recebimento da voz de prisão.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO
CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

apelação criminal nº 0042709-70.2018.8.26.0050

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da **apelação criminal nº 0042709-70.2018.8.26.0050**, da Comarca de São Paulo, em que é apelante **FABIO MICHEL MACHADO**, com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal e, na forma do preceituado pelos artigos 1029 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, contra o v. acórdão de fls.273/280, proferido pela 12ª Câmara de Direito Criminal, pelos motivos adiante deduzidos.

1. RESUMO DOS AUTOS

Fábio Michel Machado foi condenado à pena de seis anos e oito meses de reclusão e seiscentos e sessenta e seis dias-multa, no valor mínimo unitário, por infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, e, à pena de dois anos e oito meses de reclusão e treze dias-multa, no valor mínimo unitário, por infração ao artigo 333, caput, do Código Penal, fixado o regime inicial fechado e decretado o perdimento dos bens e valores apreendidos em favor da União (fls. 192/210).

O acusado apelou, tendo a Colenda 12ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo proferido a seguinte decisão: “ *por maioria de votos, rejeitada a matéria preliminar, deram provimento parcial ao apelo de Fábio Michel Machado para, quanto ao delito de corrupção, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-lo e, quanto ao delito de tráfico, reduzir a pena para cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, mantido o regime inicial fechado, vencido o revisor, que negava provimento, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão*” (fls. 273/280).

Insurge-se o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, apenas no tocante à absolvição do acusado, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, quanto ao crime de corrupção ativa, previsto no artigo 333 do Código Penal.

Eis a íntegra do V. Acórdão de fls. 273/280:

fls. 273

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000304618

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0042709-70.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO MICHEL MACHADO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **por maioria de votos, rejeitada a matéria preliminar, deram provimento parcial ao apelo de Fábio Michel Machado para, quanto ao delito de corrupção, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-lo e, quanto ao delito de tráfico, reduzir a pena para cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, mantido o regime inicial fechado, vencido o revisor, que negava provimento., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 30 de abril de 2020.

ANGÉLICA DE ALMEIDA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ANGÉLICA DE MARIA MELLO DE ALMEIDA, liberado nos autos em 30/04/2020 às 17:32.
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sigabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0042709-70.2018.8.26.0050 e código 106FC24E.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**Voto nº 40.897****Apelação nº 0042709-70.2018.8.26.0050 - São Paulo****Processo nº 0042709-70.2018.8.26.0050 – 4ª Vara Criminal****Apelante - Fábio Michel Machado****Apelado - Ministério Público**

Fábio Michel Machado, por infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, foi condenado à pena de seis anos e oito meses de reclusão e seiscentos e sessenta e seis dias-multa, no valor mínimo unitário; por infração ao artigo 333, caput, do Código Penal, à pena de dois anos e oito meses de reclusão e treze dias-multa, no valor mínimo unitário, fixado o regime inicial fechado, decretado o perdimento dos bens e valores apreendidos em favor da União (fls. 192/210).

Negado o apelo em liberdade, foi expedida guia de recolhimento provisória (fls. 248/249).

Postula o ilustre defensor, preliminarmente, a nulidade do processo, eis que indevido o indeferimento de diligência para intimar testemunhas presenciais, requisição das gravações, acesso ao celular, sem autorização judicial, tortura e violação à garantia de não se autoincriminar; quanto ao delito de corrupção, a absolvição (fls. 218/231).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 236/239), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do recurso (fls. 255/271).

É o relatório.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Consta da denúncia que, dia 14 de maio de 2018, por volta das 18h30min, em via pública localizada nesta Capital, o apelante Fábio Michel Machado teria trazido consigo para entrega a terceiros 10 porções de maconha e a quantia de R\$ 500,00; nas mesmas condições de tempo, na pensão onde reside, localizada nesta Capital, teria mantido em depósito 599 porções de cocaína (457,5g) e 157 porções de maconha (240g), substâncias entorpecentes, que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, e, nas mesmas condições de tempo e lugar, teria possuído balança de precisão e teria oferecido vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a omitir ato de ofício. Apreendidos o veículo Fiat/Palio e, na pensão, a quantia de R\$ 1.100,00.

