

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.162.086 - SP (2017/0231459-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **TADEU DOS SANTOS**
ADVOGADO : **HUGO ANDRADE COSSI - SP110521**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo a fim de dar provimento ao recurso especial e absolver o recorrido da imputação do crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei 201/67, ante a atipicidade da conduta.

Alega o agravante, em síntese, que *o réu, ordenador de despesas do município, passou a desviar dinheiro público em proveito alheio, destinando renda pública a pagamentos de Secretária da Saúde, sem que essa funcionária – sua própria irmã e desqualificada para a função – a exercesse, configurando-se o tipo do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67.*

Assevera não ser necessário o reexame do material probatório.

Requer, assim, a reconsideração da decisão atacada ou a apresentação do feito em mesa para que a Turma dê provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial defensivo e restabelecer a condenação do ora agravado.

Sem manifestação da parte agravada.

O Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou manifestação às fls. 708-710.

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.162.086 - SP (2017/0231459-1)

VOTO

A decisão impugnada, no que interessa, foi proferida nos seguintes termos (fls. 684-690):

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial por incidência das Súmulas 284/STF, 7/STJ e por falta de demonstração do alegado dissídio jurisprudencial.

[...]

Alega, ainda, violação dos arts. 156, 386, VII, do Código de Processo Penal e do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, por ausência de demonstração do dolo específico, bem como ausência de prova suficiente para a condenação, porquanto o acusado, ouvido em juízo, negou os fatos, não havendo comprovação de que tenha se apropriado, desviado bens ou rendas públicas e de que sua irmã Conceição não teria realmente trabalhado na Prefeitura Municipal. Destaca, ainda, a atipicidade da conduta, pois não houve declaração falsa, podendo caracterizar desvio de função, ou seja, mera irregularidade administrativa.

[...]

Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

DECIDO.

O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, ao exame de seu mérito.

Conforme se observa nos autos, o recorrente foi condenado como incurso no art. 299, parágrafo único, do Código Penal, por duas vezes, e no art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67, nos termos do artigo 71, caput, do Código Penal, em concurso material, à pena de 6 anos de reclusão, em regime semiaberto.

O Tribunal a quo, em recurso exclusivo da defesa, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva no tocante ao crime previsto no art. 299 do Código Penal, mantendo, contudo, os fundamentos e a pena impostos pelo crime de responsabilidade, tendo se manifestado nos seguintes termos (fls. 494-498):

[...]

Rejeitadas as questões preliminares, passo à análise do mérito do crime de responsabilidade, pelo qual o réu foi condenado porque, em síntese, prevalecendo-se do cargo de Prefeito Municipal de Itobi, em 10 de março de 2006, nomeou a sua irmã Conceição Aparecida para o cargo de Diretora da Saúde, sendo certo que tal pessoa nunca exerceu o referido cargo, mas ainda assim percebeu por diversos meses o salário correspondente ao tal cargo, causando prejuízo ao erário.

Segundo o apurado, Conceição foi nomeada ao cargo de Diretora da Saúde, sem que tivesse qualquer conhecimento da matéria, mas para que a função de direção não fosse relegada, o Prefeito cuidou de determinar que outras pessoas executassem os respectivos trabalhos.

Superior Tribunal de Justiça

Para tanto, nomeou a enfermeira Vilma Gorety de Carvalho como Diretora da Vigilância Epidemiológica, e estabeleceu que, como condição para se manter no cargo e receber do erário público, ela teria que desenvolver as atividades que seriam de atribuição da diretora Conceição.

O réu foi interrogado em Juízo e confirmou que nomeou a sua irmã Conceição ao cargo em questão por ser pessoa de sua confiança, capacitada e responsável, alegando ainda que a nomeação foi aprovada pela Câmara dos Vereadores, portanto, em observância aos preceitos legais.

Questionado acerca da qualificação de sua irmã, que, embora tivesse cursado somente até a 4ª série, foi nomeada para um cargo de direção, ele apenas disse que a despeito do cargo de alta responsabilidade, ela apenas exercia a direção administrativa, e que na prática a função de diretor de saúde competia a um médico.

