

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.425 - AP (2018/0330550-5)

AGRAVANTE : ITAU UNIBANCO S.A
ADVOGADOS : FABIO TOFIC SIMANTOB E OUTRO(S) - SP220540
DEBORA GONCALVES PEREZ - SP273795
BRUNA NASCIMENTO NUNES - SP374593
AGRAVADO : EDILENA LÚCIA CANTUÁRIA DANTAS BRAGA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo em recurso especial em desfavor de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal – CF.

Consta dos autos que a agravada foi absolvida dos crimes de peculato-desvio e assunção de obrigação no último ano do mandato (arts. 312 e 359-C, do Código Penal – CP).

O recurso de apelação da acusação, visando à condenação da agravada, foi desprovido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, por acórdão assim ementado (fl. 233):

PENAL E PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - PECULATO-DESVIO E ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO - DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1) No delito de peculato-desvio, previsto no artigo 312, caput, segunda figura do Código Penal, o dolo é representado pela consciência e vontade de empregar a coisa para fim diverso daquele determinado, aliado ao elementos subjetivo do injusto, consistente no especial fim de agir, que é a obtenção do proveito próprio ou alheio. 2) A incorreta aplicação de verba pública, sem alteração de seu fim (interesse público), constitui hipótese de irregularidade administrativa, não da conduta criminosa de peculato. Precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça. 3) Apelo não provido.

Foram opostos embargos de declaração, que restaram parcialmente acolhidos, mas ficou mantida a sentença absolutória.

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega a ocorrência de divergência jurisprudencial e de violação ao disposto nos artigos 312, 359-C, 13, § 2º, "c", e 29, todos do Código Penal. Destaca que a controvérsia cinge-se a saber se o

Superior Tribunal de Justiça

desvio de recursos privados dos quais o funcionário público tem a posse provisória em razão do cargo, em indevido proveito da Administração Pública, caracteriza o delito de peculato-desvio. *"Em outras palavras, se o agente público, valendo-se de sua posição de garante, altera a destinação de recurso privado em favor da Administração Pública, incorre no delito do art. 312 do CP, tal qual ocorre quando desvia recurso público em benefício privado?"*

Afirma que a efetiva aquisição de vantagem não é necessária para que se configure a prática delitiva.

Aduz que a outra controvérsia está limitada ao fato de saber se o crime próprio de assunção de obrigação somente admite como autor o detentor de mandato ou legislatura, ou, também, outros funcionários públicos que tenham acesso e poder de disposição sobre os recursos financeiros da Administração Pública, sendo exigível que se pratique pessoalmente a conduta nuclear do tipo. Pondera que ao menos seria imputável a participação no delito.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial afirmando que se encontra presente o óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Agravo em recurso especial às fls. 378/387.

Sem contraminuta.

Parecer ministerial proferido pelo provimento do recurso (fls. 3489/3499).

É o relatório.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.425 - AP (2018/0330550-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

O agravo deve ser conhecido eis que tempestivo e impugnou o fundamento da decisão recorrida.

Passa-se à análise do recurso especial.

Não merece provimento a pretensão recursal.

Narra a sentença que a ré, ao ocupar o cargo de Secretária de Finanças do Município de Macapá, teria desviado, em proveito do município, juntamente com o Prefeito à época, o montante de R\$ 8.385.486,73 (oito milhões trezentos e oitenta e cinco mil quatrocentos e oitenta e seis reais e setenta e três centavos), valendo-se para tanto do Convênio n. 038/2005-PMM realizado entre o assistente de acusação, ora recorrente, e a Prefeitura de Macapá (art. 312 do Código Penal). Foi denunciada também pelo art. 359-C do Código Penal – CP em razão de ter contribuído para que o prefeito assumisse dívida em seu último ano de mandato.

A r. sentença absolutória foi mantida pelo Tribunal de Justiça, que, por maioria, desproveu a apelação do assistente de acusação, entendendo, quanto ao delito do art. 312 do CP, inexistir o dolo específico da recorrida na obtenção de proveito próprio ou alheio. É o teor do julgado:

*No meu sentir, malgrado as assertivas do Ministério Público, inexistem elementos probantes a indicar que o destino do montante tenha sido em proveito próprio da apelante ou de terceiros, pois, ao contrário, **as provas constantes dos autos demonstram que os valores foram utilizados em prol da própria Administração, objetivando manter o regular pagamento do funcionalismo público municipal.***

*Não se nega que efetivamente os valores deixaram de ser repassados à instituição financeira, na medida em que a importância prevista em orçamento para quitação da remuneração dos servidores teve parte retida pelo Município, que deveria ter sido entre ao banco conveniado, entretanto, repiso, **não se vislumbra, por meio do conjunto probatório, o dolo específico, consistente no especial fim de agir, que é a obtenção de proveito próprio ou alheio.***

Pretende o recorrente (assistente da acusação) condená-la pelas

Superior Tribunal de Justiça

condutas inculpidas nos arts. 312 e 359-C, do Código Penal (peculato e assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura) sob as seguintes teses:

1) quem altera a destinação de recurso privado em favor da própria Administração Pública, incorre também no delito do art. 312 do CP, independente da efetiva aquisição de vantagem;

2) o crime de assunção de obrigação admite como autor outros funcionários públicos que tenham acesso e poder de disposição sobre os recursos financeiros da Administração Pública, ao menos a critério de participação.