Por ocasião da defesa preliminar, cabia à defesa arrolar as testemunhas, eventuais funcionários, que se encontravam no posto de combustível, ainda que ,na oportunidade, não tivesse a qualificação dos mesmos, na data dos fatos. Quanto à gravação, mesmo que tivesse sido deferida, em face do tempo decorrido, prejudicada a medida, como de fato resultou assentado.

O acesso aos dados do celular pressupõe ordem judicial, na medida em que a Constituição Federal tutela a intimidade das pessoas (art. 5º, XI, CF). Também assegura o sigilo de dados e das comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução criminal (art. 5º, XII, CF).

Ocorre que, no caso presente, o celular do apelante sequer foi apreendido e a defesa não trouxe aos autos eventuais dados que ali pudessem constar para demonstrar o alegado pelo apelante.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, não há falar em violação dos dados do celular, como alegado pela defesa.

Ainda que esta relatora reconheça que a violação do celular, sem autorização judicial, constitua nulidade absoluta, na hipótese dos autos, não ficou demonstrado o alegado, eis que sequer juntado aos autos registros do *whatsapp* de eventuais conversas que, segundo a defesa, deram ensejo ao prosseguimento da diligência policial.

Como apontado pela sentença recorrida, não há registro de que o apelante tenha comunicado ao juízo, na audiência de custódia, que teve a participação de defensor, a respeito de que tinha sido submetido à tortura. Ademais, em audiência, não houve contradita.

Afasta-se pois a matéria preliminar arguida.

A existência da materialidade dos fatos está consubstanciada boletim de ocorrência (fls. 8/11), auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), laudo de constatação provisória (fls. 14/16), laudo de exame químico-toxicológico, que resultou positivo para maconha e cocaína (fls. 108/110) e prova oral

Ao ser interrogado em juízo, o apelante nega a prática dos delitos. Alegou que voltava da casa da prima, juntamente com Eduardo. Parou, no posto de combustível, para colocar água no radiador e abastecer. Abria o capô do carro, momento em que a polícia chegou, ordenando que colocassem as mãos, na cabeça. Nada de ilícito encontraram com ele, ou com o primo, ou, no veículo. Os policiais pegaram o celular e mandaram que desbloqueasse. Separaram os dois. Foi colocado, numa garagem, e pressionado a dizer o que fazia. Alegaram que havia mensagens, no celular. Começaram a agredi-lo. É usuário de maconha. O pessoal o procurava para usar droga. Os policiais disseram

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que ele vendia droga. Um dos policiais pegou uma sacola da viatura policial com droga dentro. Ameaçou forjar a droga e prendê-lo. Sentiu-se pressionado e acabou por admitir que tinha droga, em casa. Na moradia, pegaram sua chave, mexeram em suas coisas e acharam droga. Não se recorda da quantidade de droga. Não tinha quase 600 porções. Não havia cocaína, apenas maconha. Não conhecia os policiais. Avisou, na audiência de custódia, que tinha sido agredido, mas não foi atendido. Não ofereceu dinheiro aos policiais. Tinha somente R\$ 40,00, para a gasolina. Não tinha dinheiro em casa. Trabalha em obras. Tem processo, no Estado do Paraná (audiovisual).

A testemunha Eduardo Alexandre Machado, em juízo, disse que é de Curitiba. Está há pouco tempo, em São Paulo. Foi abordado, juntamente com o apelante, seu primo, pela ROTA, no posto de combustível. Os policiais nada encontraram com eles. Os policiais vasculharam seus celulares e bateram em seu primo. Disseram que se não entregasse a droga e indicasse a moradia, iriam forjar ele. Tiraram uma sacola da viatura policial. Deduziu que fosse droga, pois os policiais disseram que iriam incriminá-lo. Foi separado do primo. Ouvia barulho dos policiais, batendo nele. Nunca soube que o apelante mexia com droga. Foram à residência do apelante. Em nenhum momento, ouviu o apelante oferecer dinheiro aos policiais. No momento da abordagem, o apelante estava sem dinheiro (audiovisual).

