

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 988.098 - BA
(2016/0251377-0)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : EDNALDO DOS SANTOS BARROS
ADVOGADOS : LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES E OUTRO(S) -
BA032879
HERMES HILARIÃO TEIXEIRA NETO - BA032883
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

EDNALDO DOS SANTOS BARROS, ex-prefeito municipal de Santo Sé – BA, interpõe agravo regimental contra decisão da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, a qual não conheceu do agravo em recurso especial porque o ora agravante deixou de impugnar especificamente o motivo que inadmitiu seu recurso especial, qual seja, a "ausência, deficiência de cotejo analítico".

A defesa alega que a decisão deve ser reformada, visto que o argumento lançado na decisão agravada não se sustenta proferido em *error in iudicando*, pois confunde argumentações exigíveis em recurso especial e em eventual agravo dirigido contra sua inadmissibilidade, recursos que possuem finalidades e fundamentações distintas.

E insiste que não houve ausência de impugnação de nenhum dos pontos da decisão agravada: "Já no Agravo em Recurso Especial, caberia apenas impugnar os termos da decisão de inadmissão e não realizar o cotejo analítico do dissenso jurisprudencial. Entender o contrário seria possibilitar que, em Agravo em Recurso Especial, fosse possível complementar a argumentação necessária para o seguimento de Recurso Especial."

Pleiteia a reconsideração da decisão anteriormente proferida. Subsidiariamente, pugna pelo encaminhamento deste recurso para julgamento do órgão colegiado.

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 988.098 - BA
(2016/0251377-0)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. INTIMAÇÃO PESSOAL PARA SESSÃO DE JULGAMENTO. PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. VALIDADE. OMISSÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADO. MERO INCONFORMISMO. AUTORIA E MATERIALIDADE CONSTANTES NAS PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA N. 7. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INERENTES AO TIPO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REDUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A intimação pessoal é prerrogativa restrita ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Defensor Dativo. A publicação feita na imprensa oficial a fim de intimar advogado constituído para sessão de julgamento é ato válido e não enseja nulidade.

2. A violação do art. 619 do Código de Processo Penal pressupõe a ocorrência de omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade, não se confundindo com o mero inconformismo da parte com a conclusão alcançada pelo julgador.

3. Autoria e materialidade reconhecidas pelo julgador mediante as provas colhidas no processo impossíveis de serem avaliadas em Instância Superior por incidência da Súmula n. 7 do STJ.

4. Afastada a tese de crime continuado em relação a outros delitos em função de não subsumir ao art. 71 do Código Penal. Prevenção respeitada pela Corte estadual.

5. Inidônea a fundamentação empregada para avaliar desfavoravelmente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social, da personalidade e das circunstâncias do crime, pois inerentes ao tipo penal do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, de modo que devem ser afastadas da dosimetria da pena.

6. Redimensionada a pena do agravante nesta instância ao patamar de 2 anos e 9 meses de reclusão, excluído o aumento relativo à

continuidade delitiva, e transcorrido prazo superior a 8 anos entre a prática dos crimes e o recebimento da denúncia, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, conforme disposto no art. 109, IV, do Código Penal.

7. Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão impugnada e, com fulcro no art. 544, § 4º, II, "c", do CPC, c/c o art. 3º do CPP, conhecer do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial a fim de afastar a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social, da personalidade e das circunstâncias do crime e, assim, reduzir a reprimenda para o patamar de 3 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial aberto. Habeas corpus concedido de ofício para declarar extinta a punibilidade do réu, ante a prescrição da pretensão punitiva retroativa, e julgar prejudicada a tutela provisória requerida às fls. 2.977-3.104.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

A defesa interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", do permissivo constitucional, sustentando afronta aos arts. 71, 83, 370, 381, III, e 619 do Código de Processo Penal, 12 da Lei n. 8.038/1990 e 18, 59 e 71 do Código Penal. A Corte local negou seguimento ao recurso especial por incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ. O recurso foi inadmitido também por ausência de cotejo analítico e falta de demonstração de similitude fática entre o acórdão objurgado e o paradigma.

