Vistos.

Trata-se de ação penal pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais e com base no incluso inquérito policial, em face de GISELE LEÔNCIO DO NASCIMENTO, devidamente qualificada na denúncia, dado como incurso nas penas do art. 312, caput, do Código Penal, no dia 11 de maio de 2020, por volta das 21h30min, na Rua João Calimani, n. 110, nesta cidade e comarca (UPA - [PARTE] Atendimento – da Zona Norte deste Município , a denunciada desviou bens móveis públicos em proveito próprio, consistente nos fármacos Buscopan [PARTE], além de agulhas e seringas (sem avaliação juntada aos autos) – insumos estes pertencentes à Prefeitura [PARTE].

Recebida a denúncia em 29/08/2022, fora determinada a citação da ré para oferecer resposta à acusação (fls. 168/169); foi realizada a citação por edital (fls. 186) e suspenso o processo, nos termos do art. 366 do CPP, ante a ausência de constituição de defensor e apresentação de resposta à acusação (fls. 191).

Realizada a citação pessoal em 16/04/2024 (fls. 212).

Apresentada resposta à acusação (fls. 216/217).

Em instrução, foram ouvidas testemunhas, procedendo-se, em ato contínuo, o interrogatório da ré.

Em suas alegações finais, o Ministério Público pugnou pela total procedência da ação penal, nos termos da denúncia, salientando, em especial que:

“Como se verifica dos autos, a prova material aliada a prova oral, não deixa dúvidas de que a acusada praticou o crime descrito na denúncia, até porque a ré é confessa. Não há prova em contrário. Ante o exposto, requeiro que a presente ação penal seja julgada procedente para condenar GISELE LEÔNCIO DO NASCIMENTO como incursa no artigo 312, caput, do Código Penal. Em relação a dosimetria da pena, na primeira fase observamos que a autora não possui antecedentes criminais. Na segunda fase não estão presentes circunstâncias agravantes, mas tem a atenuante da confissão. Na terceira fase inexistem causas de aumento ou de diminuição da pena. O regime de pena, data as circunstâncias acima mencionadas, deve ser o aberto com possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.”

A Defesa pugna pelo reconhecimento da atipicidade da conduta ou pela absolvição por falta de provas, aduzindo, em especial, que:

(...) “Diante de tais considerações, torna-se de rigor a ABSOLVIÇÃO da acusada com fundamento no artigo 386, inciso III ou VII, do [PARTE] Penal. DOS PEDIDOS: Ante o exposto, requer-se a absolvição da acusada, com fundamento no art. 386, incisos III ou VII, do [PARTE] Penal, consoante fundamentação exposta. Em caso de condenação, todavia, requer-se: a fixação da pena base no mínimo legal, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em juízo, ainda que isso implique redução da pena abaixo do mínimo legal; a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”

Eis a síntese do necessário.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Presentes os pressupostos processuais e condições da ação, passo ao julgamento do mérito.

No mérito, a pretensão acusatória deve ser julgada improcedente.

De início, cabe ressalta que o fato praticado pela ré, de fato, se trata de ato tecnicamente reprovável no âmbito das [PARTE]. Tanto o procedimento de automedicação quanto o procedimento de retirada de fármacos em nome de paciente que já havia deixado o Pronto Atendimento devem ser observados como atos impróprios às pessoas que laboram em tais ambientes, já que colocam em risco a própria saúde daquele que assim procede, bem como fragilizam o sistema de guarda e fornecimento de medicamentos aos pacientes atendidos.

Além disso, a penalidade de demissão por justa causa imposta à ré no âmbito empregatício também parece ter sido pontual e acertadamente aplicada, na medida em que a fidúcia necessária para a manutenção do vínculo empregatício fora aniquilada pelos fatos praticados pela ré.

Não obstante, para a punição no âmbito penal, além da subsunção ao tipo, bem como a verificação da existência de antijuridicidade da conduta e culpabilidade da ré, há a necessidade de se verificar a ausência de certos elementos que, pelo prisma principiológico do Direito Penal, podem afastar a aplicação deste especialíssimo instrumento de controle social.

Assim, é necessário, se averiguar, no caso concreto, se além dos elementos necessários à configuração do crime pela adoção da teoria tripartite, não incidiria, no caso, a aplicação de princípios penais que conduziriam, de alguma forma, ao afastamento da zona de interesse do próprio Direito Penal, o que será efetivado doravante.

A testemunha Márcia disse que foi informada dos fatos narrados na exordial acusatória e que abriu procedimento para investiga-los; feita a sindicância, apurou-se que a técnica havia adulterado o prontuário do paciente, acrescentando medicações para uso próprio; que a ré disse que assim o fez por estar com dor e que pretendia utilizar o medicamento; a ré fora demitida por justa causa pelos fatos; que os fatos são graves e levaram às providências delineadas – quais sejam a justa causa e denúncia ao COREN.

