

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.375.333 - BA (2018/0264859-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : ISAAC CAVALCANTE DE CARVALHO
ADVOGADOS : FERNANDO SANTANA ROCHA E OUTRO(S) - BA003124
VITOR DE SA SANTANA - BA035706
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o agravante foi processado e condenado pela prática do delito do art. 1º, III, do Decreto-Lei n. 201/67 (desvio de verba pública ou aplicação indevida - prefeito) à pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto e às penas de perda do cargo e de inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública.

Foram opostos embargos de declaração pela defesa, que foram rejeitados (fls. 2804/2814).

Interposto agravo regimental, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia o acolheu como aclaratórios para anular o julgamento anterior, nos termos da seguinte ementa (fl. 2839):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRELIMINAR. NULIDADE DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR INOBSERVÂNCIA DO RITJBA. RECURSO APRECIADO PELO COLEGIADO, APÓS A PRIMEIRA SESSÃO SEGUINTE À INTERPOSIÇÃO DO RECURSO, SEM PRÉVIA PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. ACOLHIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 325, § 1º, E 172 DO RITJBA. ANÁLISE MERITÓRIA PREJUDICADA. RECURSO PROVIDO.

1. *A preliminar suscitada pelo Embargante merecer ser de plano, acolhida, tendo em vista a nova redação dos arts. 325 e 172 do RITJBA, alterados conforme Emenda Regimental nº 12/2016, de 30 de março de 2016, DJe 31/03/2016.*

2. *Considerando que os Embargos de Declaração de fls. 2552/2567, opostos contra o Acórdão condenatório de fls. 2517/2545, foram apresentados em 01/06/2016, e que este Relator permaneceu legalmente afastado pelo período compreendido entre 01/08/2016 e*

30/09/2016, consoante certificado à fl. 2708. detinha o Embargante o legítimo interesse na prévia publicação da pauta da sessão de julgamento, na forma do art. 172.

3. Não obstante, os aludidos Embargos foram, de fato, incluídos em pauta no dia 24/10/2016 e julgados no dia seguinte, isto é em 25/10/2016, conforme documentado á fl. 2688, inviabilizando, assim, a participação da parte na sessão de julgamento.

4. Constatada, assim, a inobservância da normativa regimental e o prejuízo para a defesa do embargante, há de se acolher a preliminar suscitada, para anular o julgamento dos Embargos de Declaração que se deu na sessão do dia 25/10/2016. Acolhida a preliminar, tem-se por prejudicada a análise do mérito recursal.

5. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."

Em novo julgamento, os embargos de declaração não foram conhecidos.

O acórdão restou assim ementado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA CORTE, ANTE A PERDA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, POSTERIOR AO JULGAMENTO DE MÉRITO DA AÇÃO PENAL - INACOLHIMENTO - PERPETUATIO JURISDICTIONIS - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO DO JULGADO - PRETENSÃO DE REAPRECIÇÃO DO JULGADO - INVIABILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ESTABELECIDOS NO ART. 619 DO CPP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

1 - Concluído o julgamento da ação penal proposta, em 24/05/2016 (fl. 2546). assim como o julgamento dos Aclaratórios inicialmente opostos, em 13/12/2016 (fl. 2735), quando o Embargante ocupava o cargo de Prefeito Municipal de Juazeiro, não remanesce dúvida quanto à competência deste Colegiado para apreciação destes novos Embargos. Com efeito, a regra regimental é clara ao fixar a competência desta Corte para apreciação dos Embargos opostos contra seus próprios julgados, tal como especificado nos arts. 324 a 326 do RITJBA. De mais a mais, subverteria a própria lógica processual em matéria de competência a possibilidade de que um órgão jurisdicional hierarquicamente inferior integrasse ou modificasse decisão proferida por órgão jurisdicional superior.