Já a testemunha Vilma disse que era enfermeira contratada pela prefeitura de Itobi, por meio de concurso público, e que passou a exercer a função de diretora, mas sem perceber a gratificação correspondente. **Afirmou que a irmã do Prefeito, Conceição, embora ocupasse formalmente o cargo de direção, solicitava que a depoente assinasse todos os documentos de responsabilidade da primeira nomeada, bem como elaborasse os documentos que deveriam ser confeccionados pela diretora.**

De sua parte, Conceição disse que foi contratada por seu irmão como diretora administrativa, mas que foi remanejada por várias vezes em cargos de confiança, afirmando que em verdade exercia função administrativa não relacionada à direção da repartição da saúde.

Os documentos juntados aos autos, referente ao inquérito civil e à ação trabalhista proposta por Vilma, em razão do desvio de função, encontram-se em total compatibilidade com a prova oral produzida.

Da detida análise dos autos, parece não restar dúvida de que o réu, como ordenador das despesas, passou a desviar dinheiro público em proveito alheio, destinando a renda pública ao pagamento da diretora da saúde, sem que esta funcionária exercesse tal função, configurando o crime do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67.

A este respeito, veja-se a decisão proferida em caso equiparado:

[...]

A nomeação de Conceição ocorreu em 1º de março de 2006 e ela somente deixou o cargo em 04 de janeiro de 2009, acarretando, portanto, trinta e cinco meses de remuneração pelo serviço não prestado, bem caracterizando a continuidade delitiva.

Em face de tão sólido conjunto probatório, impunha-se, de fato, a condenação pelos crimes do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67.

[...]

ASSIM, PELO MEU VOTO, E DE OFÍCIO, DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE DE TADEU DOS SANTOS, QUANTO AOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA, EM VIRTUDE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, E NO MAIS, REJEITADA A PRELIMINAR, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

[...]

Nos termos do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, constitui crime de

responsabilidade dos prefeitos *apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio.*

Ocorre que pagar ao servidor público não constitui desvio ou apropriação da renda pública, tratando-se, pois, de obrigação legal.

A forma de provimento, direcionada ou não, em fraude ou não, é questão diversa, passível inclusive de sanções administrativas ou civis, mas não de sanção penal.

De outro lado, a não prestação de serviços pela servidora tampouco configura o crime discutido, também sendo passível de responsabilização funcional e até demissão.

Nesse contexto, verifica-se que a conduta do recorrente não se subsume à referida norma, conforme os precedentes firmados por esta Corte

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. PECULATO. ATIPICIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. AUSÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

6. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça considera que "servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato" (Apn 475/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/5/2007, DJ 6/8/2007, p. 444). No mesmo sentido: RHC 60.601/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 19/8/2016.

7. O Supremo Tribunal Federal, no Inq 3.006, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/6/2014, DJe 22/9/2014, distinguiu, de um lado, os casos em que o objeto material da conduta reside na apropriação ou no desvio de valores pecuniários consistentes na remuneração de funcionário "fantasma" (p.ex. Inq 1.926, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 9/10/2008, DJe 21/11/2008; e Inq 2.449, Rel. Ministro AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 2/12/2010, DJe 18/2/2011) e, de outro lado, a situações análogas às destes autos, nas quais o fato imputado à servidora consiste em se apoderar de sua própria remuneração, embora sem prestar os serviços atinentes ao cargo que ocupava na Assembleia Legislativa, o que poderia, em tese, configurar infração disciplinar ou ato de improbidade administrativa, mas não configura fato típico.

8. A mesma distinção feita pela Suprema Corte é necessária entre o caso destes autos e a APn 702/AP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/6/2015, DJe 1º/7/2015, porquanto, na referida APn, Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Amapá e um Membro do Ministério Público atuante junto àquela Corte desviaram recursos públicos, entre os quais verbas de ajuda de custo, despesas médicas e outras, de funcionários "fantasmas". Na espécie em julgamento, em vez disso, trata-se de servidora pública que, segundo consta, embora apresentasse ausências sem justificativa, continuava a perceber seus vencimentos.