Elisa disse que um paciente fora atendido e que após a alta deste paciente a ré teria ido à farmácia para pegar o medicamento; que o paciente já não estava mais no local e ao que se lembra se recusou a tomar a medicação e foi embora, mas que não teria havido adulteração da receita; disse que a ré não admitiu que teria solicitado os medicamentos para si própria naquele momento; que não houve alteração do documento, mas que o paciente não se encontrava mais no local quando da solicitação do medicamento por Gisele.

Bruna disse que foi procurada por Fabiana que lhe disse que a ficha de um paciente estava desaparecida e que o paciente teria ido embora sem tomar a medicação; que Gisele, cerca de 2h depois a procurou e pediu a medicação; que quando questionou se o paciente ainda estava lá, a ré respondeu

que sim; que procurou Elisa e relatou o ocorrido, sendo que esta última chamou a ré para conversar.

Gisele confessou os fatos – disse que a chefe era rígida e que era assediada; que optou por ir trabalhar com dor, pois estava com cólica; que era comum a automedicação ao e que iria tomar o remédio e continuar a trabalhar; que era comum fazerem isso; que o paciente foi embora e resolveu tomar o medicamento para continuar a laborar; que não se submeteu ao atendimento porque passando os sintomas voltaria a trabalhar; que nem chegou a usar os medicamentos e os devolveu na sequencia; que devolveu para a chefe, Elisa.

Assim, de fato, restou comprovado que a ré desviou os fármacos narrados na exordial e que pretendia utilizá-los, pois se encontrava com dores de cólica e que não se utilizou dos meios adequados de atendimento e dispensação inerentes à unidade de saúde.

Em que pese tais constatações, necessário se consignar que a própria ideia de Direito Penal remete ao seu caráter subsidiário, não havendo dúvidas na doutrina e jurisprudências dominantes que quando os demais ramos do direito resolverem a questão, o fato passa a não ser de interesse do Direito Penal, na medida em que se trataria de verdadeiro “soldado reserva” ante aos demais ramos do direito. A doutrina ensina, neste sentido:

Intervenção mínima e princípios paralelos e corolários da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade.

Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. Como bem assinala Mercedes García Arán, “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade” (Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, p. 36).

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, consequentemente, à ineficiência de seus dispositivos.

Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações administrativas de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação – tudo isso, sem o devido processo legal – do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor.

Enfim, o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do Direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados.”

(A determinação da medida da pena privativa de liberdade, p. 268 e 282283). (Nucci, [PARTE] Manual de direito penal : volume único / [PARTE] Nucci. - 19. ed.- [PARTE] : Forense, 2023.)

Note-se que há, por certo, em abstrato, a necessidade de se proteger os bens públicos, tão caros à sociedade como os bens públicos, motivo pelo qual a criação do delito de peculato obedece aos critérios da necessidade e da proporcionalidade, bem como observa os demais princípios [PARTE] Penal.

Ocorre que, em determinados casos, não se esta diante de um fato que, verdadeiramente, lesou o bem jurídico tutelado, especialmente quando o objeto do delito (os fármacos, no caso) seria, de qualquer sorte, ministrados à ré caso esta houvesse adotado o atendimento padronizado na unidade de saúde em que trabalhava. Note-se, assim, que o fim do bem público era ser empregado a quem dele necessitasse, diante de algum evento de saúde, destinação que não fora alterada pelo uso dado pela ré aos medicamentos em questão.

Necessário, neste passo, analisar-se o tipo penal pelo qual a ré é acusada que, com efeito, concretiza:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Em interpretação ao dispositivo legal em comento, a doutrina ensina, também, qual seria a inteligência do verbo ‘desviar’ no âmbito do referido tipo penal:

14.2. Peculato (...)

14.2.5. Tipo objetivo (...)

A segunda hipótese de peculato próprio é o de desviar a coisa. Desviar é mudar de direção, alterar o destino ou a aplicação, deslocar, desencaminhar. O agente dá à coisa destinação diversa da exigida, em proveito próprio ou de outrem. Como bem acentua Noronha, ao invés de destino certo e determinado do bem de que tem a posse, o agente lhe dá 27 outro, no interesse próprio ou de terceiro. Na doutrina cita-se como exemplo o empréstimo pelo funcionário de dinheiro de quem tem a guarda. 28 Na jurisprudência considerou-se a ocorrência do peculatodesvio na conduta do coletor que empregou dinheiro público em ﬁm diverso daquele para o qual lhe fora conﬁado (44) e do policial que apreendeu o dinheiro do crime e dele se apropriou, desviando, assim, em proveito próprio aquilo que detinha em nome da Administração Pública. (45) Comete peculato-desvio o funcionário que, conscientemente, efetua pagamentos pela administração por serviço não efetuado ou por mercadoria não recebida, ou a maior, ainda que em benefício apenas do pseudoprestador de serviço ou fornecedor. Também se teve como caracterizado o crime, em tese, na utilização de verba de representação para ﬁnalidade que não se comportava na sua destinação.