A testemunha Clodoaldo Aparecido Simões de Oliveira, policial militar, em juízo, disse que, em patrulhamento de rotina pela Avenida do Estado, avistou o veículo Fiat Pálio, parado numa transversal. Assim que passou, o veículo veio atrás, reduzindo a velocidade, e parou em posto de combustível. Retornou e fez a abordagem. Na revista pessoal, foram encontradas 10 porções de maconha e R\$ 500,00, na bermuda do apelante, pelo soldado Coutinho. Ele admitiu que traficava entorpecente pela região. Ofereceu R\$ 1.500,00 e a droga, que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

guardava em sua residência. O apelante disse *eu troco essa cadeia, a minha liberdade por mil e quinhentos reais e mais droga*. Foi à moradia indicada pelo apelante. Era um quarto de pensão. O próprio apelante abriu e entregou uma bolsa. Havia grande quantidade de droga (maconha e cocaína), balança de precisão, caderneta de anotações de tráfico e o dinheiro da semana, mil e poucos reais. As porções apreendidas com o apelante eram embaladas da mesma forma das porções localizadas, na residência. Eduardo, parente do apelante, foi levado à delegacia de polícia. Foi liberado e arrolado como testemunha. Não teve acesso ao celular do apelante (audiovisual).

A testemunha Driely Rezende Mingarino, policial militar, em juízo, falou que estava em patrulhamento pela Avenida do Estado. Avistou dois rapazes num veículo Fiat Pálio. Entraram num posto de combustível. Retornou e realizou a abordagem, no veículo, que estava parado. Em revista pessoal, foram localizadas 10 porções de maconha, na bermuda do apelante, pelo soldado Coutinho. No veículo, e com o outro rapaz, nada de ilícito. O apelante ofereceu a quantia de R\$ 1500,00 e droga para não ser preso. Disse que havia mais droga em sua residência. Na moradia, havia uma mochila com grande quantidade de droga, balança de precisão, caderno de anotação. As drogas encontradas com o apelante e na residência estavam embaladas da mesma maneira. O apelante admitiu que traficava. O apelante tinha consigo quinhentos reais. Na casa, havia aproximadamente mil e cem reais, entre cédulas e moedas. Não teve acesso ao celular do apelante (audiovisual).

A testemunha Carlos Augusto Coutinho Ramos, policial militar, em juízo, disse que o apelante e outro rapaz pararam o veículo, no posto de combustível. Em revista pessoal, encontrou 10 porções de maconha, no bolso da bermuda do apelante. Não se recorda em qual bolso. Foi dada voz de prisão. Não foi conduzido à delegacia de polícia, pois o apelante ofereceu mais droga e dinheiro para não ser preso.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Após fazer busca, no quarto do apelante, novamente, foi dada voz de prisão, por corrupção ativa e tráfico de droga. Foram apreendidos R\$ 500,00 com o apelante e mais R\$ 1.100,00, na residência. Não teve acesso ao celular do apelante (audiovisual).

No mérito, a prova dos autos evidencia que, em poder do apelante, foi apreendida, inicialmente, pequena porção de droga, fato que nem mesmo a testemunha Eduardo pode desmerecer, eis que, segundo o interrogatório, foram colocados distantes um do outro.

A apreensão de droga, em maior volume, na pensão onde o apelante residia, é fato admitido, no interrogatório judicial, mesmo que repelida a presença de cocaína e da importância em dinheiro, quer em suas vestes, quer na moradia. Conforme consta do depoimento da testemunha Eduardo, na pensão, foi apreendida uma sacola, tal como afirmaram as testemunhas. Não parece verossímil que policiais militares transportassem volume de droga, como o apreendido, e ainda numerário no valor apontado.

O volume e variedade da droga, aliados à apreensão de balança de precisão, não deixam dúvida de envolvimento em mercancia.

Há que se ter a conduta como crime único, como reconheceu a sentença recorrida, eis que o segundo evento constitui desdobramento do primeiro, em um único contexto. Tipo penal misto, constituído por dezoito núcleos, no mesmo contexto fático, a prática de mais de uma conduta configura um único crime.