A decisão ora impugnada não conheceu do agravo em recurso especial por incidência da Súmula n. 182 do STJ, ao argumento de que "[...] a parte agravante deixou de impugnar especificamente o seguinte fundamento: ausência/deficiência de cotejo analítico" (fl. 2.895).

No entanto, da análise dos autos, verifico que o agravante impugnou especificamente a decisão que inadmitiu seu recurso especial, de modo que passo, então, à análise do recurso.

II. Da intimação pessoal para sessão de julgamento em Segunda Instância

No caso dos autos, o agravante alega que, na condição de **prefeito** (à época dos fatos) teria a prerrogativa de ser intimado pessoalmente, para comparecer às sessões de julgamento realizadas pela Corte estadual. Para corroborar seu argumento, cita acórdão paradigma deste Tribunal Superior de Justiça, **HC's 58.410/PE, DJe 14/5/2007 e 184.585/MA, DJe 1º/5/2011.**

Ao contrário do que alega o recorrente, a decisão do Tribunal de Justiça estadual é acertada. À intimação pessoal, excluídas causas especiais, *e.g.*, intimação da sentença se o réu estiver preso, de regra, somente faz jus a Defensoria Pública, o Ministério Público e o defensor dativo (nomeado).

A título de curiosidade, o art. 295, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia prevê que haverá intimação da sessão de julgamento designada, contudo, não há menção de que a intimação seja pessoal.

A jurisprudência desta Corte Superior, em posicionamento contemporâneo, tem entendido que a intimação de advogado constituído para informar sobre sessão de julgamento, por meio de publicação na imprensa oficial, não torna nulo o acórdão por cerceamento de defesa. A propósito:

[...]

1. Tendo sido realizada a intimação do Advogado constituído da sessão de julgamento do Recurso de Apelação, por meio de publicação na imprensa oficial, resta infundada a alegação de nulidade do acórdão pela ocorrência de cerceamento de defesa calcada na falta da referida intimação e impossibilidade de realização da sustentação oral anteriormente requerida. 2. Tratando-se de Advogado constituído, a intimação se dá por meio de publicação no Diário Oficial. Precedentes do STJ. 3. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 4. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário. (HC n. 102.291/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 7/6/2010, destaqueei)

[...]

3. Em petição protocolada após o exame do pleito liminar, o Impetrante esclareceu, em consonância com as informações prestadas pelo Tribunal de origem, que os defensores constituídos que atuavam no feito foram devidamente intimados

sobre o dia do julgamento da apelação criminal. Em razão disso, restringiu o pedido realizado na petição inicial, tudo a revelar a ausência de interesse processual no exame de eventual nulidade da sessão realizada pela Corte de origem. 4. **Esta Corte tem entendido que, em segundo grau de jurisdição, a prerrogativa da intimação pessoal restringe-se ao Ministério Público e, se for o caso, ao Defensor Público ou Dativo. Na hipótese, porém, quando da realização da sessão de julgamento pelo Tribunal de Justiça, o Paciente era defendido por advogado constituído, razão pela qual a intimação realizada mediante publicação na imprensa oficial é legal.** 5. Em face do princípio da voluntariedade dos recursos, previsto no art. 574, caput, do Código de Processo Penal, cabe à Defesa a análise da conveniência e oportunidade de eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. 6. Ordem de habeas corpus não conhecida. (HC n. 278.499, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 26/2/2014, destaquei)

III. Violação do art. 619 do Código de Processo Penal

A irresignação quanto à ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal não prospera. O reconhecimento da violação pressupõe a ocorrência de omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade tais que tragam prejuízo à defesa. A assertiva, no entanto, não pode ser confundida com o mero inconformismo da parte com a conclusão alcançada pelo julgador, que, a despeito das teses aventadas, traz fundamentação idônea e suficiente para formação do seu livre convencimento.