(Mirabete, Julio Fabbrini [PARTE] Penal [recurso eletrônico] : Parte Especial Arts. 235 a 361 do CP / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. - 34. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2024.)

O verbo empregado no tipo em questão visa, portanto, penalizar o ato do indivíduo que desvia os bens públicos, reverberando a ideia de que esse desvio seja antijurídico, pois modificado o destino legal a que se daria ao bem – desvio esse efetivado de forma ilícita pelo funcionário público ou assemelhado. Vale dizer: comete o crime aquele que desvia o bem e lhe acomete a uso diverso daquele a que seria empregado, fazendo isto em benefício próprio ou alheio.

No caso dos autos, a acusada desviou remédios pertencentes ao Município e que seriam utilizados no atendimento e medicação dos pacientes atendidos naquela [PARTE]. Desviou, mas o fez para o mesmo uso ordinário acometido aos fármacos, ou seja, utilizou-se dos medicamentos, pois estaria passando por problemas de saúde que lhe causavam dores naquele momento.

Caso houvesse se submetido ao atendimento da forma adequada, conforme descrito na própria sindicância juntada aos autos (fls. 12), seria atendida e os medicamentos lhe seriam ministrados de forma lícita. Conclui-se, portanto, que a ré não deu aos fármacos destino diverso daquele a que se prestariam na sua origem, já que seriam empregados, de qualquer maneira, para amainar sua dor, caso se submetesse ao atendimento médico.

Veja, assim, que o ato praticado pela ré não se tratou, em verdade, do desvio dos fármacos para proveito próprio – já que ao fim e ao cabo, caso se submetesse ao procedimento padronizado, seria medicada com os mesmos fármacos, mas de forma ordinária, ou seja, respeitando-se a prescrição médica – mas de desrespeito ao ciclo normal de atendimento médico e dispensação do fármaco.

Ora, mas o desrespeito ao ciclo ordinário de atendimento e dispensação do fármaco não permite a subsunção dos fatos ao crime tipificado no art. 312 do CP, já que o caminho ordinário levaria mesmo ao emprego e entrega do medicamento à ré, permitindo-se, entretanto, a imposição de medidas administrativas e trabalhistas, assim como foram aplicadas à ré (repiso que as medidas foram licitamente adotadas, na percepção deste Magistrado, quais sejam, a demissão por justa causa e a comunicação ao COREN, conforme fls. 49/61).

Repiso que essa conclusão fica latente ao se analisar a própria sindicância juntada aos autos, já que a Sr.ª Elisa, chefe da ré, ao indaga-la a respeito dos fatos salientou a ela a necessidade de que mesmo as pessoas que laboram no Pronto Atendimento obedeçam ao fluxo de atendimentos designados para os próprios funcionários. Ou seja, em nenhum momento fora afirmado que os medicamentos não lhe seriam ministrados, mas que ela deveria, para a utilização ordinária do fármaco, se submeter ao fluxo de atendimento determinado para as pessoas que laboram naquele espaço.

Anoto, ainda, que a questão versada no processo acerca da adulteração do documento médico pertencente a terceiro não fora denunciada de forma particularizada pelo MP, motivo pelo qual deixo de me manifestar a respeito de tais fatos, em observância ao princípio da inércia e ao princípio acusatório, ínsitos ao direito penal pátrio.

A conclusão inafastável, diante da análise supra, é no sentido de que os fatos narrados na exordial ocorreram, mas diante da inexistência de desvio dos bens públicos para fins diversos daqueles para os quais seriam licitamente empregados, não há que se falar em subsunção ao tipo penal, sendo pungente o reconhecimento da atipicidade da conduta, o que conduz à absolvição da ré com fulcro no art. 386, inciso III do CPP.

Ante o exposto, julgo improcedente a pretensão acusatória, para absolver a Ré GISELE LEÔNCIO DO NASCIMENTO, com fundamento no art. 386, III, CPP, pela prática do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, CP).

Sem condenação ao pagamento das custas e despesas processuais.

Com o trânsito em julgado, procedam-se as baixas e anotações necessárias.

PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. INTIMEM-SE.