Na graduação da pena, o aumento pela comprovada reincidência (fls, 177), deve permanecer em 1/6, eis que resultante de uma única condenação definitiva.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, fixada a pena-base, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, elevada de 1/6, pela reincidência, fica em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

No que diz respeito à corrupção ativa, tendo em vista o desenrolar dos fatos, notadamente, o teor do depoimento das testemunhas, tem-se que o oferecimento do dinheiro foi posterior à prisão do apelante.

No crime de corrupção ativa, se a vantagem é posterior ao ato de ofício, que se desejava fosse omitido, retardado ou executado com o desvio funcional, o delito de corrupção ativa não se tipifica. Ou seja, não é típica a conduta de quem oferece ou promete vantagem após ter o funcionário público praticado, omitido ou retardado o ato.

Impõe-se assim, absolver o apelante do delito de corrupção ativa.

Diante do exposto, por maioria de votos, rejeitada a matéria preliminar, deram provimento parcial ao apelo de *Fábio Michel Machado* para, quanto ao delito de corrupção, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-lo e, quanto ao delito de tráfico, reduzir a pena para cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, mantido o regime inicial fechado, vencido o revisor, que negava provimento.

des^a Angélica de Almeida
relatora

Como se pode ver, a Colenda Câmara Julgadora da Egrégia Corte Paulista, ao absolver o recorrido do crime de corrupção ativa, com fundamento no artigo 383, inciso III, do Código de Processo Penal, negou vigência ao artigo 333 do Código Penal, autorizando a interposição deste recurso especial fundado na alínea 'a', do art. 105, III, da Constituição Federal, com a seguinte tese:

CORRUPÇÃO ATIVA – ATIPICIDADE – IMPOSSIBILIDADE – CRIME FORMAL – CONSUMAÇÃO COM A MERA OFERTA OU PROMESSA DE VANTAGEM INDEVIDA AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. Por se tratar de crime formal, a corrupção ativa se consumou no exato instante em que o traficante ofereceu dinheiro e drogas aos policiais para evitar a efetiva prisão em flagrante, com sua condução ao Distrito Policial e a lavratura do auto correspondente, pouco importando se a vantagem foi oferecida após recebimento da voz de prisão.

2. DA CONTRARIEDADE AO ARTIGO 333 DO CÓDIGO PENAL

“Corrupção ativa

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício ...”.

O crime de corrupção ativa, elencado como um delito praticado por particular contra a Administração Pública, tem como objetivo reprimir a conduta daquela pessoa que propicia a venalidade da função pública.

Como lembra DAMÁSIO E. DE JESUS:

“Procura-se proteger o prestígio e a normalidade do funcionamento da Administração Pública. A atividade governamental tem sentido dirigido ao bem coletivo, pelo que a regularidade administrativa é uma de suas missões. Daí a punição a quem corrompe ou procura corromper o funcionário público” (cf. Direito Penal, Parte Especial, 1988, São Paulo, ed. Saraiva, 4^a ed., vol. 4, p. 199).

As ações físicas que caracterizam o crime são de oferecer ou prometer vantagens indevidas.

Consuma-se o delito com a simples atividade de oferecer ou prometer, por se tratar de delito formal, ainda que o funcionário público recuse a vantagem.

No dizer de MAGALHÃES NORONHA:

“A lei não espera que a lesão ou a ofensa ao bem tutelado – o interesse da administração – se dê efetivamente, se concretize; basta-lhe a possibilidade de dano real. É a corrupção ativa um desses delitos, em que, como dizia Binding, “a impaciência do legislador se antecipa”, situando a consumação na fase da tentativa” (cf. Direito Penal, Dos Crimes contra a saúde pública a disposições finais, 1986, São Paulo, ed. Saraiva, volume 4, 17^a edição, p. 319).

No mesmo sentido preleciona DAMÁSIO E. DE JESUS:

“Crime formal ou de consumação antecipada, atinge o momento consumativo no instante em que o funcionário toma conhecimento da oferta ou da promessa. ...” (cf. Direito Penal, ob. Cit. p. 201).