2 - Impossível o manejo do presente recurso com o fito de se obter nova valoração acerca dos fatos tratados no processo, ou revolvimento de provas. Na espécie, da leitura das razões recursais apresentadas pelo Embargante, verifica-se a ausência de qualquer indicativo tangível acerca da existência dos apontados vícios de contradição e omissão no Acórdão embargado. A irresignação revela, em verdade, que o juízo de contrariedade manifestado dirige-se contra decisão colegiada diversa, concretamente o édito condenatório firmado através do Acórdão de fls. 2517/2545, no intuito de provocar, por via

transversa, o reexame de questão de mérito já decidida por esta Corte e evitar que se tome efetiva a deliberação colegiada.

3 - É possível afirmar, para além do nítido propósito de rediscussão da causa julgada, que a presente insurgência não guarda, sequer, correlação com a decisão impugnada, caracterizando-se, assim, como instrumento protelatório à efetividade da prestação jurisdicional na resolução da demanda penal apreciada. Destarte, evidenciada a dissociação do pedido com os requisitos de admissibilidade da via recursal eleita, estabelecida no art. 619 do CPP. no que tange ao seu cabimento e adequação, não se conhece dos embargos.

EMBARGADOS NÃO CONHECIDOS."

Interposto agravo regimental, este foi improvido pelo Tribunal de Justiça (fls. 3040/3043).

Sobreveio o recurso especial, com pedido de efeito suspensivo. Nesta sede, a defesa apontou divergência jurisprudencial. Sustentou que a peça acusatória não descreveu como teriam sido desviados os recursos públicos e traçou um histórico de como foram remanejadas as verbas e do equívoco ocorrido na publicação da Lei municipal n. 2083/2009, que foi corrigido, por ser tratar de um mero ato administrativo. Pontuou a legalidade dos remanejamentos e salientou não ter sido aditada à denúncia. Arguiu que o acórdão recorrido invadiu competência da Justiça Eleitoral ao instituir pena de inelegibilidade antes do seu trânsito em julgado.

Asseverou, com relação à divergência jurisprudencial, que o aresto hostilizado chancelou entendimento diverso dos tribunais pátrios a respeito das normas contidas nos arts. 155, 156, 214 e 386, VII, todos do CPP.

Apontou equívocos na etapa de dosimetria da pena ao se aplicar a causa de aumento prevista no art. 61, II, "g", do Código Penal, na medida em que a respectiva agravante valora circunstância elementar do próprio tipo penal. Salientou ausência de fundamentação para a aplicação da sanção prevista no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67, na medida em que a relatoria a reputou como efeito automático da condenação pela prática do delito previsto no art. 1º, III, do Decreto-Lei 201/67, diferentemente dos precedentes desta Corte.

A Corte originária inadmitiu o recurso (fls. 3114/3115) por aplicação do enunciado sumular n. 284 do STF, restando prejudicada a análise do efeito suspensivo. O pleito de reconsideração foi negado (fls. 3141/3142).

Em agravo em recurso especial, a defesa refuta a incidência do óbice sumular, informando que *"o Recurso Especial interposto pelo agravante demonstrou, mediante cotejo analítico, que o acórdão condenatório de fls. 2.517/2.545 aplicou as normas federais contidas nos artigos 61, II, "g", do Código Penal, e 1º, § 2º, do Decreto-Lei 201/67 em manifesta violação ao entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é de se ter como preenchido, na espécie, o requisito de admissibilidade estabelecido no art. 105, III, "c", da Constituição Federal"* (fls. 3156/3157).

Contraminuta às fls. 228/236.

No pedido de tutela de urgência, o recorrente pretendeu tornar evidentes os fundamentos que indicariam a probabilidade de acatamento das seguintes teses: 1) para que haja condenação por crime de responsabilidade, faz-se imprescindível que o prefeito aja com plena consciência a respeito de sua conduta ou assuma, deliberadamente, o risco de praticá-la; 2) ilegalidades na imposição da pena e; 3) ausência de fundamentação para aplicação da sanção prevista no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67".

Foi deferido o pedido apenas para conferir efeito suspensivo ao Recurso especial de forma a suspender os efeitos do cumprimento provisório da sanção imposta pelo Tribunal de Justiça *de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 anos*, sustentando também os efeitos conferidos pelo art. 1º, I, "e", da Lei Complementar n. 64/90, na forma do artigo 26-C da mesma Lei.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 3582/3587).