No caso dos autos, não identifiquei omissão no julgado proferido pela Corte de origem de maneira a gerar o pretendido reconhecimento de infringência do art. 619 do Código de Processo Penal. Isso porque o acórdão proferido na apelação, expressamente, se manifestou sobre todas as questões apresentadas pela defesa, como se verifica pela seguinte transcrição de trechos do voto condutor:

A defesa, nas razões finais f. 1815/1819, suscitou, preliminarmente, incompetência do Órgão Fracionário do TJBA para julgar a presente ação penal. No mérito, requereu a absolvição do denunciado, com base no art. 386, II, V, e VII do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pediu a fixação da pena no mínimo legal.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Nos termos do art. 96, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal, compete aos Tribunais dispor sobre os respectivos órgãos jurisdicionais. O art. 98, I, do RITJBA, atribui às Câmaras Criminais processar e julgar os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e de responsabilidade. Logo, não há falar em incompetência dos órgãos fracionários, nem em violação ao princípio da igualdade.

[...]

Assim, o réu não trouxe justificativa plausível para afastar a tese acusatória, que se encontra demonstrada pelas provas dos autos. Os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela Defesa não bastam a desfazer a prova da materialidade e autoria delitiva. Nada sabem de nada.

A responsabilidade do Prefeito Municipal resulta também de sua posição de autoridade administrativa máxima à qual subordinados os demais integrantes da administração municipal, e do fato de ter lançado sua assinatura nos processos licitatórios forjados e na Nota de Empenho nº 99/000649, constante do Processo de Pagamento nº 012, na Nota de Empenho nº 99/000563, constante do Processo de Pagamento nº 007, e na Nota de Empenho nº 98/002310, constante do Processo de Pagamento nº 214.

O dolo do denunciado de se apropriar de verbas públicas, através de fraudulentas licitações para fictícia aquisição de materiais de construção, restou delineado por farta prova documental e testemunhal.

[...]

Dessa forma, tendo em vista as circunstâncias anteriormente analisadas, e em atenção ao art. 59 do Código Penal, com base na fundamentação anteriormente esposada, estabeleço a reprimenda na primeira fase da dosimetria em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão

Assim já sedimentado nesta Corte Superior, *in litteris*:

[...]

2. O reconhecimento de violação do art. 619 do CPP pressupõe a ocorrência de omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade tais que tragam prejuízo à defesa. A assertiva, no entanto, não pode ser confundida com o mero inconformismo da parte com a conclusão alcançada pelo julgador, que, a despeito das teses aventadas, lança mão de fundamentação idônea e suficiente para a formação do seu livre convencimento. 3. No caso, não há nenhuma omissão no julgado proferido pela Corte de origem, de maneira a gerar o pretendido reconhecimento de infringência do

art. 619 do Código de Processo Penal, visto que o acórdão proferido na apelação, expressamente, manifestou-se sobre todas as questões apresentadas pela defesa.

[...]

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.203.770/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 2/3/2017)

IV. Da autoria, da materialidade e da responsabilidade objetiva

A autoria e a materialidade restaram comprovadas por meio nas provas carreadas aos autos, bem como afastada a tese de responsabilidade objetiva em virtude do cargo ocupado pelo ora agravante. Como se observa das fls. 2.530 a 2.537, o Tribunal de Justiça estadual, para chegar à conclusão da ocorrência do delito e da autoria, conjugou e analisou todo o conjunto fático-probatório dos autos, como as provas documentais, as testemunhais e os interrogatórios do acusado. Alterar tal entendimento demandaria o revolvimento de todo esse conjunto já analisado pela instância ordinária, o que é impossível em recurso especial, ante o enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

Fica claro, portanto, que não houve a responsabilização objetiva do agravante, mas sim uma análise de todo o contexto consignado aos autos para concluir pela autoria dos crimes imputados.