Os tipos incriminadores estão assim dispostos no Código Penal, *litteris*:

Peculato

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 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura.

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Com relação ao delito de peculato, extrai-se que a argumentação do recorrente não é capaz de infirmar os fundamentos do acórdão recorrido na medida em que não impugna especificamente a necessidade de configuração do dolo específico da parte recorrida, **que é a obtenção de proveito próprio ou alheio**. O assistente de acusação se limitou a consignar que a alteração da destinação de recurso privado em favor da própria Administração Pública configura o delito do art. 312 do CP, independente da efetiva aquisição de vantagem.

Desse modo, impõe-se o óbice da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal – STF, *in verbis*: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

Ademais, esta Corte já se posicionou no mesmo sentido do acórdão

recorrido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 312, CAPUT, DO CP. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. No delito de peculato-desvio, previsto no art. 312, caput, segunda figura do Código Penal, o dolo é representado pela consciência e vontade de empregar a coisa para fim diverso daquele determinado, aliado ao elemento subjetivo do injusto, consistente no especial fim de agir, que é a obtenção do proveito próprio ou alheio.

2. A aplicação incorreta de verba pública, sem alteração de seu fim (interesse público), constitui hipótese de irregularidade administrativa, não da conduta criminosa de peculato.

3. Recurso improvido (REsp 1.257.003/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/12/2014).

A pretensão de demonstrar o dolo na conduta delitativa demandaria incursão no acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ), nos termos da jurisprudência desta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 514 DO CPP. DELITO FUNCIONAL TÍPICO. SÚMULA 330/STJ. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA E ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 155 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARREPENDIMENTO NA FRAÇÃO MÁXIMA. REVOLVIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - "Em relação à violação do art. 514 do CPP, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que é desnecessária a resposta preliminar de que trata o referido artigo, na ação penal instruída por inquérito policial. Inteligência da Súmula n. 330 do STJ (É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial)" (AgRg no REsp 1.708.255/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 19/02/2018).

II - **O pleito de verificação do dolo para condenação reclama incursão no material fático-probatório, procedimento vedado, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, já que para alcançar-se conclusões diversas daquelas às quais chegou o eg. Tribunal de origem, seria imprescindível reexaminar todo**

acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com a via eleita.

III - A Corte estadual não se manifestou a respeito da pretensa violação ao artigo 155 do Código de Processo Penal. Também não houve oposição de embargos de declaração visando suprir eventual omissão no julgado. Destarte, ante a ausência de manifestação da eg. Corte a quo sobre o tópico, e não tendo esta suposta violação sido objeto dos embargos de declaração, não pode o Superior Tribunal de Justiça se pronunciar acerca do tema em razão da ausência de prequestionamento, atraindo a incidência dos enunciados ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

IV - "É pacífica a jurisprudência do princípio da insignificância ao crime de peculato e aos demais delitos contra Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica" (RHC n. 59.801/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016).

V - Entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo - no sentido de reconhecer a fração máxima do arrependimento posterior-, como pretende o recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, o que é inviável nesta instância.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.075.872/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/3/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. ART. 109, IV, C/C ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. EARESP 386.266/SP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DE E. A. INDEFERIDO.

1. Não é omissa ou carente de fundamentos o acórdão recorrido que decide de modo integral a controvérsia, apreciando todos os argumentos apresentados pelos litigantes, apenas extraindo conclusão diversa da almejada pela parte.

2. Segundo a orientação desta Corte, a produção de provas é ato orientado pela discricionariedade do julgador. Assim, compete a ele, a partir da análise dos fatos e das provas, sopesar e decidir, fundamentadamente, quais as diligências necessárias, indeferindo aquelas que considerar desnecessárias ou meramente protelatórias.

3. Na hipótese, a testemunha já havia dado o seu depoimento e esclarecido os fatos, não ficando claro qual o objetivo da nova oitiva requerida pelas partes. Segundo o acórdão recorrido, a diligência era meramente protelatória, e conclusão em sentido contrário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

4. Demonstrar a inexistência de provas para a condenação ou de ausência de dolo na conduta, considerando as afirmações do acórdão e da sentença condenatória em sentido contrário, demandaria ampla e demorada incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, providência inadmissível na via eleita, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Conforme recentemente assentado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial 386.266/SP, a decisão que confirma a negativa de seguimento do recurso especial, por ausência dos pressupostos legais e constitucionais, não tem o condão de obstar o trânsito em julgado, o qual, dessarte, já se implementou.

6. Agravo regimental desprovido e indeferido o pedido de extinção da punibilidade pela prescrição feito por E A (AgRg no AREsp 638.795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/6/2016).