É o relatório. Decido.

Atendidos os requisitos de admissibilidade e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

Passo à análise do recurso especial.

Primeiramente, o recurso especial foi interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional, o que permite a análise das controvérsias apenas sob o aspecto de divergência jurisprudencial.

Desse modo, no que se refere à tese absolutória, embora narrados os fatos

na tentativa de tornar legais os atos praticados pelo recorrente, não foi trazido qualquer dissídio pretoriano quanto ao ponto, nem mesmo apontados precedentes paradigmas de absolvição no mesmo contexto fático, o que implica no reconhecimento do óbice contido na Súmula n. 284 do STF, por deficiência de fundamentação.

Não é demais lembrar que, se possível fosse a análise dessa arguição, implicaria necessariamente no revolvimento de fatos e provas da lide, o que encontra impeco na Súmula n. 7 desta Corte.

Em segundo plano, o recorrente pretende afastar a causa de aumento de pena prevista no art. 61, II, "g", do Código Penal, argumentando *bis in idem*, por ser a mesma causa circunstância elementar do próprio tipo penal. Traz precedente firmado em recurso especial, de relatoria do Ministro Felix Fischer, como forma de levantar a divergência.

Quanto ao tema, o Tribunal de Justiça assim esclareceu, *litteris*:

"Afigura-se presente, in casu, a agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, em razão da conduta ter sido praticada com abuso de poder e violação de dever inerente à função exercida pelo réu. Isso porque, na condição de Prefeito do Município de Juazeiro, o demandado usurpou poderes inerentes ao Legislativo, para perfazer a alteração do orçamento público ao longo de sua execução no ano de 2010, razão pela qual estabeleço a reprimenda, após o acréscimo de 1/6 (um sexto), em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção. Ressalte-se que a valoração aqui expressada não constitui in casu, bis in idem, na medida em que os fatores que ensejam sua aplicação não constituem elementar típica do crime imputado, nem foi objeto de análise em outra etapa do processo dosimétrico.

De mais a mais, a agravante é aplicável aos detentores de mandato eletivo, conforme consubstanciado no julgamento, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, da AP n° 565/RO.

Quantos aos remanejamentos ilegais executados pela via dos Decretos 03/2010, 04/2010, 07/2010, 09/2010, 10/2010, 12/2010, 13/2010, 16/2010, 19/2010, 21/2010, 23/2010, 27/2010, 29/2010, 32/2010, 33/2010, 35/2010, 38/2010 e 39/2010, com percentual de desvio de verbas variável entre 54% (cinquenta e quatro por cento) e 77% (setenta e sete por cento) das dotações anuladas, estabeleço, para cada um dos desvios ilícitos, a pena base de 10 (dez) meses de detenção a qual, acrescida de 1/6, em virtude da agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, resulta em 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Por fim, em relação ao desvio de renda pública perpetrado por meio do Decreto 26/2010, representativo do percentual de

36% (trinta e seis por cento) das verbas anuladas, fixo a pena base em 08 (oito) meses de detenção que, por força da incidência da agravante do art. 61, II, g, do CP, alcança o patamar de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Constatado que o réu, mediante mais de uma ação, praticou 27 (vinte e sete) crimes da mesma espécie e que as condições de tempo, lugar e maneira de execução permitem o reconhecimento da continuidade delitiva, em razão das sequenciadas anulações de dotações e abertura de créditos adicionais suplementares, ao longo do ano de 2010, pela via dos Decretos de nº 02/2010, 03/2010, 04/2010, 06/2010, 07/2010, 09/2010, 10/2010, 12/2010, 13/2010, 15/2010, 16/2010, 18/2010, 19/2010, 20/2010, 21/2010, 23/2010, 24/2010, 26/2010, 27/2010, 29/2010, 30/2010, 32/2010, 33/2010, 35/2010, 36/2010, 38/2010 e 39/2010, em contrariedade ao disposto no art. 4º da LOA, sem vinculação aos mesmos "projetos", "atividades" ou "operações especiais" e dada a ausência de previsão, no art. 5º do referido diploma legal, de autorização para anulação, pelo próprio Executivo, de despesas já aprovadas, que resultaram no efetivo desvio de verbas no montante de R\$ 111.971.070,00 (cento e onze milhões, novecentos e setenta e um mil e setenta reais), há de incidir a norma do art. 71 do CP, com aplicação da sanção mais grave, acrescida, no caso, da fração máxima de 2/3 (dois terços), considerado o elevado número de infrações, perfazendo, assim, na ausência de outras causas de aumento ou diminuição, a pena definitiva de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de detenção."