V. Da continuidade delitiva e da prevenção

Quanto ao pedido de reconhecimento de crime continuado, disposto no art. 71 do Código Penal, depreende-se dos autos que o requerido pela defesa na verdade é a reunião dos processos que tramitam naquela Corte estadual, que entendeu incabível tal reunião, pois concluiu que os crimes supostamente praticados resultaram de "[...] planos isolados, executados mediante ações autônomas, tendo fins próprios, envolvendo objetos diferentes." E prossegue:

O acusado, ao invocar a continuidade delitiva, não aponta a unidade de desígnios entre os diversos crimes que lhe são imputados. A utilização de Notas Fiscais fraudulentas para tentar justificar o gasto fictício do valor em materiais de construção, objeto da ação penal nº 0005543-57.2009.805.0000, não surge do mesmo plano e não deriva dos crimes imputados nas outras

ações penais, que supostamente envolvem gastos fictícios em materiais cirúrgicos, materiais de escritório, medicamentos, mobiliário escolar e materiais de limpeza.

[...]

Com efeito, no caso dos autos, é inegável a incoerência de ficção jurídica do crime continuado, que, como cediço, tem por escopo evita e impedir um excessivo rigor punitivo consoante doutrina, sendo necessário, para tanto, encontrar o ponto de equilíbrio para, de um lado, poupar esse exagero sancionatório e, de outro, fazer a aplicação do instituto sem quebra do organismo de defesa social contra aqueles que violam reiteradamente as regras de convivência na sociedade. Nesse contexto, não há continuidade delitiva na prática de crimes sem relação entre si, fruto de desígnios e impulsos autônomos.

Diante do explanado, não há que se falar em continuidade delitiva, visto que o pleito é de conexão ou continência e ficou demonstrado não haver entre eles elementos a ensejar a aplicação do art. 71 do Código Penal e conseqüente reunião dos processos.

A violação do art. 83 do Código de Processo Penal não se sustenta. Afastada a conexão objetiva entre os crimes praticados, aplica-se o **art. 157, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, em que reza que os processos serão distribuídos de forma alternada, com observações relativas à distribuição por prevenção.**

VI. Das circunstâncias judiciais e da pena

O juízo de valoração da conduta praticada pelo indivíduo tem de se pautar pela objetividade da lei; não se refere, portanto, à opinião do julgador quanto à gravidade abstrata do crime. O Tribunal de origem condenou o ora agravante à pena de 6 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e reparação civil dos danos.

O voto condutor do acórdão assim consignou a dosimetria da pena:

A análise dos requisitos previstos no art. 59 do Código Penal revela as seguintes conclusões: a **culpabilidade** do réu é desfavorável. Como representante eleito pelo povo, deveria pautar sua conduta pelos ditames da probidade administrativa e da transparência na gestão dos bens da municipalidade, buscando atender ao interesse público. Não foi o caso. O acusado se valeu de seu cargo para apropriar-se de dinheiro

público. Clara a reprovabilidade da conduta, porquanto o acusado era *dominus suorum actuum*, conforme São Tomas de Aquino, em sua *Suma Teológica*, Senhor dos Próprios atos por vontade e razão, à época dos ato delituoso, inexistindo circunstâncias exteriores à sua vontade que o constrangesse a agir de modo contrário ao direito. Fê-lo por cupidez e desrespeito á Coisa Pública. Houve a quebra da confiança, aviltamento da função e mácula da fé pública; o réu não possui antecedentes criminas, haja vista nenhuma condenação transitada em julgado em seu desfavor; concernente à **conduta social do agente**, analisando o seu histórico, em especial o seu comportamento profissional, verifica-se que possui conduta social desajustada, não exercendo adequadamente o seu múnus público. Na condição de agente político, utilizou o cargo para prejudicar a sociedade, quanto tinha dever contrário, já que ocupava o cargo justamente para beneficiar a população, possuindo comportamento profissional inadequado, restando tal circunstância judicial desfavorável; no que tange à **personalidade do agente**, insta salientar que a "personalidade prevista no art. 59 do Código Penal como circunstância judicial não se confunde com o polêmico conceito de personalidade advindo da psicologia. Para fins do Direito, o alcance semântico do termo é muito mais humilde: a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade são deduzidas a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame de fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência do tipo penal. No presente caso, revela-se acentuada a desonestidade do acusado Ednaldo, que dilapidou o erário municipal; os motivos do crime são próprios do tipo, pelo que irrelevantes para valoração; as **circunstâncias do crime** revelam-se gravosas: houve a simulação de procedimento licitatório para sugerir juridicidade à apropriação do dinheiro público, com uso de nota fiscal fraudulenta para encobrir a prática delitiva; as **consequências do crime** foram sérias, eis que o Município não recebeu o material de construção supostamente adquirido. O dinheiro público esvaiu-se, causando prejuízo à comunidade.