9. Sendo correto o fundamento utilizado pela Corte estadual para encerrar a persecução penal - isto é, a "inequívoca comprovação da atipicidade da conduta" -, não há falar em trancamento prematuro da ação penal nem em

Superior Tribunal de Justiça

ofensa ao princípio in dubio pro societate ou de violação dos arts. 41, 395 e 651 do Código de Processo Penal.

10. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1244170/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 22/08/2018.)

PENAL E PROCESSO PENAL DENÚNCIA GENÉRICA PECULATO: TIPICIDADE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PROVIDÊNCIAS.

[...]

2. O crime de peculato exige, para sua configuração em qualquer das modalidades (peculato furto, peculato apropriação ou peculato desvio), a apropriação, desvio ou furto de valor, dinheiro ou outro bem móvel.

3. Servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato.

4. Configuração, em tese, de falta disciplinar ou ato.

5. Denúncia rejeitada.

6. Encaminhamento de peças ao Conselho Nacional de Justiça e ao Ministério Público Estadual.

(Apn n. 475/MT, Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 6/8/2007.)

No mesmo sentido é a posição da Suprema Corte:

EMENTA Inquérito. Denúncia. Peculato (art. 312 do CP). Denunciado que teria nomeado servidor para seu gabinete, mantendo-o em função comissionada, sem que esse prestasse o correspondente. **Aventado desvio de recursos públicos em proveito alheio. Ausência de dolo. Atipicidade reconhecida. Ausência de justa causa. Denúncia rejeitada. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para trancar a ação penal em relação a Francisco Pereira dos Santos Júnior.** 1. Não se pode inferir do simples fato de o servidor requisitado ser filho de um conhecido do denunciado que isso tivesse importado em autorização para que ele não comparecesse ao trabalho, não havendo o necessário dolo exigido para a tipificação da infração que lhe imputa o Parquet. **2. Não se vislumbra, nos autos, ação praticada pelo investigado tendente a desvio de recursos públicos para contratação, às expensas do erário, de funcionário privado ou ‘fantasma’, tal como se deu na hipótese versada no Inq. nº 1.926/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie (DJe de 21/11/08) ou no Inq. 2.652/PR, de minha relatoria (DJe de 11/10/11).** **3. Não se cuida, na espécie, de hipótese de utilização do servidor público para a realização de serviços privados ao denunciado, mas situação totalmente diversa daquelas narradas nas hipóteses antes indicadas, nas quais o objeto material da conduta eram os valores pecuniários desviados pelos denunciados (dinheiro correspondente à remuneração de pessoa como assessor ou auxiliar).** 4. Denúncia rejeitada. 5. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para trancar a ação penal em relação a Francisco Pereira dos Santos Júnior.

(Inq 3006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 19-09-2014 PUBLIC 22-09-2014.)

Em hipótese análoga, em que denunciado Prefeito Municipal, entendeu a Sexta Turma desta Corte que a conduta não se subsume à do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a não prestação de serviços pelo servidor público

Superior Tribunal de Justiça

não configura o crime indicado. Afinal, está pacificado o entendimento de que servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços atinentes ao cargo que ocupa não comete peculato (HC 466.378/SE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 04/11/2019). No mesmo sentido: REsp 1633248/SE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 04/02/2019.

De fato, o pagamento de salário não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, pois remuneração devida, ainda que questionável a contratação de parentes do Prefeito.

Assim, diante do reconhecimento da atipicidade da conduta, ficam prejudicadas as demais questões trazidas no presente recurso.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial e absolver o recorrido da imputação do crime previsto no art. 1º do Decreto-lei 201/67, ante a atipicidade da conduta.

Dessa forma, não vejo razões para modificar a decisão atacada que, inclusive, foi proferida nos termos do entendimento desta Corte:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/67.

FUNCIONÁRIOS "FANTASMAS". REMUNERAÇÃO RECEBIDA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O pagamento de salário não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, pois remuneração devida, ainda que questionável a contratação de parentes do Prefeito.

2. Recurso especial improvido.(REsp 1633248/SE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 04/02/2019.)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.