Ocorre que esta Corte já se posicionou no sentido de que configura *bis in idem* a incidência da agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal ao crime cometido por Prefeito *ratione officii*. A propósito, confirmam-se:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE. ART. 61, II, G, DO CP. BIS IN IDEM. PENA DE INABILITAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

I - Configura bis in idem a incidência da agravante inserta no art. 61, II, g, do Código Penal (ter o agente cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.") ao crime cometido por Prefeito ratione officii (Precedente).

II - De outro lado, no que toca à alegação de que estaria destituída de fundamentação a aplicação da pena de inabilitação, incide, ao caso, a Súmula 284 do c. Pretório Excelso, haja vista não estar devidamente fundamentada a irresignação neste ponto, não tendo sido sequer apontado qual o preceito de lei federal que teria sido violado pela e. Corte de origem.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte,

provido (REsp 1.042.595/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2010)"

"HABEAS CORPUS. PENAL. PECULATO. ART. 1.º, INCISO IV, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL. BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

2. O Código Penal dispõe que a aplicação da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, deve ocorrer quando tiver o agente cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão." Todavia, é elementar do art. 1.º, inciso IV, do Decreto-Lei n.º 201/67 a realização da conduta punível pelo Prefeito ou por quem, em razão de substituição ou sucessão, esteja, ao tempo do delito, no exercício da chefia do Executivo Municipal, motivo pelo qual evidencia-se a impossibilidade de incidência da referida agravante na espécie.

3. Considerando-se a pena ora aplicada - de 2 anos de detenção -, houve o transcurso do lapso temporal de 4 anos, prazo estipulado pelo art. 109, inciso V, do Código Penal, entre as datas do fato (27/09/1994), do recebimento da denúncia (12/03/2001) e da publicação da sentença (12/06/2006), motivo pelo qual há que se declarar a extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

4. Habeas corpus concedido para afastar a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa (HC 107.944/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 21/2/2011)"

No mesmo caminho, há ainda precedente nesta Corte, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, onde se sustenta ser elementar do tipo o fato do delito ter-se dado no exercício da função de chefe do Poder Executivo Municipal, não podendo servir para atribuir desvalor às circunstâncias do crime. É o julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. EQUÍVOCOS. FALTA DE INDICAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. APRECIÇÃO DE TESES CONSTANTES DO RECURSO NÃO ADMITIDO. DESCABIMENTO. APROPRIAÇÃO DE VERBAS

PÚBLICAS (ARTS. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 E 299 DO CP). DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES FLAGRANTES. CONSTATAÇÃO. WRIT DEFERIDO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. É descabido postular a concessão de habeas corpus de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial, uma vez que o deferimento daquele ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, não servindo para suprir eventuais falhas na interposição do recurso, para que sejam apreciadas alegações trazidas a destempo.

2. Existência de ilegalidades flagrantes na dosimetria das penas que autoriza a intervenção desta Corte.

3. Valorada negativamente a culpabilidade, em razão de a prática delitiva ter ocorrido numa situação emergencial, em que as verbas públicas seriam utilizadas nos reparos causados pelas chuvas, em especial, no que diz respeito à população menos favorecida, não cabia ao Juízo a quo utilizar o mesmo fato para atribuir desvalor aos motivos e às circunstâncias do crime. Ao assim proceder, incorreu no indevido bis in idem.