No caso presente, o v. acórdão recorrido fundamentou a absolvição do recorrido quanto ao crime de corrupção ativa, sob o seguinte argumento:

“No que diz respeito à corrupção ativa, tendo em vista o desenrolar dos fatos, notadamente, o teor do depoimento das testemunhas, tem-se que o oferecimento do dinheiro foi posterior à prisão do apelante. No crime de corrupção ativa, se a vantagem é posterior ao ato de ofício, que se desejava fosse omitido, retardado ou executado com o desvio funcional, o delito de corrupção ativa não se tipifica. Ou seja, não é típica a conduta de quem oferece ou promete vantagem após ter o funcionário público praticado, omitido ou retardado o ato.”

Em suma, o Tribunal de origem entendeu que o crime de corrupção ativa não se caracterizou porque o oferecimento do dinheiro aos policiais militares teria sido posterior à voz de prisão ao acusado.

Tal argumento, contudo, não pode prosperar.

Os policiais militares, ao prestarem depoimento em juízo, foram uníssonos em afirmar que, após a abordagem no posto de gasolina e a revista pessoal, foram encontradas 10 porções de maconha e R\$ 500,00 na bermuda do acusado, quando lhe foi dada voz de prisão.

Ato contínuo, o acusado confessou que traficava droga na região e ofereceu R\$ 1.500,00 e a droga que guardava em sua residência *para não ser preso em flagrante*.

O acusado ainda disse: **“EU TROCO ESSA CADEIA, A MINHA LIBERDADE, POR MIL E QUINHENTOS REAIS E MAIS A DROGA”**.

Na sequência, os policiais dirigiram-se à residência do acusado, um quarto de pensão, onde o próprio acusado entregou uma mochila com grande quantidade de droga, balança de precisão, caderno de anotação e aproximadamente mil e cem reais, entre cédulas e moeda. A seguir, novamente, foi lhe dada voz de prisão, agora por corrupção ativa e tráfico de drogas.

Neste contexto fático, indiscutível a consumação do crime de corrupção ativa.

Com efeito, por se tratar de crime formal, a corrupção ativa se consumou no exato instante em que o acusado ofereceu dinheiro e drogas aos policiais militares.

Assim, pouco importa se a vantagem foi oferecida antes ou depois do momento em que foi lhe dada voz de prisão, uma vez que o ato de ofício que o ora recorrido tentava evitar era a sua condução ao Distrito Policial e a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Desse modo, não houve oferta ou promessa de vantagem após a prática do ato de ofício, mas antes, justamente para evitar a prática do ato correspondente à sua efetiva prisão em flagrante.

Por isso, equivocada a fundamentação do Tribunal de origem ao absolver o recorrido, sob o argumento de que o fato é atípico porque a vantagem foi oferecida após a voz de prisão, situação que não encontra amparo nos autos.

O que torna o fato atípico é o oferecimento ou a promessa de vantagem após o funcionário, indevidamente, “*praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”, o que ocorreria, por exemplo, se por algum motivo, que não o recebimento ou promessa de vantagem (tais como, amizade, parentesco,

vizinhança, etc) os policiais tivessem liberado o traficante, ao invés de lhe dar voz de prisão e conduzi-lo ao distrito para formalização, e, após sua liberação, como gesto de gratidão, o traficante oferecesse dinheiro, drogas ou qualquer espécie de vantagem aos policiais.

Não foi o que aconteceu nos autos, onde é evidente que a oferta se deu para que não houvesse condução ao distrito policial e formalização da prisão em flagrante, o que caracteriza, sem sombra de dúvida, o crime de corrupção ativa.

Por tais motivos, não se sustentam os argumentos ofertados pela Egrégia Corte para absolver o recorrido do crime de corrupção ativa, razão pela qual o v. acórdão contrariou o disposto no art. 333 do Código Penal.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, aguarda o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO seja deferido o processamento do presente Recurso Especial por esta Egrégia Presidência, bem como seu ulterior conhecimento e provimento pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, para que seja cassada a r. decisão impugnada, condenando-se o recorrido nas penas do artigo 333 do Código Penal, e restaurando-se a r. decisão de primeiro grau de jurisdição.

São Paulo, 24 de maio de 2021.

PEDRO WILSON BUGARIB
PROCURADOR DE JUSTIÇA