No que se refere ao delito do art. 359-C, do Código Penal, porque nada constou do voto do relator para acórdão, ficou mantido, *ipsis litteris*, o julgado monocrático no sentido de que o delito exigiria condição especial do sujeito ativo, de detentor de mandato ou legislatura. A propósito, transcrevo o trecho do decisório singular:

Da mesma forma, não vejo configurada a figura típica do art. 359-C, relação à acusada sob julgamento. Primeiro que o crime exige condição sujeito ativo, que deve ser detentor de mandato ou legislatura, não sendo, por do acusado EDILENA, secretária municipal que exerce cargo. Além de comprovação de que a ré tenha praticado os núcleos do tipo consistentes em autorizar a assunção de qualquer obrigação, na forma descrita na regra ao ponto a conduta imputada na denúncia me parece, em tese, atribuível ao corréu na ação penal pois consistente em assumir obrigação de pagar 8.385.486,73 em seu último ano de mandato. A genérica atribuição do Ministério Público à acusada - a segunda denunciada, em razão da sua condição de Secretária de finanças do município, contribuiu para a prática do crime de obrigação no último ano de mandato, não é adequada e insuficiente. Nesses casos, para a configuração do tipo só restará a aperfeiçoada responsabilidade caso comprovado a conduta nuclear, mais restritiva, e que, no caso sob análise, não resta comprovada. Qualquer espécie de participação deveria ter sido especificamente descrita o que não ocorreu, como já disse alhures. Da prova produzida, também não se extra qual o tipo específico de participação da denunciada quanto a este capítulo da acusação (fl. 17).

O recorrente afirma que o crime de assunção de obrigação admite como autor outros funcionários públicos que tenham poder de disposição sobre os recursos

financeiros da Administração Pública, ao menos a critério de participação no delito.

Ao tratar do sujeito ativo desta prática delitiva, a doutrina está convencida de que o crime é próprio ou especial, ou seja, só pode ser cometido por agentes públicos titulares de mandato ou legislatura. Nesse sentido, cito Cléber Masson e Rogério Greco:

Art. 359-C - Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura.

(...)

Sujeito ativo

O crime é próprio ou especial porque somente pode ser cometido pelos agentes públicos titulares de mandato ou legislatura, representantes dos órgãos e entidades indicados no art. 20 da Lei Complementar 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal -, pois apenas tais pessoas têm atribuição para assunção de obrigações. (Direito Penal esquematizado, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H/ Cleber Masson. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 1093/1095).

Art. 359-C (...)

Classificação doutrinária

Crime próprio tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossujeito; monosubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o iter criminis); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar ou autorizar a assunção de obrigação pode figurar como sujeito ativo do delito tipificado no art. 359-C do Código Penal. (Greco, Rogério, Código Penal: comentado - 12.ed - Niterói, RJ: Impetus, 2018, p. 1286).

Guilherme Nucci tem o mesmo posicionamento ao afirmar que o crime é cometido pelos gestores nomeados para o exercício de mandato, quando gozam de autonomia administrativa e financeira, além de pontuar, como Rogério Greco, ser unissujeito, possuindo um único sujeito. A propósito, segue abaixo o trecho de sua obra:

ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA.

(...)

Sujeitos ativo e passivo

O sujeito ativo é o **funcionário público competente para ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, embora, nesse caso, deva ser ocupante de cargo para o qual foi feito**. Abrange tanto o chefe de Poder, que exerce função administrativa, quanto o integrante do Legislativo, incumbido de autorizar os gastos. **Incluem-se, ainda, o chefe do Ministério Público e todos os outros gestores, nomeados para o exercício de um mandato, quando gozarem de autonomia administrativa e financeira para deliberar sobre gastos.**

(...)

Classificação

Trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); **formal** (delito que não exige, para a sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a administração diante da falta de recursos para arcar com a obrigação gerada); **de forma vinculada** (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); **comissivo** (os verbos implicam ações) e, excepcionalmente, **na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão** (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2º, CP); **instantâneo** (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); **de perigo abstrato** (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal); **unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito)**; **unissubsistente** (praticado num único ato) ou **plurissubsistente** (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; **admite tentativa, na forma plurissubsistente. Não admitindo tentativa** (Curso de Direito penal: parte especial: arts. 213 e 361 do Código Penal/ Guilherme de Souza Nucci - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 762/765).

Destarte, filio-me a esta corrente doutrinária que defende que o delito do art. 359-C, do Código Penal – CP é próprio ou especial, só podendo ser cometido por agentes públicos titulares de mandato ou legislatura.

No caso dos autos, constou que o ex-prefeito Antônio Roberto Rodrigues Góes da Silva, diplomado como Deputado Federal, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (Ação Penal n. 916/AP) e condenado pelas práticas delituosas objeto da denúncia.

Quanto à plausibilidade da participação criminosa, verifico que o tema não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, e nem mesmo quando do julgamento dos embargos declaratórios. Carece a matéria, portanto, do adequado e indispensável

Superior Tribunal de Justiça

prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas n. 282 e n. 356/STF.

Desse modo, inexistindo motivos para alteração do aresto hostilizado, deve ser mantida a sentença absolutória em favor da recorrida.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