4. A motivação de obtenção de vantagem financeira pela prática do crime constitui elemento do tipo, o qual descreve a conduta de apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967).

5. O fato de o delito ter-se dado no exercício da função de chefe do Poder Executivo municipal também é elemento do tipo - crime próprio -, uma vez que o caput do art. 1º do mencionado decreto-lei diz que os delitos tipificados em seus incisos são praticados por prefeito municipal. Por essa razão, não se presta para atribuir desvalor às circunstâncias do crime.

6. Reduzida a pena referente ao crime do art. 299 do Código Penal, fica extinta a punibilidade deste, pela prescrição da pretensão punitiva, pois consumado o lapso entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, sendo descabida a aplicação retroativa da redação atribuída ao art. 110, § 1º, do Código Penal pela Lei n. 12.234/2010.

7. Remanescendo tão só a pena imposta quanto ao delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, a qual foi redimensionada para 4 anos e 6 meses, é possível ao ora embargante, que é primário, iniciar o seu cumprimento em regime semiaberto.

8. Embargos de declaração rejeitados. Habeas corpus concedido de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao embargante pelos crimes tipificados nos arts. 299 do Código Penal e 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, em razão do afastamento da valoração negativa dos antecedentes, em relação a ambos os delitos, e, apenas quanto ao último, do afastamento do desvalor atribuído também aos motivos e às circunstâncias do crime, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. De ofício, nos termos do art. 61 do Código de

Processo Penal, fica extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, do crime do art. 299 do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, do mesmo estatuto (EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 13/3/2013)"

Desse modo, faz jus o recorrente ao afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 61, II, "g", do Código Penal, devendo a Corte originária proceder ao refazimento da dosimetria da pena.

Por fim, no que toca à ausência de fundamentação para a aplicação da sanção prevista no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67, que foi objeto da tutela provisória antes deferida, merece provimento o recurso, em razão das já apontadas contrariedades no *decisum* cautelar, que agora reforço como fundamentos de decidir.

A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 prevê um efeito específico e não automático da condenação definitiva, exigindo, portanto, fundamentação adequada, nos termos do art. 92, I, "a" do Código Penal. A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO NÃO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 201/67 prevê um efeito específico e não automático da condenação definitiva, exigindo, portanto, fundamentação adequada, nos termos do art. 92 do Código Penal, aplicável na hipótese, ante a omissão do decreto-lei, por força do que dispõe o art. 12 do Código Penal. Precedentes do STF e do STJ.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.322.864/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/9/2015)"

"RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. 1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU EM PARTE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. 2. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DAS NORMAS MUNICIPAIS E DO INTERESSE PÚBLICO. 3. PERDA DO CARGO E INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA (ART. 1º, § 2º, DO DL 201/1967). NECESSIDADE

DE FUNDAMENTAÇÃO. 4. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. *Inexistindo a omissão ou contradição apontadas no acórdão recorrido, mostra-se acertada a decisão do Tribunal de Justiça que rejeitou os embargos de declaração, por ausência das hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal, valendo ressaltar que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pelas partes, sendo imprescindível apenas analisar os pontos suficientes para fundamentar a decisão.*

2. *A redação do inciso II do art. 1º do Decreto-Lei n.º 201/1967, obriga o intérprete a verificar no Direito Administrativo a licitude da conduta imputada ao Prefeito Municipal para que, a partir de então, concluindo pela sua inadequação à norma, aperfeiçoe a subsunção do fato ao tipo penal. Será a partir desse processo de verificação da adequação típica, que poderá o hermenauta avaliar a ofensa aos valores tutelados pela norma penal, trazendo do Direito Administrativo os conceitos de legalidade e moralidade administrativa.*

3. *Demonstrada que a utilização de bens e serviços da Prefeitura extrapolou os limites da legislação, bem como ofendeu a moralidade administrativa, porquanto foram empregados para auxiliar e consolidar ilegal invasão de loteamento, pertencente ao Estado de Goiás, por pessoas da relação política, familiar e de amizade do réu, então Prefeito Municipal, e, inclusive, por ele próprio, deve ser mantida sua condenação pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.*