Entretanto, divirjo parcialmente da decisão quanto a alguns aspectos da dosimetria da pena, pois entendo que algumas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, negativamente consideradas, não ultrapassam aquelas inerentes ao tipo penal em comento.

A meu sentir, tendo o agravante praticado crime de

responsabilidade, sua condição política (Chefe do Executivo Municipal) é pressuposto da própria tipificação do delito, e não pode este fator pesar contra sua culpabilidade, sua conduta social, sua personalidade e as circunstâncias judiciais para realização das práticas delitivas.

Quanto à **culpabilidade**, o comportamento diferente do que esperava a sociedade, a falta de probidade administrativa, o desrespeito ao interesse público, a cupidez e aviltamento da função, são inerentes ao tipo penal. O grau de reprovação da pena não excede à normalidade, tendo em vista a intenção declarada de apropriar-se ou desviar bens ou valores em proveito próprio em desfavor do cargo e do que esperava a comunidade.

A **conduta social** foi valorada negativamente: utilizou, o julgador, da atividade profissional do agravante, ou seja, ser o Chefe do Executivo Municipal. Contudo, deve ser avaliada a sua conduta pretérita ao ato praticado, não durante o cumprimento do mandato para o qual foi eleito. Ao que parece, sua conduta social lhe favorece, tendo em vista o prestígio social alcançado em sua comunidade, que o elegeu como prefeito do município.

A fundamentação para agravar a pena na circunstância judicial da **personalidade** não é idônea. O crime de responsabilidade a que responde o agravante traz em si a dilapidação do patrimônio (que foi valorada negativamente nas consequências do crime) e a acentuada desonestidade do agente, e não pode tais argumentos exasperar a pena-base.

Quanto às **circunstâncias do crime**, o julgador baseou-se no *modus operandi* utilizado pelo prefeito para apropriar-se do dinheiro público, qual seja, a simulação de procedimentos licitatórios, que foi o meio pelo qual o agente praticou e encobriu o delito.

É defeso ao magistrado apontar circunstâncias judiciais como desfavoráveis, sem, todavia, apresentar a motivação devida, fundamentos idôneos ou que desbordam do que seria inerente ao tipo penal. Na espécie dos autos, a **culpabilidade**, a **conduta social**, a **personalidade** e as **circunstâncias do crime** são ínsitas ao tipo penal do art. 1º, do Decreto-Lei n. 201/1967, portanto não podem ser valoradas negativamente. A propósito:

[...]

III - Na hipótese, **a culpabilidade do agente foi valorada negativamente em função de haver o paciente atentado contra os deveres do administrador; as circunstâncias do crime, porque o paciente teria se aproveitado das facilidades**

advindas da sua condição de Prefeito Municipal para cometer o delito; e a personalidade em razão de o paciente, enquanto Prefeito Municipal, haver traído a confiança dos seus eleitores. Tais circunstâncias, a meu ver, não extrapolam os elementos ínsitos ao crime de responsabilidade previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/1967. IV - Algum dano material causado ao patrimônio público é elementar do tipo do delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei n.º 201/1967, não podendo, por si só, servir para legitimar o incremento punitivo. Por outro lado, quando o prejuízo causado pela conduta criminosa alcança patamar diferenciado, que desborda do que seria ínsito ao tipo penal, e esse prejuízo especial é concretamente referido pelas instâncias ordinárias, adequada está a valoração negativa das consequências do delito. V - **No caso, subsiste o desfavorecimento das consequências do crime, em razão de os delitos praticados pelo paciente terem ocasionado prejuízo relevante aos cofres públicos, no montante de R\$ 118.420,50 (cento e dezoito mil, quatrocentos e vinte reais e cinquenta centavos). [...]**

Ordem concedida de ofício. (HC n. 394.955/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 30/6/2017, destaquei)

[...]

4. A conduta de apropriar-se ou desviar bens ou rendas públicas, em proveito próprio ou alheio, por óbvio visa ao lucro fácil, em razão da ganância do agente. Tal motivação, por não ser alheia ao tipo, não pode ser considerada circunstância judicial desfavorável. 5. Esta Corte tem posicionamento no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. 6. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de Maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. 7. Por outro lado, mantém-se válida a fundamentação quanto às consequências do delito. A sentença apontou elementos concretos circundantes da conduta criminosa que notoriamente extrapolam aqueles normais à espécie, tendo em vista o elevado prejuízo suportado pelas vítimas e pelo próprio município. Consigna que "o município até a presente data, não se recuperou financeiramente" e "vários pequenos empreiteiros e comerciantes

Superior Tribunal de Justiça

foram lesados e vieram a falir em razão do não pagamento de seus serviços." 8. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação e a pena-base acima do mínimo legal, reduzir a reprimenda imposta ao Paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto. (HC n. 122.996/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 27/10/2011, grifei)

Portanto, **uma vez verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade e circunstâncias do crime) e considerando que remanesce desfavorável as consequências do crime** – o município não recebeu o material de construção supostamente adquirido e considerável foi o prejuízo causado ao erário, R\$ 66.426,80, de um município que na época, entre 1996 e 2000, possuía uma população de pouco mais de 30 mil habitantes (<http://ibge.gov.br/cidadesat/painel/populacao.php?lang=&codmun=293020&search=bahia%7Csentose%7Cinfograficos:-evolucao-populacional-e-piramid e-etaria>) – deve ser reduzida a pena-base do agravante.

No caso, considero devida a fixação da **reprimenda-base no patamar de 2 anos e 9 meses de reclusão**. Nesse ponto, ressalto que estou basicamente mantenho a mesma proporção utilizada pela Corte estadual: aumento de 9 meses de reclusão para cada circunstância judicial desfavorável.

Sem atenuantes e agravantes.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que, em se tratando de causa de aumento de pena referente à continuidade delitiva, pela prática de três infrações, incide aumento na fração de 1/5, motivo pelo qual **torno definitiva a pena em 3 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, em regime aberto, para o cumprimento da pena, dada a redução da reprimenda a patamar abaixo de 4 anos**.

VII. Habeas corpus de ofício

O crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967 – "apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio" – consuma-se com a apropriação, ou seja, a transferência da propriedade. No caso dos autos, para praticar o delito, o ex-prefeito fez uso de procedimento licitatório, na modalidade Carta Convite. Sendo assim, fez-se necessária a emissão de Nota de Empenho, documento que indica o nome do credor, a

Superior Tribunal de Justiça

especificação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

Conforme o art. 58 da Lei n. 4.320/1964, "O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição". Em seu art. 60, dispõe que "É vedado a realização de despesa sem prévio empenho"; no art. 61, "Para cada empenho será extraído um documento denominado 'nota de empenho' que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria". Assim, o empenho tem por finalidade firmar um compromisso em relação a uma despesa, servir de base para sua liquidação e assegurar que o crédito comporte as despesas (o saldo disponível para novas contratações fica diminuído); se a despesa não se realizar, o saldo remanesce à conta do ente público. Por fim, o art. 64 da Lei n. 4.320/1964 preconiza "A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga".

Portanto, o momento consumativo do delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967 é a data em que é assinada a ordem de pagamento, ou seja, a data na qual a autoridade competente autoriza a transferência do crédito orçamentário para saldar a nota fiscal, donde o crédito deixa de ser um compromisso de pagamento e passa a ser um direito do credor aos valores disponibilizados. A propósito:

[...]

PACIENTE CONDENADO POR DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS POR 29 (VINTE E NOVE) VEZES EM CONTINUIDADE DELITIVA. SUSTENTADA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO DE EFEITOS PERMANENTES. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PELO CORRÉU À PREFEITURA. CONSUMAÇÃO DO DELITO NO MOMENTO EM QUE HÁ A MODIFICAÇÃO DO TÍTULO DA POSSE DO DINHEIRO PERTENCENTE À MUNICIPALIDADE. EMISSÃO DE 29 (VINTE E NOVE) NOTAS FISCAIS REFERENTES À REFEIÇÕES NÃO FORNECIDAS AOS DESTINATÁRIOS. CRIME CONTINUADO CARACTERIZADO.

1. Da leitura do inciso I do artigo 1º do Decreto-lei 201/1967, na modalidade imputada ao paciente, observa-se que ele cuida de uma espécie de peculato-desvio, que se distingue do previsto no artigo 312 do Código Penal apenas no tocante ao sujeito ativo, que no caso do Decreto-lei 201/1967 é o Prefeito Municipal.

2. Assim como no peculato-desvio descrito no Estatuto Repressivo, a consumação do ilícito disposto no inciso I do artigo 1º do Decreto-lei 201/1967 ocorre quando o Prefeito efetiva o desvio de bens ou rendas públicas em proveito próprio ou de terceiro.

3. Ainda que se trate de apenas um contrato de fornecimento de refeições pelo prazo de 41 (quarenta e um) meses, como assinalado na inicial do writ, o certo é que um novo crime de desvio de dinheiro público se consumou a cada nota fiscal emitida pela empresa do corrêu sem a devida entrega das refeições à Prefeitura.

4. Com efeito, cada vez que a Prefeitura efetuava o pagamento de uma nota fiscal emitida pela empresa do corrêu sem a devida entrega das refeições nela discriminadas, um novo desvio de verbas públicas em proveito de terceiro era efetivado, mostrando-se desprovida de qualquer lógica a assertiva de que, por se tratar de um único contrato de fornecimento de refeições, se estaria diante de um crime único de efeitos permanentes.

[...]

3. Writ parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem. (HC n. 204.956/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 3/10/2012, destaquei)

Os procedimentos licitatórios foram realizados por meio de Carta Convite. A primeira, n. 01/1998 (fl. 71), teve seu pagamento autorizado em 27/11/1998 (fl. 66). Para as demais Cartas Convite, n. 01/1999 (fl. 15) e n. 16/1999 (fl. 24), os pagamentos foram autorizados pelo ex-prefeito em 1º/3/1999 (fls. 13 e 20).

Fixada a pena-base em 2 anos e 9 meses de reclusão, desprezado o acréscimo relativo ao concurso formal, a pretensão punitiva estatal prescreve, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, em 8 anos. **Decorrido tempo superior a 8 anos entre a data da prática dos crimes e o recebimento da denúncia, 25/2/2008, é de se declarar extinta a punibilidade do agravante ao crime supracitado.**

VIII. Dispositivo

À vista do exposto:

a) Dou provimento ao agravo regimental para, com fulcro no

Superior Tribunal de Justiça

art. 544, § 4º, II, "c", do CPC, c/c o art. 3º do CPP, conhecer do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial a fim de afastar a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais da **culpabilidade, da conduta social, da personalidade e das circunstâncias do crime** e, assim, reduzir a reprimenda para o patamar de 3 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial aberto.

b) Concedo habeas corpus de ofício, com fulcro no art. 654, § 2º, do CPP, **para declarar a extinção da punibilidade** de Ednaldo dos Santos Barros, ante a prescrição da pretensão punitiva retroativa, e julgar prejudicada a tutela provisória requerida às fls. 2.977-3.104.