4. *A perda do cargo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 anos, sanções previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, não são efeitos decorrentes da condenação, devendo o juiz fundamentar a necessidade da medida, levando-se em consideração o alcance do dano causado, a natureza do fato, as condições pessoais dos agentes, dentre outras circunstâncias. Precedente do STF.*

5. *Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido. (REsp 1.162.179/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 5/9/2012)."*

Essa mesma orientação é encontrada em julgado do Pleno do Supremo Tribunal Federal:

"Ação penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Tipo previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67. Denúncia. Tipificação inadequada. Emendatio libelli. Possibilidade. Ausência dos elementos objetivos do tipo. Mera ordenação de despesas não autorizadas por lei. Tipificação de crime diverso (art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67), a ensejar definição jurídica distinta daquela constante da queixa ou da denúncia (CPP, art. 383).

Possibilidade. Prescrição em perspectiva. Inadmissibilidade. Dolo configurado. Infração reconhecida. Continuidade delitiva. Não ocorrência. Pena restritiva de direitos. Aplicação. Prescrição intercorrente consumada. Extinção da punibilidade decretada. 1. A peça acusatória, deixa claro que o primeiro denunciado, quando prefeito de Marília/SP, teria ordenado irregularmente a realização de despesas não autorizadas por lei. 2. Possível, no caso presente, aplicar a norma do art. 383 do Código de Processo Penal, que cuida da emendatio libelli, afastando, assim, a norma do inciso II do art. 1º do DL 201/67, indicada na denúncia, a qual define crime equiparado ao peculato de uso. Pode-se enquadrar, assim, o crime praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo no tipo penal previsto na norma do inciso V do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC nº 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19/5/95; HC nº 71.991-1/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 3/3/95; RHC nº 73.210-1/PA, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1º/12/95). 3. Descabida a análise antecipada sobre a ocorrência de prescrição sob a perspectiva de aplicação aos réus de pena inferior a dois anos pelas infrações que lhes são imputadas. Precedentes. 4. A incidência da norma que se extrai do inciso V do art. 1º do DL 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de ordenar ou executar despesa não autorizada por lei. Garante-se, assim, a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar a vontade livre e consciente dos agentes em realizar a conduta típica. 5. O crime em tela consumou-se de forma instantânea, mediante subscrição do contrato de locação e a consequente autorização para a realização das despesas não autorizadas por lei, conduta única, ainda que a situação antijurídica dela decorrente tenha se prolongado no tempo. 6. A perda de cargo ou a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação "não é automático, nem depende tão-só desses elementos objetivos; ao motivar a imposição da perda de cargo, função ou mandato, o juiz deve levar em consideração o alcance do dano causado, a natureza do fato, as condições pessoais do agente, o grau de sua culpa, etc., para concluir sobre a necessidade da medida no caso concreto". Doutrina. 7. Prescrição da pretensão punitiva intercorrente a ensejar a declaração da extinção da punibilidade dos agentes pela pena concretamente estabelecida (CP, art. 107, IV c/c os arts. 109, VI, e 110, §§, com a redação anterior à Lei nº 12.234, de 2010) (AP n. 441/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 8/6/2012).

In casu, em aplicação da regra estatuída no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, o Tribunal de Justiça limitou-se a consignar, sem a fundamentação adequada,

que, por força da condenação, seriam impostas ao ora recorrente a perda do cargo e a pena de inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, *"sem prejuízo da deliberação, pela Justiça Eleitoral, acerca de eventual arguição de inelegibilidade, nos termos do art. 2º da Lei Complementar n. 64/1990"*.

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para, mantida a condenação imposta, determinar que o Tribunal de Justiça proceda a nova dosimetria da pena, considerado o afastamento da agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal, e anular o acórdão recorrido apenas na parte relativa à imposição da perda do cargo público e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, por falta de fundamentação adequada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 25 de outubro de 2018.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator