

16/12/2010

PLENÁRIO

AÇÃO PENAL 372 SERGIPE

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REVISOR	: MIN. CELSO DE MELLO
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REU(É)(S)	: JACKSON BARRETO DE LIMA
ADV.(A/S)	: LUIZ HAMILTON SANTANA DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: MAURICIO SANTANA DE LIMA
REU(É)(S)	: ROBERTO SALES CARDOSO
ADV.(A/S)	: EDVALDO VIEIRA MESSIAS

EMENTA

Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Peculato (art. 312 do C.P.). Tipo previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67. Denúncia sucinta. *Emendatio libelli*. Possibilidade. Ausência dos elementos objetivos do tipo. Mero emprego irregular de verbas públicas, sem que haja proveito próprio do agente público ou de outrem. *Mutatio libelli*. Possibilidade. Possível tipificação de crimes diversos (art. 1º, incisos III, V ou IX, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67), a ensejar, quando muito, o devido aditamento da denúncia pelo Ministério Público (CPP, art. 384). Desnecessidade. Prescrição da pretensão punitiva já consumada. Pedido julgado improcedente, com a absolvição dos réus com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

1. Embora sucinta, a peça acusatória narra fato típico, deixando claro que o primeiro denunciado, quando Prefeito de Aracaju/SE, teria beneficiado a empresa representada pelo segundo denunciado indevidamente, pagando-lhe o valor contratado, apesar de não executar toda a obra. Hipótese em que a suficiente narrativa permitiu aos acusados que amplamente se defendessem.

2. Possível, no caso presente, aplicar a norma do art. 383 do Código de Processo Penal, que cuida da *emendatio libelli*. Afasta-se a norma do



art. 312 do Código Penal, que define o crime de peculato, indicado na denúncia, para enquadrar o fato no tipo penal previsto na norma do art. 1º, inciso I, segunda parte, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 201/67, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC nº 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 19/5/95; HC nº 71.991-1/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sydney Sanches**, DJ de 3/3/95; e RHC nº 73.210-1/PA, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 1º/12/95) praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo. A concorrência de normas, nesta hipótese, resolve-se com base no princípio da especialidade.

3. Ausência de comprovação de apropriação de bens ou de renda públicas, ou seu desvio em proveito próprio ou alheio. Núcleo essencial do tipo não demonstrado.

4. A incidência da norma que se extrai do inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante 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 não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente que fosse, a vontade livre e consciente do agente em lesar o Erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delito, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida nesta Suprema Corte (Inq. Nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 7/5/10).

5. Existência de prova de elemento não contido na acusação, a ensejar, em tese, a aplicação da norma contida no art. 384 do Código de Processo Penal, que cuida da **mutatio libelli**.

6. Prescrição da pretensão punitiva que torna desnecessária a adoção das providências tendentes ao aditamento da denúncia (CP, art. 107, IV c/ c 109, IV, § 2º, com a redação anterior à Lei nº 12.234, de 2010).

7. Ação penal julgada improcedente.

ACÓRDÃO

AP 372 / SE

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a ação e absolver os acusados, nos termos dos votos do Relator e do Revisor.

Brasília, 16 de dezembro de 2010.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

16/12/2010**PLENÁRIO****AÇÃO PENAL 372 SERGIPE**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REVISOR	: MIN. CELSO DE MELLO
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REU(É)(S)	: JACKSON BARRETO DE LIMA
ADV.(A/S)	: LUIZ HAMILTON SANTANA DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: MAURICIO SANTANA DE LIMA
REU(É)(S)	: ROBERTO SALES CARDOSO
ADV.(A/S)	: EDVALDO VIEIRA MESSIAS

RELATÓRIO**O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

O Procurador-Geral da Justiça do Estado de Sergipe, em 10/6/91, ofereceu denúncia contra Jackson Barreto de Lima, ex-prefeito de Aracaju, e contra Roberto Sales Cardoso, representante da sociedade META – Construções Ltda., junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, nos seguintes termos:

“O primeiro indiciado, na qualidade de Prefeito de Aracaju, celebrou contrato com a referida sociedade para ‘pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia’ (contrato nº 04/88). Conquanto as obras não tenham sido executadas totalmente, o pagamento foi integral, através do segundo indicado; destarte os valores correspondentes às obras não realizadas constituem ilegal desvio de valores do erário público municipal.

Do exposto, para apuração da responsabilidade penal dos indiciados, incursos nas disposições do art. 312 do Código Penal, combinado com o art. 29, o Procurador Geral da Justiça que esta subscreve oferece denúncia contra os mesmos, requerendo sejam citados os denunciados para interrogatório e demais termos do Processo perante esse E. Tribunal de Justiça,

AP 372 / SE

intimando-se as testemunhas abaixo arroladas, na forma da lei” (fls. 5/6).

Notificado em 7/10/93 (fl. 78v), o primeiro denunciado apresentou resposta à denúncia, sustentando que:

“ 1ª) INÉPCIA DA DENÚNCIA

Eminentes julgadores, a presente ação penal originária nº 102/91 se vislumbra aos olhos do mais despretenso julgador, como INEPTA, vez que, o Ministério Público, tripudiando todo o ordenamento processual penal, a desnaturou.

‘Data venia’, sem a responsabilidade que o cargo exige, o Ministério Público, aleatoriamente, sem pelo menos ter a paciência de ler o processo, escolheu como um dos seus indiciados, o primeiro, JACKSON BARRETO DE LIMA, denunciando-o por PECULATO, delito capitulado no artigo 312 do Código Penal.

Diz o artigo 312 do Código Penal:

‘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.’

Vê-se, por conseguinte, que na denúncia do Ministério Público não existe qualquer alusão a fatos dessa natureza.

Onde se acha expresso na denúncia que o primeiro acusado tenha se apropriado do valor X, Y, ou Z?

Só existe na imaginação fértil, de um Ministério Público, que não deseja a verdade, vergasta contra JACKSON BARRETO DE LIMA, a ‘politicagem e a politiquice’.

O artigo 41 do Código de Processo Penal é expresso, quando ao conteúdo de denúncia ou de queixa, pois, fora dali, é INEPTA.

Não necessita se ir tão longe demasiadamente para

mostrar ao julgador, ser INEPTA em todos seus termos a denúncia de fls. 2 e 3.

Fala-se em desvio de valores, mas não especifica esses desvios, não aponta o seu montante, bem como não diz o modo de execução e muito menos a participação de cada indiciado, já que são dois (2).

Em julgamento do 'Habeas Corpus' 928 – SERGIPE (91.18940-5), tendo como paciente o indiciado JACKSON BARRETO DE LIMA, realizado no dia 11/05/92, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por considerar INEPTAS as denúncias que deram início as ações penais originárias nºs 54/91 e 83/91, por idênticos fundamentos aos aqui por nós alegados.

Para melhor conhecimento dessa Egrégia Corte de Justiça, anexamos a presente cópia de todo acórdão 928 citado.

2º) REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

Ilustrado relator e demais membros desse Egrégio Tribunal de Justiça, caso não seja atendido nosso pedido de inépcia da denúncia, sua rejeição se impõe, vista à prova dos autos, prova essa, que o Ministério Público não quis vê-la, pois, como membro da orquestra ODIOSA, instalada no Tribunal de Contas, contra o primeiro indiciado, prefere distorcer a verdade, por desinteresse de prestar serviços à Justiça Pública.

Eminentes julgadores, quando da apreciação do contrato 04/88 pelo Tribunal de Contas, que na verdade foi pago quantia menos do que a contratada, vide pág. 30 dos autos, mesmo assim, inconformado, o T.C. diz que não encontra provado o valor pago, e solicitou DILIGÊNCIA ao Executivo Municipal, cuja diligência foi plenamente respondida à fl. 54.

Após a justificativa plena, de ínfimo quantitativo referente ao contrato 04/88, o Tribunal de Contas, por seu órgão técnico, expressamente admite a existência dos serviços realizados, vejamos o que diz a informação de fl. 60 do Sr. Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas.

INFORMAÇÃO nº 630/88

Em atendimento ao despacho de fl. 54 do Eminentíssimo Conselheiro relator, temos a informação que:

Na justificativa apresentada pela Prefeitura Municipal de Aracaju, (fl. 50) a diferença de quantitativos é atribuída a uma compensação de pequenos serviços realizados na obra, sem terem sido previstos em contrato.

Os serviços extras contratuais citados na justificativa da Prefeitura são de possível execução neste tipo de obra porém torna-se praticamente impossível afirmarmos se foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetoria desde seu início.

É de bom alvitre lembrar que sempre o T.C. determina o seu serviço de engenharia a executar tais avaliações.

Neste caso, porém, não procedeu assim, pois sabia previamente que outro órgão era mais difícil de comprovar a verdade pois a verdade não lhes interessava, por hipótese alguma. Mesmo assim, a informação saiu como vimos. Justificado o emprego de pequena quantia referente ao contrato.

Eminentíssimo julgador, prossegue o T.C., no sonho criminoso contra o primeiro denunciado, com o parecer de fl. 61, do político procurador daquela Corte de Contas, este, já possuindo um PARECER PREVIAMENTE IMPRESSO, para todos os processos contra JACKSON BARRETO DE LIMA, só apenas faltando preencher os claros quanto a quantitativos, isto é, números, como se pode ineludivelmente ser constatado à fl. 61.

Elaborado sem a menor análise do processo, pois, a eles não interessa a verdade, bastando apenas ser qualquer coisa que diga respeito a JACKSON BARRETO DE LIMA.

É o ódio gracioso, contra uma liderança política que vem surgindo na sociedade sergipana, contra a vontade daqueles que sempre estiveram a sugar as benesses de cargos públicos sem a devida qualificação, procurando a todo custo manter a política do apadrinhamento, do qual sempre foram favorecidos.

AP 372 / SE

Tanto isso é verdade que o Ministério Público, seguindo os acordos do T.C., ofereceu sua denúncia sem descrição dos fatos tidos como delituoso.

Assim é que diz DAMÁSIO DE JESUS in '**Código de Processo Penal Anotado**', pág. 42, comentando e anotando o art. 43, inciso I, do C.P.P., que:

'Para efeito de ser julgada INEPTA ou não a denúncia, de acordo com S.T.F., o que importa é o crime descrito e não o crime classificado. (R.T.J. 59/691).'

De mais a mais, a rejeição da presente denúncia se afigura, por não constituir crime o fato narrado, sendo apenas injunções políticas contra o primeiro denunciado na DECISÃO T.C. Nº 7.659 contida à fl. 66" (fls. 79/82).

Roberto Sales Cardoso, igualmente, apresentou resposta à peça acusatória nos seguintes termos:

"DA INÉPCIA DA DENÚNCIA

Inobstante o respeito à pena do nobre Procurador-Geral da Justiça subscrevente da peça denunciante, não sobra alternativa para o indiciado, senão, taxá-la de INEPTA.

Revela-se na denúncia, a completa inobservância da regra insculpida no artigo 41, do Código de Processo Penal, '**verbis**':

'Art. 41 – A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, COM TODAS AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas' (destacou-se).

Pois bem, não se vislumbra na denúncia elementos para imputar aos indiciados a prática de peculato, delito considerado

como um tipo especial de apropriação indébita cometido por funcionário público '*ratione officii*'. Não se fez presente na referida peça, a prova do desvio do dinheiro público em proveito, '*in casu*', do terceiro, ora indiciado.

O denunciante olvidou-se de deixar expresso que os acusados teriam se apropriado dessa ao daquela quantia em detrimento do erário municipal. Não procedeu ao necessário circunstanciamento do suposto crime, reportando-se a desvio de valores, sem, entretanto, especificá-los.

A denúncia deixou, também, de definir qual foi o montante desse suposto desvio, bem como não se referiu ao modo de sua execução e muito menos qual foi a cota de participação ou de proveito de cada indiciado.

Ora, Preclaro Relator e demais membros desse Colendo Tribunal de Justiça, por essas razões, há de ser considerada INEPTA a denúncia em tela, mesmo porque, outro não é o entendimento dos que fazem o Superior Tribunal de Justiça, posto reiterar suas decisões nesse sentido, a exemplo do Acórdão proferido no '**HABEAS CORPUS**' nº 928, que teve como paciente o primeiro indiciado, Jackson Barreto de Lima e decisão vazada nos seguintes termos:

'HABEAS CORPUS nº 928 – SERGIPE (91.18940-5)
RELATOR: O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO
IMPETRANTE: MÁRIO LACERDA SOARES NETO
IMPETRADO: DESEMBARGADOR-RELATOR DAS
AÇÕES PENAIAS NºS 51/91, 61/91 E 83/91, DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
PACIENTE: JACKSON BARRETO DE LIMA

EMENTA

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA.

1. Vários processos, sendo que somente em dois deles houve recebimento de denúncia pelo Desembargador-Relator. Competência do Superior

Tribunal de Justiça para o habeas corpus a estes últimos.

2. Denúncia. Inépcia. Primeira denúncia, por peculato, que fala em desvio de valores mas não especifica esses desvios, não aponta o seu montante, o modo de execução nem a participação de cada um dos acusados. Segunda denúncia com erro grosseiro na capitulação do crime e com falha na descrição da conduta dos acusados, omitindo circunstância essencial à caracterização do crime em tese. Inépcia reconhecida em relação a ambos os processos.

Habeas corpus parcialmente conhecido e deferido com extensão aos co-réus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido para declarar ineptas as denúncias recebidas nos processos 54/91 e 83/91, e estender os efeitos da concessão do 'habeas corpus' aos demais réus Walfran dos Anjos Lima e Fiozelio de Santana, acusados nas respectivas peças, sem prejuízo de que outras denúncias sejam oferecidas, com observância das disposições constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI
PRESIDENTE

MINISTRO ASSIS TOLEDO
RELATOR'

Por todas essas razões, requer o indiciado seja a denúncia declarada INEPTA.

DO MÉRITO

Apesar da Clarividente inépcia da denúncia, por cautela, vem o indiciado apresentar suas razões de defesa quanto ao mérito da ação.

Cinge-se a acusação em dizer que houve desvio de valores do erário público municipal, correspondente às obras não realizadas e recebidas pelo indiciado.

É bem de ver, ínclitos Julgadores, que o Douto Procurador Geral de Justiça, '*data venia*', embarcou na desorientada nau conduzida pelos representantes do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, ancorando sua denúncia no processo ali instalado e cuja verdade, por razões alheias ao conhecimento do indiciado, foi adredemente distorcida.

Os fatos trazidos documentalmente para os autos comprovam de forma iniludível que houve a compensação das despesas com o acréscimo de encargos para a empreiteira. É o que se depreende da simples leitura da justificativa de fl. 54. Mesmo assim, o Tribunal de Contas preferiu desconsiderar todo teor desse documento e, de forma esdrúxula, o Inspetor José Alberto de Souza Sena prestou a seguinte declaração, '*verbis*':

INFORMAÇÃO Nº 630/88

Em atendimento ao despacho de fl. 54 do Eminente Conselheiro relator, temos a informar que:

- Na justificativa apresentada pela Prefeitura Municipal de Aracaju (fl. 50) a diferença de quantitativos é atribuída a uma compensação de pequenos serviços realizados na obra, sem terem sido previstos em contrato.
- Os serviços extra contratuais citados na justificativa da Prefeitura são de possível execução neste tipo de obra, porém torna-se praticamente impossível afirmarmos se

foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetoria desde o seu início.

Esta é a nossa informação.

C.C.I. – 05, em 22 de dezembro de 1988.

JOSÉ ALBERTO DE SOUZA SENA

Inspetor de Controle Externo'

Esse documento há de ser rechaçado na sua íntegra, posto ser contraditório em si mesmo. Se se admite a execução de serviços extra contratuais citados na justificativa do Fiscal de Obras do Município, por que o ilustre Inspetor preferiu ignorar essa hipótese, agindo em rota de colisão com a prática reinante no próprio Tribunal?

Não há justificativa lógica para tal ato, principalmente porque é sabido por todos que o Tribunal de Contas do Estado mantém em seu quadro, equipe de engenharia, que, querendo elucidaria com facilidade a questão, pois bastava uma simples perícia no local e tudo seria comprovado.

O fato de não ter havido aditivo contratual não desmaterializa a existência de outros encargos não previstos originariamente no contrato. É certo que a META Construções LTDA executou serviços de pavimentação a menor que recebeu, mas é certo, também, que executou serviços outros que compensaram essa pequena diferença, tudo com anuência do contratante.

É verdade que o então Prefeito de Aracaju, aqui primeiro indiciado, autorizou o emprego de recursos do tesouro municipal em fim diverso de sua destinação contratual, todavia, sem gerar proveito algum quer para o particular, quer para a Administração Pública. Nesse caso, **é vertente que não houve o peculato.**

Não houve, portanto, o dano material e sem este não há de falar em crime. Também não houve o dolo exigido para essa prática delituosa, tampouco foi verificado o fim especial de agir, elemento subjetivo rigorosamente necessário na modalidade do

peculato-desvio. E para restar estremes de dúvidas tais alegações, o segundo indiciado retornou ao Senhor Fiscal que atuou na construção da obra e obteve deste, a declaração contendo a verdade sobre a obra, consubstanciada, inclusive, numa planilha orçamentária demonstrando a compensação dos serviços que justificaram a autorização do pagamento como foi feito (doc. anexo).

Referida planilha mostra de forma cristalina que o valor contratado foi, inclusive, maior que o faturado/executado, eis que foi da ordem de Cz\$ 806.981,09 (oitocentos e seis mil, novecentos e oitenta e um cruzados e nove centavos) ao passo que os serviços faturados (que tiveram o mesmo valor dos Executados) alcançaram a cifra de Cz\$ 719.415,88 (setecentos e dezenove mil, quatrocentos e quinze cruzados e oitenta e oito centavos).

E não é só. A obra realizada extra contratualmente (sic), que consistiu em execução de passeios em piso cimentado, em recuperação da rede de esgoto e das caixas ali existentes, em recuperação da pavimentação de acesso à vila, bem como as ligações de água servida (vide planilha anexa), foi realizada sob o olhar renitente dos moradores da Vila beneficiada, cujos depoimentos ora anexados, **espancam** vez por todas quaisquer dúvidas acerca de sua execução.

Vê-se também nos autos um projeto à fl. 29, onde mostra a previsão de pavimentação de uma área ligando a vila à rua Gararu. Muito bem, referido trecho pertencia a um particular e sua execução foi, dessa maneira, impossível de ser realizada e, em seu lugar, e em comum acordo com a Fiscalização municipal e com os moradores beneficiários, foram executados serviços outros e que já foram objeto de menção.

Essa prática, aliás, é por demais comum na realização de obras públicas. Sabe-se que o particular fica cingido à vontade dos representantes do contratante que, geralmente, pleiteiam a execução de um serviço extra ali, de outro acolá, etc. Parte-se, também, da certeza que um projeto friamente desenvolvido numa prancheta de desenho, dificilmente se torna possível de

execução sem adequações à realidade da obra.

No mais a mais, o indiciado promoveu a prova fotográfica que mencionados serviços extraordinários foram realmente executados, consoante se vê em anexo" (fls. 100/107).

A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em 20/5/99, recebeu a denúncia em acórdão assim fundamentado:

"Com efeito, a Denúncia ofertada atribui aos acusados a conduta típica prevista no artigo 312, do Código Penal, c/c artigo 29, pela prática do delito de peculato contra a Administração Pública, cuja Denúncia se encontra respaldada em farta documentação que lhe serve de suporte.

Os documentos colacionados nos autos espelham os indícios necessários e suficientes para que se apure em sede de ação penal a responsabilidade dos acusados pela prática do delito que se lhes imputa o Ministério Público nesta Superior Instância.

Os argumentos sustentados pelas defesas por ocasião das respostas ofertadas não foram suficientes para se contrapor ou elidir os indícios da prática delitiva contida na Denúncia, fazendo-se necessária a instauração da ação penal para uma melhor apuração dos fatos narrados na peça acusatória.

Considerando o acima exposto e consistindo o presente julgamento na apreciação do feito para o fim de se decidir pelo recebimento ou rejeição da Denúncia, ou pela improcedência da acusação, na forma do quanto dispõe o contido no artigo 6º da Lei 8.038/90, e verificado que a Denúncia ofertada preenche os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, é de ser a mesma recebida na forma em que foi formulada" (fls. 134/135).

O denunciado Roberto Sales Cardoso foi interrogado em 19/11/01 (fls. 280/281) e apresentou alegações preliminares, com rol de testemunhas (fls. 283/284).

Jackson Barreto de Lima foi interrogado em 15/8/02 (fls. 309/310) e apresentou defesa prévia, também, com rol de testemunhas (fl. 312).

AP 372 / SE

Os presentes autos foram remetidos a esta Corte por decisão de 16/10/03, proferida pelo Desembargador **José Barreto Prado**, Relator, tendo em vista que o denunciado Jackson Barreto de Lima passou a exercer o mandato de deputado federal (fl. 347).

O Ministro **Sepúlveda Pertence**, em 10/11/03, abriu vista ao Procurador-Geral da República Dr. **Cláudio Fonteles** (fl. 350), que apresentou manifestação em 20/11/03, nos seguintes termos:

“O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe, em 10.06.1991, perante o Tribunal de Justiça daquele Estado, ofereceu denúncia em desfavor de JAKSON BARRETO DE LIMA, ex-Prefeito de Aracaju, e ROBERTO SALES CARDOSO como incursos nas sanções do art. 312 do CP, tendo em vista irregularidades na execução do contrato nº 04/88, de 10.02.88, que previa a 'pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro cirurgia' (fls. 05/06).

A denúncia foi recebida em 20.05.99 (fls. 131/133) pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade de votos, seguindo-se, naturalmente, a instrução criminal. Todavia, com a edição do Ato Regimental nº 002, de 22 de setembro de 1999, e em consonância com a jurisprudência dessa Excelsa Corte, que cancelou a Súmula 394, o Colegiado sergipano decidiu que JACKSON BARRETO DE LIMA não tinha mais direito ao foro por prerrogativa funcional, haja vista o não mais exercício do cargo de prefeito, determinado, por conseguinte, a remessa dos autos a 3ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju (fl. 153), tendo este se declarado impedido (fl.163).

Redistribuído o feito à 2ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju, o Promotor de Justiça ratificou a denúncia de fls. 5/6 (fl. 238), tendo o magistrado recebido a peça acusatória em 07.05.01 (fl. 239).

A partir daí, a instrução correu normalmente com a designação de data para interrogatórios dos réus. Devidamente citados e intimados, os réus ROBERTO SALES CARDOSO (fls. 280/281) e JAKSON BARRETO DE LIMA (fls. 309/310) foram interrogados e apresentaram suas defesas preliminares às fls.

283/284 e 312, respectivamente.

Posteriormente, em virtude da diplomação de JACKSON BARRETO DE LIMA como Deputado Federal, os presentes autos foram encaminhados a esse Excelso Supremo Tribunal Federal (fl. 334).

Vieram, por conseguinte, os autos a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação (fl. 350).

Efetivamente, a posse de um dos co-réus no cargo de Deputado Federal justifica o **forum attractionis** do Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, b, da Carta Política, para processar e julgar a presente ação penal.

Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, há de se afirmar que a competência penal originária por prerrogativa de função do STF, advinda da ocorrência de investidura do sujeito ativo de um delito nas funções descritas no art. 102, I, alíneas 'b' e 'c' da CF/88, no curso do processo, não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Têm-se, apenas, a cessação da competência da Justiça Estadual de Sergipe e o deslocamento para o Supremo Tribunal Federal. Tal desconjunção não afasta o princípio **tempus regit actum**, do qual resulta a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu. Neste sentido:

'STF – COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – ADVENTO DA INVESTIDURA NO CURSO DO PROCESSO – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SUPERVENIENTE DA DENÚNCIA E DOS ATOS NELE ANTERIORMENTE PRATICADOS – REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL.

1. A **Perpetuatio jurisdictionis**, embora aplicável ao processo penal, não é absoluta: assim, V.G., é indiscutível que a diplomação do acusado, eleito Deputado Federal, no

curso do processo, em que já adviera sentença condenatória pendente de apelação, acarretou a imediata cessação da competência da Justiça local e seu deslocamento para o Supremo Tribunal. 2. Daí não se segue, contudo, a derrogação do princípio **tempus regit actum**, do qual resulta, no caso, que a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu, há de ser aferida, segundo o estado de coisas anterior ao fato determinante do seu deslocamento. 3. Não resistem à crítica os fundamentos da jurisprudência em contrário, que se vinha firmando no STF: a) o art. 567 Código de Processo Penal faz nulos os atos decisórios do Juiz incompetente, mas não explica a suposta eficácia **ex tunc** da incompetência superveniente a decisão; b) a pretensa ilegitimidade superveniente do autor da denúncia afronta, além do postulado **tempus regit actum**, o princípio da indisponibilidade da ação penal. 4. Enquanto prerrogativa da função do congressista, o início da competência originária do Supremo Tribunal há de coincidir com o diploma, mas nada impõe que se empreste força retroativa a esse fato novo que o determina. 5. Desse modo, no caso, competiria ao STF apenas o julgamento da apelação pendente contra a sentença condenatória, se, para tanto, a Câmara dos Deputados concedesse a necessária licença. 6. A intercorrência da perda do mandato de congressista do acusado, porém, fez cessar integralmente a competência do Tribunal, dado que o fato objeto do processo é anterior a diplomação. 7. Devolveu-se, em consequência, ao Tribunal de Justiça de Estado de Rondônia a competência para julgar a apelação pendente, uma vez que a diplomação do réu não afetou a validade dos atos anteriormente praticados, desde a denúncia a sentença condenatória' (INQO 571-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 05.03.1993).

'INQUÉRITO PENAL – QUESTÃO DE ORDEM – REQUERIMENTO DE SUSTAÇÃO DO PEDIDO DE LICENÇA À CÂMARA DOS DEPUTADOS POR FALTA DE RATIFICAÇÃO, PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, DA DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA OCORRÊNCIA DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – Este Plenário, ao julgar questão de ordem relativa ao Inquérito nº 571, decidiu, reformulando a jurisprudência que se firmara anteriormente, que 'não há razão suficiente para que, advindo a diplomação do réu, na pendência de um processo já instaurado, à diplomação superveniente do juízo originário, se concedam efeitos retrooperantes de nulidade dos atos anteriormente praticados, dos quais nunca se cogitara de outorgar à necessidade superveniente da licença para o processo', não havendo, portanto, ilegitimidade superveniente do autor da denúncia, o que afrontaria o postulado *tempus regit actum* e o princípio da indisponibilidade da ação penal. Daí, haver-se decidido nessa questão de ordem que, inclusive, é válida a denúncia oferecida pelo Ministério Público antes de ocorrer a competência superveniente desta Corte, independentemente de ratificação pela Procuradoria-Geral da República. Questão de ordem que se resolve no sentido do indeferimento da diligência requerida' (INQO 1028-6, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 16.05.1997).

Desta forma, descabida é a declaração de qualquer nulidade dos atos processuais já praticados perante o Juízo competente à época dos fatos, apesar da superveniente modificação de competência, pois, como mencionado, deve-se privilegiar, *in casu*, a correta aplicação do princípio que rege a lei penal no tempo – *tempus regit actum* – garantindo a validade de todos os atos praticados perante o Juízo Estadual de Sergipe.

Oportuno ressaltar que os ditames legais referentes ao

processamento do crime imputado aos ora denunciados foram devidamente observados, aplicando-se os dispositivos legais, não propiciando a ocorrência de qualquer irregularidade que pudesse ensejar a declaração de nulidade de algum ato processual.

Destarte, em atenção à jurisprudência firmada nessa Corte, o processo deve prosseguir da fase na qual se encontre. A etapa subsequente é a oitiva das testemunhas de acusação arroladas na exordial, a saber: JOSÉ ALBERTO DE SOUZA SENA e ROMERO TARGINO DE MACÊDO, ambos servidores do Tribunal de Contas de Sergipe.

Assim sendo, requer o Ministério Público Federal, com amparo no art. 9º da Lei nº 8.038/90 c/c art. 396 do CPP, a reautuação do feito como ação penal e o regular prosseguimento desta, com a inquirição das testemunhas já mencionadas” (fls. 352 a 356).

O parecer reproduzido acima foi acolhido pelo Ministro **Sepúlveda Pertence** em 17/5/04 (fl. 358).

José Alberto de Souza Sena e Romero Targino Macedo, testemunhas de acusação, foram ouvidas em 6/4/05 e em 16/8/05 (fls. 459 a 462 e 551/552); José Carlos Tavares Gentil, Sérgio Augusto Nascimento Smith e José Nivaldo de Mendonça, testemunhas de defesa, foram ouvidas em 23/11/05 (fls. 612 a 618); e Maria Valdelice Alves Meneses e Maria Cleonice Alves dos Santos, testemunhas de defesa, foram ouvidas em 14/3/06 (fls. 667 a 701).

Foi determinada a intimação da acusação e da defesa para requerer as diligências que entenderem necessárias (fl. 719).

A Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, Subprocuradora-Geral da República, e o Dr. **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza**, Procurador-Geral da República, requereram:

“a) seja oficiado ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe para que informe se o réu JACKSON BARRETO DE LIMA efetuou o recolhimento aos cofres municipais da quantia

imposta pela Decisão TC-7659/89-Plenário (processo TC-46737/88);

b) baixa dos autos ao Departamento de Polícia Federal para que, por meio de perícia técnica, informe os **valores atualizados constantes** dos seguintes documentos: Contrato nº 4/88 (fls. 6/11), Nota de Empenho (fl. 14), Informações do TCE (fls. 34/35), Ordem de Pagamento (fls. 41/45)" (fl. 722).

Os réus não se manifestaram a respeito de novas diligências (fl. 724).

O Ministro **Sepúlveda Pertence**, em 4/6/06, deferiu o requerimento do Ministério Público e determinou que, *"realizadas as diligências, intimem-se o MPF e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, alegações escritas (L. 8.038/90, art. 11)"* (fl. 725).

O Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, Dr. **Hildegards Azevedo Santos**, em 13/6/06, informou que:

"Em atenção ao Of. Nº 2.918/R, datado de 23.05.06, desse Gabinete, a Coordenadoria Jurídica desta Corte informa que o processo TC-46.737/88 foi destruído em incêndio ocorrido no arquivo geral deste Tribunal, conforme consta da resenha em anexo, pelo que deixamos de atender à solicitação de Vossa Excelência" (fl. 745).

O Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal – Diretoria Técnico-Científica confeccionou o laudo pericial em 14/11/06 (fls. 780 a 782), satisfazendo o Ministério Público Federal conforme manifestação de fl. 793.

A Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, Subprocuradora-Geral da República, e o Dr. **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza**, Procurador-Geral da República, apresentaram alegações finais, requerendo a absolvição dos denunciados mediante os seguintes fundamentos:

"15. A denúncia atribuiu aos acusados a prática do crime descrito no art. 312 do CP. Essa tipificação, entretanto, deve ser

corrigida, para dar-se aos fatos nova qualificação jurídica, como autorizado pelo art. 838 do Código de Processo Penal.

16. À época dos fatos, o denunciado JACKSON BARRETO DE LIMA ocupava o cargo de Prefeito do Município de Aracaju/SE, razão pela qual os fatos devem ser enquadrados no Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, I, na modalidade desvio:

'DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENÇÃO DE EX-PREFEITO MUNICIPAL, EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º, I E II, DO DECRETO-LEI Nº 201/67: ADMISSIBILIDADE. VALIDADE DO JULGAMENTO OCORRIDO ANTES DA REVOGAÇÃO DA SÚMULA 394 PELO S.T.F. CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. PENA: FIXAÇÃO. 'HABEAS CORPUS'. (...) 3. É irrelevante que a denúncia haja classificado o delito como peculato (art. 312 do C. Penal) e o acórdão tenha condenado o paciente pelo crime do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, já que o julgado se baseou nos mesmos fatos imputados ao paciente, que amplamente se defendeu de tal imputação. (...) (Grifo nosso) (RHC 80.711, Min. Relator Sydney Sanches, DJ 24/08/2001).

17. Vale ressaltar que essa nova definição jurídica dos fatos não afeta o exercício do direito de defesa, pois, como é cediço, os acusados defendem-se dos fatos e não da capitulação dada ao crime na denúncia. Outro não é o entendimento desse Supremo Tribunal Federal:

'HABEAS CORPUS. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ALÍNEA 'A' DO INCISO I DO ART. 6º DO RI/STF). SENTENÇA QUE CONDENOU O PACIENTE POR CRIMES DIVERSOS DAQUELES CAPITULADOS NA DENÚNCIA.

ALEGADA OCORRÊNCIA DE MUTATIO LIBELLI, A MOTIVAR A ABERTURA DE VISTA PARA DEFESA. (...) Verifica-se **emendatio libelli** naqueles casos em que os fatos descritos na denúncia são iguais aos considerados na sentença, diferindo, apenas, a qualificação jurídica sobre eles (fatos) incidente. Ocorrendo **emendatio libelli**, não há que se cogitar de nova abertura de vista à defesa, pois o réu deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não das respectivas definições jurídicas. Sentença condenatória que nada mais fez que dar novo enquadramento jurídico aos mesmos fatos constantes da inicial acusatória, razão pela qual não há que se exigir abertura de vista à defesa. Ordem denegada' (Grifo nosso) (HC 87.503, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 18/08/06).

18. Ainda que não se proceda à **emendatio libelli**, o julgamento não será em nada prejudicado, dada a total a similitude do tipo penal previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 com o crime de peculato (art. 312, **caput**, do CP).

19. Para a configuração do delito em apreço é necessário a comprovação da apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas em proveito próprio ou alheio.

20. Não obstante a existência de provas, sejam documentais, sejam testemunhais, comprovando que as obras executadas ficaram aquém das previstas no contrato nº 04/08 (fls. 08/12), celebrado entre a Prefeitura e a empresa META – Construções Ltda., não se pode concluir que desse inadimplemento parcial do contrato houve o desvio de verbas públicas em proveito dos acusados.

21. Os documentos juntados quando do oferecimento da denúncia, assim como a oitiva das testemunhas arrolados pela acusação, não são suficientes para demonstrar cabalmente a configuração do delito em apreço.

22. Ademais, constam dos autos informações de que a empresa META – Construções Ltda. executou outros serviços extracontratuais em compensação à parcela do contrato não

cumprido.

'(...) que então o que houve foi a compensação dos cerca de 120 metros quadrados de pavimentação a menos por força dos serviços extras e ainda assim não foi liberada a verba prevista no contrato, tendo o interrogando recebido cerca de 80% do valor (...) ' (Interrogatório do segundo acusado, fl. 281).

'(...) que no momento da inspeção realizada no local, não houve justificativa para a existência de uma diferença entre o que estava no contrato e a obra realizada, pois a obra já estava concluída. Soube posteriormente que a Prefeitura de Aracaju apresentou justificativa ao Tribunal de Contas, informando que teria havido uma compensação decorrente da realização de obras não originalmente previstas no contrato (...) ' (Depoimento de fl. 461).

23. Das provas constantes dos autos não é possível inferir que os acusados, em concurso, desviaram verbas públicas em proveito próprio ou alheio.

24. Não evidenciado, destarte, esse propósito de obter vantagem pessoal ou de favorecer um terceiro, não há como concluir pela prática do crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67 (ou art. 312, *caput*, do CP, classificação dada na denúncia).

25. Ante a falta de material probatório suficiente a comprovar o desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio, impõe-se, com base no art. 386, VI, do Código Penal, a absolvição dos denunciados.

26. Por fim, convém informar que, em julgamento de ação penal similar, em que, também, era acusado JACKSON BARRETO DE LIMA, essa Corte absolveu-o pelos mesmos motivos aqui expostos, a saber:

'PECULATO - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME - ABSOLVIÇÃO. Se dos elementos coligidos na fase da instrução penal surge a certeza da ausência de apropriação de dinheiro público, revelando o quadro probatório simples destinação à obra diversa, sem previsão em lei, impõe-se a absolvição do acusado. COMPETÊNCIA - **HABEAS CORPUS DE OFÍCIO**. É firme a jurisprudência do Supremo no sentido de ser possível, ainda que cessada a competência da Corte, a concessão de **habeas corpus** de ofício - Agravo Regimental no Inquérito nº 1.169-0/DF, por mim relatado no Plenário e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 28 de abril de 2000. CO-RÉU - IMPUTAÇÃO DE FATOS IDÊNTICOS - INEXISTÊNCIA DE LEI A DESTINAR APLICAÇÃO DE VERBA EM OBRA PÚBLICA - ABSOLVIÇÃO. Extraíndo-se das peças dos autos imputação única, sem notícia de haver lei a destinar verba pública a certa finalidade, apenas cogitando-se de peculato, impõe-se estender ao co-réu a óptica sobre a não-configuração do delito, absolvendo-o' (AP 365, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/05/2006).

Ante o exposto, requer o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** a absolvição dos denunciados dos crimes de que são acusados" (fls. 800 a 804).

Jackson Barreto de Lima apresentou alegações finais em 26/4/07, deduzindo que:

"Da inépcia da inicial

Da inexistência de Provas

Importa salientar, Excelentíssimo Senhor Ministro relator, que a denúncia fala em desvio de valores, mas, estranhamente, sem nenhum compromisso de seu autor, não circunstancia, não dimensiona, e, muito menos, não oferece o mais mínimo indício

(ou mesmo presunção) de prova de enriquecimento indevido, ou, até mesmo, de qual valor teria sido o desvio.

Permissa maxima venia, a par de não dizer que valores são esses, qual o seu montante, o modo de execução desse desvio e qual a participação de cada acusado no fato criminoso, apenas e tão somente imputa, de forma leviana, a autoria, mas falta com os elementos indicadores da culpabilidade e, máxime, não faz prova, ainda da materialidade do desvio.

Cumprе ressaltar que, para que se configure o crime descrito na peça inaugural, da lavra do então insigne Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe, haveria, melhor dizendo, impunha-se a comprovação do desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio; elemento objeto do tipo penal cuja ausência implica alegação de fato delituoso não comprovado em nenhum momento nos autos; o que, por si só, na forma como desfundamentadamente lançada no libelo acusatório, acarretaria ao seu agente a imputação de crime capitulado no artigo 339 do Código Penal, quer seja, denúncia caluniosa.

Consoante se observa na Denúncia os fatos articulados dizem respeito a desvio de valores, sem, entretanto, especificar quais valores são esses, qual o seu montante, qual o modo de execução desse desvio e qual a participação de cada acusado no fato criminoso, etc., ou seja, inexistem os requisitos insertos no **art. 41 do Estatuto Adjetivo Penal**.

Com efeito, assim dispõe o supracitado dispositivo:

'Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas' (com grifos).

Assim, consoante acima assinalado, a denúncia oferecida pelo Ministério Público, não contém todas as circunstâncias

exigidas legalmente, de sorte que descreve de forma vaga o inadimplemento contratual por parte de uma empreiteira, de uma avença feita com a Municipalidade de Aracaju, sem, no entanto, dizer que houve o desvio do dinheiro para o bolso dos denunciados, ou de terceiros, mediante cooperação material ou psicológica entre eles, em que montante, etc., enfim com detalhes necessários para que se pudesse avaliar, mesmo num primeiro plano, se o episódio ficou circunscrito à responsabilidade civil, ou se adentrou no campo do direito punitivo. Se assim não fosse, estar-se-ia admitindo a odiosa responsabilidade penal objetiva, repudiada pela consciência jurídica pátria.

Por outro lado, ao final da instrução processual, percebe-se com facilidade que os fatos alegados na denúncia não restaram comprovados. Ou seja, em nenhum momento o denunciado utilizou-se do erário público para locupletar-se, todas as diferenças contratuais que **foram detectadas pelo TCE, foram compensadas com a execução de outras obras e/ou outros serviços prestados à população.**

Em aresto desta Suprema Corte, consignou o Ministro Clovis Ramalhe (RHC nº 59.052/CE, DJU de 03.11.81, p. 10.935) ser 'necessário o convencimento de irregularidade ou ilegalidade da aplicação do dinheiro público, feita pelo servidor para a caracterização da figura penal', que deriva, evidentemente, da vontade consciente de se apropriar ou desviar o bem público, o que não se infere do simples fato do descumprimento contratual, que não houve, obrigatoriamente, a existência de um crime, ainda mais que tal descumprimento contratual teria se revertido em favor do próprio interesse público.

Cumprе ressaltar que, para que se configure o crime descrito na peça inaugural do Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe, haveria necessidade de comprovação do desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio, **situação não comprovada em nenhum momento nos autos.**

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça em

juízo do RESP nº 140.675, também contra o parlamentar, inteiramente semelhantes ao presente, assim decidiu:

‘RECURSO ESPECIAL – DENÚNCIA DE PECULATO SEM OS DETALHES NECESSÁRIOS – RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA – SUPOSTA PRÁTICA DELITUOSA. QUE SE CONFUNDE COM MERO DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO.

1 - não se pode presumir a existência de peculato, no simples descumprimento de um contrato, sem os detalhes próprios do tipo, que obrigatoriamente deveriam constar na inicial acusatória.

2 - Nem sempre, na ocorrência de inadimplemento contratual, ocorrer um ilícito penal, o que demanda, para evitar uma abusiva denúncia, detalhes suficientes para separar um fato que realmente resvala para o direito criminal, de outro que simplesmente se mantém no campo do direito administrativo-civil.

3 - Recurso conhecido e provido' (Grifo nosso) (REsp nº 140.675-SE, Rel. Min. **Anselmo Santiago**, sendo réu o mesmo alcaide, publicado no DJU de 04.05.1998).

Outro julgado também do egrégio Superior Tribunal de Justiça, também do elenco de processos orquestrados contra o parlamentar, havia decidido no mesmo sentido:

‘AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – 1. Vários processos, sendo que somente em dois deles houve o recebimento da denúncia pelo Desembargador-relator. Competência do Superior Tribunal de Justiça para o **habeas corpus** quanto a estes últimos.

2 – Denúncia. Inépcia. Primeira denúncia por peculato, que fala em desvio o modo de execução, nem a participação de cada um dos acusados. Segunda denúncia com erro grosseiro na capitulação do crime e com falha na descrição da conduta dos acusados, omitindo

circunstância essencial à caracterização do crime em tese.

Inépcia reconhecida em relação a ambos os processos.

Habeas corpus parcialmente conhecido e deferido com extensão aos co-réus' (HC nº 928/92, Rel. Min. **Assis Toledo**, sendo paciente o mesmo alcaide, publicado no DJU de 11.05.92).

Lado outro, na peça de informação nº 630/88, no processo do TCE, à fl. 60, em 22.12.1988, José Alberto de Souza Sena, inspetor externo do Tribunal de Contas do Estado declarou:

'- Os serviços extra contratuais citados na justificativa da prefeitura são de possível execução neste tipo de obra, porém torna-se praticamente impossível afirmarmos se foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetora desde o seu início.'

De igual modo, em seu depoimento, em 06.04.2005, como testemunha de acusação à fl. 461, José Alberto de Souza Sena assim respondeu:

'(...) O depoente se recorda dos fatos mencionados na denúncia, mas não se lembra de detalhes. Que foi o depoente quem realizou a fiscalização da obra mencionada. Que em suas informações indicou a existência de uma diferença referente a paralelepípedos, do número que tinha no contrato e aquele que havia sido utilizado. Que no momento da inspeção realizada no local, não houve justificativa para a existência dessa diferença entre o que estava no contrato e a obra realizada, pois a obra já estava concluída. Soube posteriormente que a prefeitura de Aracaju apresentou justificativa ao Tribunal de Contas, informando que teria havido uma compensação decorrente da realização de obras não originariamente prevista no contrato. Por essa razão, teria

havido a diminuição de números de paralelepípedos (...).

Que no momento da inspeção era possível identificar a ocorrência de eventual compensação de serviços por meio de perícia. Que a perícia não foi realizada, pois a orientação recebida era no sentido de verificar somente o cumprimento daquilo que estava no contrato' (grifamos).

Note-se que os depoimentos de fls. 613/618 são unânimes em afirmar que não houve desvio de recurso. Havendo, porém, à época, uma usual forma de compensação de serviços, isto é, uma permuta que se caracterizava pela compensação feita entre os serviços de pavimentação e os de drenagem com o escopo voltado ao atendimento do interesse público, eis os depoimentos:

'(...) sabe que as obras realizadas pela Prefeitura havia uma forma de compensação de serviços. (...) o fato é que por conta dessas necessidades, inclusive pela implementação da rede esgotos havia troca de serviços. Normalmente eram precedidas reduções na pavimentação para que fossem realizadas as pavimentações' (sic).

'(...) o depoente realizou perícia nas obras e não encontrou desvio financeiro, mas encontrou em quase na totalidade das obras serviços que foram permutados. (...) geralmente as compensações que foram constatadas em outras consistiam na troca de pavimentação de paralelepípedo por rede de esgotos e canalização de águas pluviais.'

Em momento algum dos autos constata-se ter havido vantagem patrimonial do então alcaide e de seu pretenso co-autor, bem como de desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio. Sendo irrecusável a colocação do titular da ação penal quanto à ausência de prova da prática do crime. Ao contrário, a prova coligida conduz à inexistência de

procedimento glosado sob o ângulo penal.

Com a realização da obra de pavimentação, objeto do contrato, como admitido pelo Tribunal de Contas, impossível cogitar-se de crime de peculato, **impondo-se, em consequência, a absolvição do parlamentar**. Quando muito poder-se-ia reconhecer, na hipótese, um desvio ou aplicação indevida de verbas públicas, tipificada no art. 1º, inciso III, do DL 1.201/67, cuja pena máxima é de três anos (DL 201/67, art. 1º, § 1º). O prazo prescricional de oito anos (CP, art. 109, inciso IV). O fato teria ocorrido em fevereiro de 1988. O prazo prescricional flui em março de 1996. Bem antes do recebimento da denúncia em 20 de maio de 1999, sendo este o entendimento deste Egrégio Supremo Tribunal Federal quando absolveu o parlamentar em julgamento realizado 30.03.2006, eis a ementa:

'PECULATO – AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME – ABSOLVIÇÃO. Se dos elementos coligidos na fase da instrução penal surge a certeza da ausência de apropriação de dinheiro público, revelando o quadro probatório simples destinação à obra diversa, sem previsão em lei, impõe-se a absolvição do acusado. COMPETÊNCIA – **HABEAS CORPUS DE OFÍCIO**. É firme a jurisprudência do Supremo no sentido de ser possível, ainda que cessada a competência da Corte, a concessão de **habeas corpus** de ofício – Agravo Regimental no Inquérito nº 1.169-0/DF, por mim relatado no Plenário e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 28 de abril de 2000. CO-RÉU – IMPUTAÇÃO DE FATOS IDÊNTICOS – INEXISTÊNCIA DE LEI A DESTINAR APLICAÇÃO DE VERBA EM OBRA PÚBLICA – ABSOLVIÇÃO. Extraíndo-se das peças dos autos imputação única, sem notícia de haver lei a destinar verba pública a certa finalidade, apenas cogitando-se de peculato, impõe-se estender ao co-réu a óptica sobre a não-configuração do delito, absolvendo-o' (AP 365/SE, Rel. Min. **Marco Aurélio**, sendo réu o mesmo alcaide,

publicado no DJ de 12.05.2006).

O que se buscou ao ora réu foi lhe impor uma persecução penal infinita, de modo que tenha que dedicar todo o tempo de sua vida a responder processos vários sobre os mesmos fatos de mesma época. Por esse absurdo artifício, criou-se uma imprescritibilidade penal de modalidade não contemplada pela nossa legislação.

Não se pode permitir que em nome da justiça ou por sua conta, se transforme uma apuração de indícios, por exemplo, numa perseguição implacável que não se interessa, evidentemente, pela verdade à luz da lei, mas por objurgatórias quase sempre infamantes. Tudo assim, deplorável, mesquinho, inconfessável e injusto, em troca de interesses que, aviltando a administração da justiça, só fazem bem à politicalha e à politiquice.

Ante o exposto, requer a improcedência da denúncia, vindo então a ser absolvido o denunciado do crime de que é imputado, com fulcro no art. 386, inciso VI, por ser medida da mais lídima e escorreita justiça" (fls. 814/821).

O réu Roberto Sales Cardoso, por sua vez, nas suas alegações finais, após fazer um relatório da demanda, aí incluindo as declarações prestadas pelas testemunhas, alega:

"2- DA NULIDADE DO PROCESSO – DA FALTA DE EXAME DE CORPO DE DELITO – DA ATIPICIDADE DO FATO.

Conquanto não tenha sido levantada a questão na fase que antecedeu o recebimento da denúncia e nem por ocasião da defesa derradeiras pugnar pelo reconhecimento e decretação da NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO, com embasamento nos preceitos insculpidos nos arts. 563 e 564 do CPP, merecendo transcrição esse último dispositivo que reza o seguinte:

'Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - (...)

(...)

III - por falta das fórmulas os dos termos seguintes:

a) (...)

b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio, ressalvado o disposto ao art. 167;'

Como visto, excelência, o Ministério Público, com a devida vênia, não teve a preocupação de produzir a prova mais importante para caracterizar ou não a materialidade do pretense crime que é o exame de corpo de delito, direto ou indireto, tendo em vista que a conduta, **hipoteticamente narrada como crime**, deixou vestígio, nem mesmo para indicar a pretensa diferença de obra.

Somente há nos autos uma peça intitulada '**INFORMAÇÃO Nº 35/88**' de que há divergências de quantitativos nos serviços do item da orçamentária e que, comparando se o valor contratado, há uma diferença, a menor, da ordem de Cz\$ 145.859,80, documento chancelado por um servidor do Tribunal de Contas e posteriormente arrolado como testemunha pelo Ministério Público.

Não foi procedido o devido exame de corpo de delito conforme exigido em lei. Não foram indicados pela autoridade policial ou até mesmo pelo Tribunal de Contas, peritos para proceder ao levantamento de tudo que ocorreu durante a construção, fato que se tivesse acontecido, certamente, teria evitado o constrangimento por que está passando o suplicante ao longo desses anos, submetido indevidamente a um processo criminal desnecessário e inconseqüente. É flagrante, portanto, o prejuízo moral que está sofrendo este acusado, além do outro prejuízo que resultou para a sua defesa, qual seja, a ausência dessa peça de fundamental importância para a definição de inteireza e higidez do que deveria ser o 'devido processo legal'.

Acerca da obrigatoriedade desse exame, há precedente deste Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

AP 372 / SE**'RHC 59.998/ES-ESPÍRITO SANTO****RECURSO EM HABEAS CORPUS****Relator(a): Min. RAFAEL MAYER****Julgamento: 17/08/1982 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA****Publicação: DJ 24-09-1982 PP-09443 EMENTA VOL-01268-01 PP-00105 RTJ VOL-00103-01 PP-00153****Ementa**

PECULATO. EXAME DE CORPO DE DELITO (FALTA). VESTÍGIOS. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART-158. - EM SE TRATANDO DE CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS, TORNA-SE INDISPENSÁVEL O EXAME DE CORPO DE DELITO, DIRETO OU INDIRETO, E A SUA FALTA INDUZ A NULIDADE ABSOLUTA, POSTO QUE ESSENCIAL A APURAÇÃO DA VERDADE E A DECISÃO DA CAUSA. **HABEAS CORPUS PROVIDO.**

Indexação: PROCESSO CRIMINAL, NULIDADE ABSOLUTA, EXAME DE CORPO DE DELITO, AUSÊNCIA, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PECULATO. PP0275, PROVA PERICIAL (CRIMINAL), EXAME DE CORPO DE DELITO.'

Embora se saiba que a dúvida tem que ser interpretada em benefício da defesa ou do réu, neste caso, no entanto, como se trata de nulidade absoluta, há necessidade do seu reconhecimento e decretação da imprestabilidade do processo para que se cumpra o preceito constitucional, mesmo porque está sobejamente provada a atipicidade do delito capitulado na denúncia, posto que nem mesmo o crime previsto no art. 315 – EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS OU RENDAS PÚBLICAS – foi consumado ou tentado, isto porque, se alguma irregularidade foi praticada na execução do projeto, falta de aditivo contratual, por exemplo, teve por escopo única e exclusivamente adequá-lo à nova realidade encontrada durante a sua execução e jamais com o fim de beneficiar alguém, o que

deslocaria a classificação da denúncia para outra figura delituosa.

A relevância desse fato serve também para demonstrar, **data venia**, que o Ministério Público como titular da ação penal, não logrou êxito em sua pretensão de demonstrar a materialidade e autoria do pretendo delito capitulado na primeira denúncia. A prova produzida durante a instrução criminal calcada nos depoimentos das testemunhas arroladas pelo órgão acusador e pelos acusados, bem demonstra que a razão não está com a acusação, uma vez que restou provado que nenhum dos denunciados – ROBERTO SALES CARDOSO ou JACKSON BARRETO – se apropriou de dinheiro público e nem empregou irregularmente verbas ou rendas públicas causando prejuízo ao erário.

Restou sobejamente provado, no entanto, inclusive pelo depoimento das testemunhas, que serviços outros – não integrantes da planilha de obras – foram executados para compensar o estreitamento do leito da rua em razão da construção de calçadas em ambos os lados da via, e que não fazia parte do projeto inicial, caindo por terra a informação prestada pelo servidor do Tribunal de Contas que concluiu, a priori, que a obra não fora totalmente executada.

Conforme se depreende da leitura da documentação acostada aos autos pelo Tribunal de Contas, o valor contratado, à época, foi de CZ\$ 806.981,09 (Oitocentos e seis mil, novecentos e oitenta e um cruzados e nove centavos), enquanto que a empresa de que o acusado era representante legal apresentou uma única fatura no valor de CZ\$ 719.415,88 (Setecentos e dezenove mil, quatrocentos e quinze cruzados e oitenta e oito centavos), valores que atualizados até 30 de abril/2007 e transformados em reais correspondem, respectivamente a R\$ 13.677,37 e R\$12.193,24 com uma diferença da ordem de R\$ 1.484,13 (Um mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e treze centavos).

Essa pequena diferença corresponde ao prolongamento depois do entorno, já referida pelo acusado em seu

AP 372 / SE

interrogatório e constante do croqui encartado à fl. 29 da numeração originária do TJS, como sendo de propriedade de terceiro, e que somente veio ao conhecimento do município de Aracaju no momento da execução da obra, obrigando a que se reduzisse a área inicialmente projetada, fazendo com que o montante empenhado e pago pela Administração contratante, fosse menor do que o inicialmente contratado conforme pode ser verificado no resumo abaixo:

DISCRIMINAÇÃO DE ÁREAS	M2
ÁREA DE PAVIMENTAÇÃO CONTRATADA	895,00
ÁREA DE PAVIMENTAÇÃO LIBERADA	788,00
ÁREA DE PAVIMENTAÇÃO EXECUTADA	660,00
 DISCRIMINAÇÃO DE VALORES	 Cz\$
VALOR DO CONTRATO	806.981,09
VALOR DOS SERVIÇOS EXECUTADOS	719.513,42
VALOR EMPENHADO E PAGO	719.513,42
 SERVIÇOS EXECUTADOS	 Cz\$
PREVISTOS EM PLANILHA	633.141,36
NÃO PREVISTOS E REALIZADOS	86.372,06
TOTAL EXECUTADO	719.513,42

Como visto, excelência, a empresa META CONSTRUÇÕES LTDA., conquanto tenha pavimentado parcialmente a área contratada, somente recebe parte do que foi contratado e correspondente aos serviços efetivamente realizados tendo deixado de ganhar, em valores de hoje, o correspondente a R\$ 1.484,13 (Um mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e treze centavos), o que demonstra a insustentabilidade da peça denunciatória chancelada pelo então Procurador Geral de Justiça sergipano, haja vista que nenhuma vantagem foi auferida pelo acusado ROBERTO SALES CARDOSO, e nem pelo então prefeito JACSON BARRETO DE LIMA, - vítima de

perseguições políticas como bem acentuou o ex-Ministro do STJ Edson Vidigal em Voto (vogal) proferido no Habeas-Corpus 928-SE (REG 91.00118940-5), sendo oportuno que se traga à colação os seguintes excertos do referido voto. Senão vejamos.

'(...) É preciso que neste País não possa triunfar a injustiça da impunidade. Não podemos, também, permitir que, em nome da Justiça ou por sua conta, se transforme uma apuração de indícios, por exemplo, numa perseguição implacável que não se interessa, evidentemente, pela verdade à luz da lei, mas por objurgatórias quase sempre infamantes. Tudo assim, deplorável e mesquinho, inconfessável e injusto, em troca de interesses que, aviltando a administração da Justiça, só fazem bem à politicalha e à politiquice.

(...)

O ordenamento jurídico não enseja dúvidas no tocante a Prefeitos. Crimes comuns, Tribunal de justiça do Estado. Infrações político-administrativas, Câmara Municipal. Nada de Tribunal de Contas, que não é órgão do Poder Judiciário e sim auxiliar do Poder Legislativo para as questões de controle externo. Vê-se, à luz de informações abrangentes, que a tentativa em relação ao ora paciente é de se lhe impor uma persecução penal infinita, de modo a que, sempre inelegível, tenha que dedicar todo o tempo de sua vida a responder processos vários sobre mesmos fatos de mesma época. Por esse absurdo artifício, cria-se uma imprescritibilidade penal de modalidade não contemplada pela nossa legislação.'

Assim, reservando-me para outras considerações caso, em grau de recurso, aqui venham as deploráveis questões destes atos, conheço parcialmente da impetração e lhe dou parcial provimento, nos termos do voto do eminente Ministro Relator.

A reboque dessa implacável perseguição foi levado o agora acusado Roberto Sales Cardoso, como representante legal

e cotista da empresa responsável pela obra tida por reduzida, a também figurar, de forma injusta, no pólo passivo da presente ação penal como co-autor da suposta prática de crime inexistente, haja vista que nenhuma apropriação houve e nem tampouco facilitação para que isso ocorresse.

Logo, não assiste razões ao Ministério Público em tê-lo denunciado para responder aos termos da presente ação, posto que, nem mesmo de forma culposa, pode ser responsabilizado pelo pretense crime capitulado da peça exordial uma vez que somente recebeu uma única fatura correspondente aos serviços efetivamente executados.

Por derradeiro, merece ainda reproche o comportamento externado pelo Tribunal de Contas de Sergipe em não indicar ao Ministério Público estadual o montante do eventual 'prejuízo' causado ao erário público pelo prefeito e, via de consequência, pelo acusado Roberto Sales Cardoso, uma vez que inexistente nos autos indicação a eventual área que deixou de ser pavimentada e o valor correspondente ao prejuízo além da falta de Laudo de Exame de Corpo de Delito conforme já salientado alhures.

3 – DO PEDIDO FINAL

POSTO ISTO, espera a defesa do acusado ROBERTO SALES CARDOSO que:

(1) Reconhecendo este Supremo Tribunal Federal a inexistência de exame de corpo de delito decreta a nulidade processual, segundo os fundamentos desta peça e do artigo 564, III, 'b' do Código de Processo Penal;

(2) Em face da demonstração da inexistência de prova da materialidade e da autoria do pretense crime tipificado no art. 312 do Código Penal Brasileiro, Vossa Excelência **JULGUE IMPROCEDENTE A DENÚNCIA**, decretando a sua **absolvição**.

(3) Requer por derradeiro, que na remota hipótese de vir a ser condenado, sendo primário e de bons antecedentes, seja-lhe

AP 372 / SE

aplicada a menor reprimenda prevista no art. 312 do Código Penal Brasileiro e DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE pelo reconhecimento da prescrição retroativa na forma dos artigos 107, IV, c/c o 110, §§ 1º e 2º do Código Punitivo pátrio, a fim de que seja restabelecido o primado da JUSTIÇA" (fls. 832/838).

É o relatório.

16/12/2010

PLENÁRIO

AÇÃO PENAL 372 SERGIPE

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Jackson Barreto de Lima, ex-prefeito de Aracaju/SE e atualmente deputado federal, e Roberto Sales Cardoso, representante legal da empresa META – Construções Ltda., foram denunciados com base no art. 312 do Código Penal (crime de peculato) combinado com o art. 29 do mesmo diploma (concurso de pessoas), extraindo-se da denúncia que “o primeiro indiciado, na qualidade de Prefeito de Aracaju, celebrou contrato com a referida sociedade para ‘pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia’ (contrato nº 04/88). Conquanto as obras não tenham sido executadas totalmente, o pagamento foi integral, através do segundo indiciado; destarte os valores correspondentes às obras não realizadas constituem ilegal desvio de valores do erário público municipal” (fl. 2).

Primeiramente, tenho que a denúncia, recebida pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe em 20/5/99 (fls. 131 a 133) não é inepta. Embora sucinta, a peça acusatória narra fato típico, deixando claro que o primeiro denunciado, quando prefeito de Aracaju/SE, teria beneficiado a empresa, representada pelo segundo denunciado, indevidamente. Esta teria recebido o valor contratado apesar de não executar toda a obra de “pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia” (fl. 2). A suficiente narrativa da denúncia, observa-se nos autos, permitiu aos acusados que amplamente se defendessem.

A definição jurídica do crime, contudo, como solicitado pelo Ministério Público Federal, para fins de recebimento e validação da denúncia ofertada, comporta modificação, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, que dispõe:

“Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

Cuida o dispositivo acima da **emendatio libelli**, detalhadamente esclarecida assim pelo Professor **Fernando da Costa Tourinho Filho**:

“Cumpre observar, todavia, que no penal vigora o princípio do **jura novit curia**, isto é, o princípio da livre dicção do direito – o Juiz conhece o direito. Em outras palavras, vigora o princípio do **narra mihi factum dabo tibi jus** (narra-me o fato e te darei o direito). A errada classificação do crime não impede, em princípio, a prolação de sentença condenatória.

No particular, duas situações podem verificar-se: a **emendatio libelli** e a **mutatio libelli**.

Se a peça acusatória descreve o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória. A propósito, dispõe o art. 383 do CPP:

‘O Juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave’.

Diz-se, até, que nessa hipótese nem haverá uma alteração do libelo, isto é, uma alteração da peça acusatória, mas, simplesmente, uma corrigenda (**emendatio libelli**).

Aí, três hipóteses podem ocorrer: a) a pena não se altera; b) modifica-se para melhor; c) modifica-se para pior.

(...)

É que, em todos esses casos, não há surpresa para a Defesa. O fato do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória. O Juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido devesse o Magistrado vincular-se à capitulação

feita pelo Acusador.

Inteira aplicação tem, aqui, o refrão **narra mihi factum dabo tibi jus**. Certo que deve haver correção entre a sentença e a acusação. Mas essa relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado, e não entre a decisão e a capitulação dada à **causa petendi**, que é o próprio fato. Assim, na **emendatio libelli** o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o Juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico-penal” (*in Processo Penal*, Saraiva, 29. ed., 2007. v. 4, p. 263/264).

Na hipótese concreta, por haver imputado desvio de verba pública em favor da empresa META – Construções Ltda., a denúncia capitulou o art. 312 do Código Penal, que dispõe:

“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.”

Igual delito é previsto no Decreto-Lei nº 201/67, mas específico para prefeitos, assim:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dois itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda do cargo e a

inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.”

A concorrência das normas acima, do Código Penal e do Decreto-Lei nº 201/67, resolve-se pela aplicação do “*princípio da especialidade*”, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral. Conforme leciona **Rogério Greco**, cuidando do referido princípio:

“É a regra expressa pelo brocardo **lex specialis derogat generali**. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. Na lição de Assis Toledo, ‘há, pois, em a norma especial um **plus**, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral’” (in **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007. v. I, p. 29/30 (Parte Geral)).

Neste caso, mediante uma simples **emendatio libelli**, afasta-se a norma do art. 312 do Código Penal, que define o crime de peculato, para enquadramento do fato narrado na denúncia na norma do art. 1º, inciso I, segunda parte, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 201/67, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC nº 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 19/5/95; HC nº 71.991-1/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sydney Sanches**, DJ de 3/3/95; RHC nº 73.210-1/PA, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 1º/12/95), praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo, assim definido:

“I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;”

AP 372 / SE

Sobre o tema, para encerrar, trago os seguintes precedentes desta Corte que viabilizam a **emendatio libelli** em hipótese como a presente:

“DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO DE EX-PREFEITO MUNICIPAL, EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º, I E II, DO DECRETO-LEI Nº 201/67: ADMISSIBILIDADE. VALIDADE DO JULGAMENTO OCORRIDO ANTES DA REVOGAÇÃO DA SÚMULA 394 PELO S.T.F. CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. PENA. FIXAÇÃO. **HABEAS CORPUS**.”

1. Embora cancelando a Súmula nº 394 a 25.08.1999, o Plenário desta Corte, também por unanimidade de votos, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas, com base nela. Ainda que se tenha referido a seus próprios atos e decisões anteriores àquela, obviamente, pelas mesmas razões, assim também se deve entender com relação aos atos e decisões de outros foros igualmente privilegiados, como foi o caso do ex-Prefeito, ora paciente, julgado em ação penal originária, pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, a 4.3.1999, antes, portanto, da revogação da Súmula referida (o que se deu a 25.8.1999).

2. A extinção do mandato do Prefeito, segundo a jurisprudência mais recente do S.T.F., não é obstáculo à propositura de ação penal, por crime previsto no art. 201/67 (“H.C”. 70.671/PI, D.J.U. de 19.05.95, p. 13.993).

3. É irrelevante que a denúncia haja classificado o delito como peculato (art. 312 do C. Penal) e o acórdão tenha condenado o paciente pelo crime do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, já que o julgado se baseou nos mesmos fatos imputados ao paciente, que amplamente se defendeu de tal imputação.

4. Embora ainda não publicado o acórdão condenatório, estão reproduzidos nos autos da ação principal (e apenso) o relatório e os votos do Relator e dos demais Desembargadores, assim como a conclusão final.

5. E a pena, por se tratar de três crimes de desvio de verbas públicas, em proveito alheio, em concurso material (inciso I do art. 1º do Decreto-lei nº 201 de 27/2/67), foi fixada no mínimo em 6 (seis) anos, por não se reconhecer a ocorrência de delito continuado, o que, aliás, não foi impugnado na impetração nem no presente recurso.

6. Recurso Ordinário em '**Habeas corpus**' improvido" (RHC nº 80.711-9/PE, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sydney Sanches**, DJ de 24/8/01).

"I. Jurisprudência: inaplicabilidade às suas alterações do princípio da irretroatividade penal: validade da condenação de ex-prefeito, denunciado por peculato, pelo crime do art. 1º, I, do DL 201/67, conforme a jurisprudência atual do STF (HC 70.671).

II. Exame de corpo de delito: substantivada a imputação do desvio de recursos públicos na contratação e parcial pagamento de obras superfaturadas, a realidade desse superfaturamento integrava o corpo de delito e, por conseguinte, deveria ter sido objeto de exame pericial por dois expertos oficiais (C.Pr.Pen., art. 159, cf. L. 8.862/94); não pode, contudo, a defesa alegar a nulidade da perícia feita por perito único e não integrante da instituição oficial de criminalística, se, ciente de sua designação, sem protesto, ofereceu quesitos e discutiu as conclusões do laudo: dever de lealdade consagrado no art. 565 C.Pr.Penal" (HC nº 75.793-8/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 8/5/98).

Retificada a capitulação do delito, passo, agora, a examinar a nulidade apresentada pelo réu Roberto Sales Cardoso, no sentido de que *"o Ministério Público (...) não teve a preocupação de produzir a prova mais importante para caracterizar ou não a materialidade do pretense crime que é o exame de corpo de delito, direto ou indireto, tendo em vista que a conduta, hipoteticamente narrada como crime, deixou vestígio, nem mesmo para indicar a pretensa diferença de obra"* (fl. 832). Somente haveria, segundo o mencionado réu, *"uma peça intitulada 'INFORMAÇÃO Nº 35/88' dando conta de que há divergências de quantitativos nos serviços do item 01 da planilha*

AP 372 / SE

orçamentária e que, comparando-se o valor contratado e o executado, há uma diferença, a menor, da ordem de Cz\$-145.859,80, documento chancelado por um servidor do Tribunal de Contas e posteriormente arrolado como testemunha pelo Ministério Público” (fl. 833).

Neste ponto, o réu Roberto Sales Cardoso busca, na verdade, sob a alegação de nulidade por ausência de exame de corpo delito, impor a tese de que não há provas nos autos que viabilizem a procedência da ação penal. Ocorre que este tema tem natureza meritória, que adiante passarei a examinar. De todos os modos, sobre o exame de corpo de delito, cabe afastar qualquer nulidade.

O art. 158 do Código de Processo Penal, de fato, estabelece que, *“quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”* e o art. 564, inciso III, alínea “b”, do mesmo diploma legislativo, que *“a nulidade ocorrerá”* por ausência do *“exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167”*. Este último dispositivo referido, por sua vez, diz que, *“não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”*. Todas essas normas parecem convergir no sentido da nulidade absoluta quando ausente o exame do corpo de delito, espécie de prova pericial, que tem como objetivo, sobretudo, comprovar a materialidade do delito. Entretanto, o próprio Código de Processo Penal, no art. 566, afasta a obrigatoriedade da declaração do vício ao dispor que *“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”*, orientação esta que deve nortear o acolhimento ou a rejeição das nulidades apontadas pelos réus, em geral, nos processos criminais.

No caso concreto, inicialmente, o contrato administrativo foi celebrado em 10/2/88, com prazo de trinta dias para a entrega da obra de pavimentação (fls. 8 a 12); a nota de empenho data de 18/2/88 (fl. 16); a nota fiscal foi emitida em favor da Prefeitura de Aracaju/SE em 24/2/88 (fl. 32); e a ordem de pagamento da Prefeitura possui a data de 26/2/88 (fl. 43). A cópia do processo formado no Tribunal de Contas do Estado de

Sergipe foi remetido ao Ministério Público estadual em 13/10/89 (fl. 71), que ofereceu denúncia três anos depois, em 10/6/91 (fls. 5/6), recebida esta pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em 20/5/99 (fls. 133 a 135). Com efeito, o exame de corpo de delito, *in loco*, diante do tempo decorrido entre o fato típico e o início da ação penal, revela-se, indubitavelmente, imprestável, sendo certo que a defesa busca comprovar que a pavimentação em quantidade inferior à contratada teria sido compensada com outros serviços, tais como afastamento do meio-fio, desentupimento da rede de esgoto, levantamento da rede de água e do nível da rua, etc. Efetivamente, não há como comprovar, mediante prova pericial, depois de tantos anos, que aqueles serviços extraordinários foram realizados pela empresa vencedora da licitação à época da pavimentação, ausente qualquer aditamento ao contrato administrativo. Aliás, o Dr. José Alberto de Souza Sena, Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, identificado como engenheiro à fl. 35v, já havia anotado, na Informação nº 630/88, de 22/12/88, que “os serviços extra contratuais citados na justificativa da Prefeitura são de possível execução neste tipo de obra, porém, torna-se praticamente impossível afirmarmos se foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetoria desde o seu início” (fl. 62). Enfim, o exame de corpo de delito, efetivamente, na hipótese presente, é absolutamente inviável.

Mas não é só. Encontra-se juntado nestes autos o Processo nº 46.737, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, a partir da fl. 4, no qual constam o contrato celebrado, a nota de empenho, a nota fiscal e outros documentos, além da Informação nº 357/88, relativa “à visita de inspeção às obras de pavimentação de uma Vila sito entre as Ruas Riachuelo e Ribeirópolis, em Aracaju”, assinada pelo Dr. José Alberto de Souza Sena, Inspetor de Controle Externo (fl. 36), engenheiro (fl. 35v). Nesta informação, decorrente de inspeção local da obra efetuada por servidor do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, graduado no curso de engenharia, consta que “o valor global do Contrato excede ao da obra executada em Cz\$ 145.859,80 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e cinquenta e nove cruzados e oitenta centavos)” (fl. 36). Ora, essa inspeção feita pelo Tribunal de Contas do

AP 372 / SE

Estado de Sergipe, realizada pelo Estado, portanto, equivale a um exame de corpo de delito, tendo-se chegado à conclusão possível à época em que as obras já estavam encerradas.

Se tudo isso não fosse suficiente, são vários os precedentes desta Corte no sentido de dispensar a realização de prova pericial quando presentes outros elementos de prova, firmes, constantes dos autos, o que, entendo, é o caso dos autos. Neste sentido: HC nº 71.319-0/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sydney Sanches**, DJ de 9/6/95; HC nº 85.744-2/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 2/9/05; e HC nº 87.071-6/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 24/8/07.

Nulidade não há, portanto, quanto à alegada ausência de exame de corpo de delito.

Passo, agora, ao exame do mérito. Para tanto, apenas para relembrar, releio a seguinte passagem da denúncia:

“O primeiro indiciado, na qualidade de Prefeito de Aracaju, celebrou contrato com a referida sociedade para ‘pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no Bairro Cirurgia’ (contrato nº 04/88). Conquanto as obras não tenham sido executadas totalmente, o pagamento foi integral, através do segundo indiciado; destarte os valores correspondentes às obras não realizadas constituem ilegal desvio de valores do erário público municipal” (fl. 2).

Pois bem. Encontra-se, nos autos, o Termo de Contrato c/ Carta Convite nº 4/88, assinado em 10/2/88 pelo réu Jackson Barreto Lima, à época prefeito do Município de Aracaju/SE, e pelo réu Roberto Sales Cardoso, representante legal da empresa META – Construções Ltda., vencedora da licitação, tendo esta se obrigado a “*executar as obras de pavimentação de Vila na Rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia*” (fl. 9) pelo valor de Cz\$ 806.981,09 (oitocentos e seis mil, novecentos e oitenta e um cruzados e nove centavos).

Está nos autos, igualmente, a Nota de Empenho nº 097/88, de

AP 372 / SE

18/2/88, relativa ao Contrato nº 4/88 e no mesmo valor deste, também assinada pelo primeiro réu em favor da empresa META – Construções Ltda. (fl. 16).

No “Quadro de Quantitativos” (fl. 21) apresentado no processo de licitação pela empresa META – Construções Ltda., no tocante aos serviços que seriam realizados, encontram-se os seguintes valores e metragens:

- a) fornecimento, assentamento e rejuntamento de paralelepípedos: 895m², Cz\$ 620,68/preço unitário, Cz\$ 555.508,60/preço total;
- b) fornecimento, assentamento e rejuntamento de meio-fio: 321m, Cz\$ 384,59/preço unitário, Cz\$ 123.453,39/preço total;
- c) escavação manual: 150m³, Cz\$ 192,40/preço unitário, Cz\$ 28.860,00/preço total;
- d) expurgo de material: 195m³, Cz\$ 303,38/preço unitário, Cz\$ 59.159,10/preço total;
- e) limpeza e instalação da obra: Cz\$ 40.000,00/valor total;
- f) total geral: Cz\$ 806.981,09.

Consta da nota fiscal de fl. 32, de 24/2/88, o valor certo total de Cz\$ 719.415,88 e, na Fatura 01/88 (fl. 33), com igual valor, ambas emitidas pela empresa META – Construções Ltda., a seguinte especificação dos serviços efetuados:

- a) fornecimento e assentamento de paralelepípedos – 788m² x Cz\$ 620,68 = Cz\$ 489.095,84;
- b) fornecimento e assentamento de meio-fio – 266ml x Cz\$384,59 = Cz\$ 102.300,94;
- c) escavação manual – 150m³ x Cz\$ 192,40 = 28.860,00;
- d) expurgo de material – 195m³ x Cz\$ 303,38 = Cz\$ 59.159,10;
- e) limpeza e instalação de obra – Cz\$ 40.000,00
- f) total geral: Cz\$ 719.415,88.

Por sua vez, extraio do “Quadro Comparativo de Custos” (fl. 37), anexo

à Informação nº 357/88 (fl. 36), formulado pelo engenheiro José Alberto de Souza Sena, Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas de Sergipe, que teriam sido efetivamente executados os seguintes serviços pela empresa META – Construções Ltda.:

- a) fornecimento, assentamento e rejuntamento de paralelepípedos: 660m², Cz\$ 620,68/preço unitário, Cz\$ 409.648,80/preço total;
- b) fornecimento, assentamento e rejuntamento de meio-fio: 321m, Cz\$ 384,59/preço unitário, Cz\$ 123.453,39/preço total;
- c) escavação manual: 150m³, Cz\$ 192,40/preço unitário, Cz\$ 28.860,00/preço total;
- d) expurgo de material: 195m³, Cz\$ 303,38/preço unitário, Cz\$ 59.159,10/preço total;
- e) limpeza e instalação da obra: Cz\$ 40.000,00/preço total.

Examinando-se todos os valores acima referidos, constantes do “Quadro de Quantitativos” (fl. 21) apresentado no processo de licitação pela empresa META – Construções Ltda.; da nota fiscal de fl. 32, de 24/2/88, e da Fatura 01/88 (fl. 33), ambas emitidas pela mesma empresa META – Construções Ltda.; e do “Quadro Comparativo de Custos” (fl. 37), anexo à Informação nº 357/88 (fl. 36), formulado pelo engenheiro José Alberto de Souza Sena, Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas de Sergipe, não há dúvida de que houve diferença entre o valor dos serviços efetivamente executados e o dos serviços pagos, este último maior que aquele, conforme passo a demonstrar contabilmente.

A nota fiscal e a fatura apresentada pela empresa contratada indicam o valor total de Cz\$ 719.415,88, importância esta paga pela Prefeitura de Aracaju/SE. Ocorre que, apesar de a fatura discriminar, a título de fornecimento e assentamento de paralelepípedos, a execução de 788m², totalizando o valor de Cz\$ 489.095,84 (considerando o valor unitário de Cz\$ 620,68), o engenheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, na perícia realizada, esclarece que foram executados, em relação ao mesmo serviço, tão somente, 660m², cujo valor não poderia ultrapassar Cz\$

409.648,80 (considerando o valor unitário de Cz\$ 620,68). Conclui-se que, a título de fornecimento e assentamento de paralelepípedos, foi pago a mais Cz\$ 79.447,04, tendo em vista que foi realizado 128m² a menos em relação à metragem indicada na fatura pela empresa META – Construções Ltda.

Anoto, para que não haja qualquer dúvida, que a fatura, a título de fornecimento e assentamento de meio-fio, aponta a realização de “266ML” (metro linear), totalizando a importância de Cz\$ 102.300,94 (considerando o valor unitário de Cz\$ 384,59). O quadro demonstrativo apresentado pelo engenheiro do Tribunal de Contas de Sergipe, por sua vez, indica que teriam sido assentados 321m, que totalizaria a importância de Cz\$ 123.453,39 (considerando o valor unitário de Cz\$ 384,59). Neste caso, adotada como correta a informação do servidor, teria a empresa META – Construções Ltda., a título de assentamento do meio-fio, direito a receber Cz\$ 21.152,45. Mas mesmo que seja feita a compensação entre este aparente crédito da empresa e o valor recebido a mais no tocante ao fornecimento e assentamento de paralelepípedos (Cz\$ 79.447,04), permaneceria o valor global excedente, recebido indevidamente pela empresa, de Cz\$ 58.294,59 (Cz\$ 79.447,04 – Cz\$ 21.152,45 = Cz\$ 58.294,59).

Para informação desta Corte, o valor de Cz\$ 58.294,59, a pedido do Ministério Público Federal, foi atualizado pelo Departamento de Polícia Federal - Instituto Nacional de Criminalística, alcançando em 31/10/06 a importância de R\$ 3.961,70 (três mil, novecentos e sessenta e um reais e setenta centavos) (fl. 782).

Estar-se-ia, assim, frente a propugnado pagamento feito a maior à empresa, por serviços alegadamente não realizados.

Ocorre que, em conformidade com o sustentado pela defesa, outros serviços teriam sido executados para compensar a pavimentação em metragem menor que a constante da fatura.

Sabe-se que, nos termos do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, ordinariamente é da defesa o ônus de provar os fatos que alegar para efeito de afastar a imputação criminal.

Em conformidade com os ensinamentos de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, “a regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*, isto é, deve incumbir-se da prova autor da tese levantada. Se o Promotor denuncia B por haver praticado lesão corporal em L, cumpre ao órgão da acusação carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que B produziu lesão corporal em L. Se a Defesa alegar qualquer causa que vise a exculpar a conduta de B, inverte-se o *ônus probandi*: cumprirá à Defesa a prova da tese levantada. (...) Se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de ilicitude, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit acto* (...) Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade. (...) Não se deve olvidar, contudo, que o Juiz somente em casos excepcionais deve empreender a pesquisa de ofício. Seu campo de ação na área de pesquisa probatória deve ser por ele próprio limitado, para evitar uma sensível quebra da sua imparcialidade. (...) A atividade do Juiz, pois, é meramente supletiva e, assim mesmo, não tem ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Por isso, devem as partes diligenciar a realização das provas, sob pena de sua desídia levá-las a um resultado desfavorável” (in **Processo Penal**. 29. ed. Saraiva, 2007. v. 3, p. 238 a 240).

Voltando ao caso concreto, contudo, nos interrogatórios (fls. 280/281 e 309/310) e nas alegações finais (fls. 812 a 821 e 827 a 838), os réus sustentam que a pavimentação efetuada em área menor foi compensada, embora sem termo aditivo contratual, por serviços outros, tais como conserto da rede de esgoto, totalmente danificada; recuo do meio-fio; e ramais de água e calçada em ambos os lados da via.

A referida compensação de serviços encontra-se discutida, apenas, no âmbito das provas testemunhais produzidas.

As testemunhas ouvidas fazem referência a fatos esclarecedores a respeito dos serviços não contratados originalmente, e que se dizem executados pela empresa META – Construções Ltda.

Destaque-se, em primeiro lugar, os seguintes trechos do depoimento da testemunha de acusação **José Alberto de Souza Sena**, engenheiro,

Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe; *“realizou a fiscalização da obra mencionada. Que em suas informações indicou a existência de uma diferença referente a paralelepípedos, do número que tinha no contrato aquele que havia sido utilizado. Que no momento da inspeção realizada no local, não houve justificativa para a existência de uma diferença entre o que estava no contrato e a obra realizada, pois a obra já estava concluída. Soube posteriormente que a Prefeitura de Aracaju apresentou justificativa ao Tribunal de Contas, informando que teria havido uma compensação decorrente da realização de obras não originalmente previstas no contrato. (...) Que no momento da inspeção era possível identificar a ocorrência de eventual compensação de serviços por meio de perícia. Que essa perícia não foi realizada, pois a orientação recebida era no sentido de verificar somente o cumprimento daquilo que estava no contrato. (...) Que não se recorda se havia calçada no local inspecionado”* (fls. 461/462 - destaques nossos).

A segunda testemunha de acusação, **Romero Targino Macedo**, por sua vez, declara *“que em 1988 houve vários processos e nesta data o depoente era servidor do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e vários processos foram rejeitados; que nesse caso era uma obra da Prefeitura, mas não recorda da obra em si, mas dentre os vários processos lembra dessa obra do Bairro Cirurgia; que sabe que algumas obras não foram executadas e outras foram justificadas por ter compensado os serviços; que conhece Roberto Sales, o qual é uma pessoa íntegra e engenheiro há muitos anos desde a antiga Companhia de Habitação Popular; (...) que a empresa Meta Construção não tinha muitas obras, pois não era uma empresa de grandes obras; que não lembra exatamente da obra, mas sabe que se tratava de pavimentação de uma pequena rua; que em função do tempo não lembra dos detalhes; (...) que não efetuou pessoalmente nenhuma inspeção nessa obra; que Jackson Barreto não voltou à Prefeitura de Aracaju, tendo sido cassado em decorrência desses processos”* (fls. 551/552 - destaques nossos).

As testemunhas de acusação, se não trazem elemento seguro de convicção sobre a efetiva existência de serviços extracontratuais pela empresa de construção civil, também não são capazes de afirmar o

contrário, ou seja, a efetiva inexecução, pela Meta Construções, de serviços outros não contratados e cujos valores foram compensados com aqueles correspondentes aos serviços não executados em conformidade com o contrato celebrado com a Prefeitura Municipal de Aracaju. Note-se, inclusive, haver o Tribunal de Contas se descurado da salutar providência de elaboração de constatação pericial a respeito ou não desses serviços.

Passando aos depoimentos das testemunhas arroladas por Jackson Barreto de Lima, à fl. 312, observo que **Sérgio Augusto Nascimento Smith** declara que, *"na época dos fatos narrados na inicial, o depoente trabalhava como requisitado no mutirão de limpeza da cidade. Não acompanhou nenhuma obra que a Prefeitura realizava e nada sabe dizer sobre aquela a que se refere a denúncia, mas sabe que as obras realizadas pela Prefeitura havia uma forma de compensação de serviços. Sabe que a Prefeitura ficava responsável pelo levantamento do tipo de solo que ia ser levantado, a necessidade de reforço, etc. Mas não sabe informar se a responsabilidade pelo reforço era da empresa contratada para a pavimentação ou da Prefeitura. O fato é que por conta dessas necessidades, inclusive pela implementação da rede de esgotos, havia troca de serviços. Normalmente eram procedidas reduções na pavimentação para que fossem realizadas as pavimentações"* (fl. 613 - destaques nossos).

José Carlos Tavares Gentil, na respectiva assentada, afirmou que, *"em face da denúncia do Ministério Público, o depoente, que à época e até hoje é engenheiro do Estado, foi convidado pelos engenheiros da Prefeitura para realizar perícia em diversas obras da Prefeitura, que segundo notícias estariam sendo feitas de forma irregular. O depoente realizou a perícia nas obras e não encontrou nenhum desvio financeiro, mas encontrou em quase na totalidade das obras serviços que foram permutados. Quanto às obras referentes às fls. 02 e 03, o depoente não se recorda se chegou a periciá-la. (...) Geralmente as compensações que foram constatadas em outras obras consistiam na troca de pavimentação de paralelepípedo por redes de esgotos e canalização de águas pluviais, esclarecendo que naquela época muitas ruas eram pavimentadas sem rede de esgoto e de águas pluviais. Quando havia essas permutas realizava-se a rede de esgoto e não se*

AP 372 / SE

fazia a pavimentação, tudo isso era feito sem documentação formal, o que constituía uma praxe na administração. As trocas eram feitas da seguinte forma: transformava-se o custo da pavimentação em drenagem. (...) Com relação à hipótese dos autos, o depoente não sabe dizer se houve ou não um estreitamento do leito da rua para compensar com a implantação da rede de esgoto" (fl. 615 - destaques nossos).

Quanto a **José Nivaldo de Mendonça**, diz que "era fiscal da Prefeitura na época dos fatos a que se refere a denúncia. Especificadamente, em relação aos fatos narrados, o depoente em nada se recorda se tinha fiscalizado essa obra. Mas que aconteceu com ela o que acontecia com as outras, isto é, a Prefeitura contratava a pavimentação de determinada rua e a empresa contratada se responsabilizava apenas pela colocação dos paralelepípedos. A regularização do leito da rua para poder receber a pavimentação era feito pela prefeitura e não pela empresa. Nessa atividade, os tratores da prefeitura costumavam arrebentar as tubulações de água e, para compensar esses prejuízos, a Prefeitura trocava com a empresa certos trechos da pavimentação pelos consertos das tubulações de água. O mais comum era tornar as ruas mais estreitas, para reduzir o custo da pavimentação. (...) Que confirma os termos do documento de fls. 111 e 113 e que lendo agora tal documento, constata que essa vila residencial é a mesma a que se refere a denúncia. De toda a sorte, não se lembra exatamente o que foi feito com este logradouro, mas deve ter sido feito o procedimento acima descrito, pois assim se procedia em relação a todas as obras similares" (fl. 617 - destaques nossos).

Quanto às testemunhas arroladas pelo réu Roberto Sales Cardoso, às fls. 283/284, **Maria Cleonice Alves dos Santos**, primeira a depor, afirmou que "nunca trabalhou para a prefeitura e acerca dos fatos narrados na denúncia tem a dizer que reside na Vila da Rua Riachuelo, entre Gararu e Ribeirópolis, desde que nasceu, e que esta travessa foi totalmente pavimentada na administração do Dr. Jackson Barreto; esclarece que a pavimentação foi concluída antes do Prefeito Jackson Barreto ter deixado a Prefeitura. (...) Além das obras de pavimentação a prefeitura consertou a rede de esgoto e como canos de água foram quebrados durante a obra a própria prefeitura consertou. Foi

AP 372 / SE

construída também uma calçadinha com meio-fio. Que com a construção das calçadas foram retiradas lavanderias que ficavam na porta das casas e colocadas em outro local. (...) a depoente não se recorda o tempo de duração das obras, lembra que demoraram mas não chegando a um ano; a depoente não se lembra se as obras foram realizadas no meio, no início ou no fim do mandato; (...) não se lembra de uma entrega formal da obra, lembra-se de uma inauguração mas não se recorda se a entrega foi feita pelo prefeito ou por outra autoridade; que quem executou a obra foi uma empresa contratada pela prefeitura; que a depoente sabe que foi uma empresa que realizou a obra porque os operários não usavam roupas que o identificasse como funcionários da prefeitura, vez que quando é a mesma que realiza a obra, os funcionários trazem na roupa elementos que identificam a prefeitura" (fls. 668/669 - destaques nossos).

Por último, a testemunha **Maria Valdelice Alves Meneses**, no seu depoimento, disse *"que reside na Vila da Rua Riachuelo, entre Gararu e Ribeirópolis, e que esta travessa foi totalmente pavimentada na administração do Dr. Jackson Barreto; esclarece que a pavimentação foi concluída antes do Prefeito Jackson Barreto ter deixado a Prefeitura, cujo mandato não chegou a concluir, por força de um impedimento, decretado pela Câmara Municipal. (...) na época foi realizado o desentupimento da rede de esgoto, levantada a rede de água, bem como o nível da rua e colocado o meio-fio, a pedido dos próprios moradores; que também foi construído o passeio. (...) não se recorda quanto tempo durou a obra, mas recorda-se que foram mais de dois meses; que essas obras foram realizadas no meio do mandato do prefeito" (fl. 700 - destaques nossos).*

Dos depoimentos das testemunhas de defesa, portanto, é possível abstrair-se que, de fato, foram executados esses serviços, que ensejaram a apontada compensação dos serviços contratados por outros não licitados, em valor compatível com o desembolso efetuado.

Frise-se, mais uma vez, que o valor da diferença apurada pelo Instituto Nacional de Criminalística, de meros R\$ 3.961,70, em 31/10/06 (fls. 780/782), revela-se perfeitamente compatível com a execução de outros pequenos e singelos serviços, ainda que sem expressa previsão contratual.

AP 372 / SE

Aliás, em reforço da conclusão acima, mesmo considerando a manifestação contida no Parecer nº 1.079, de 12/9/88, assinado pelo eminente Ministro **Carlos Ayres Britto**, à época Procurador do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, verifica-se que aquela Corte de Contas em momento algum excluiu a possibilidade de execução de serviços outros não contratados, limitando-se a aferir, sob o aspecto formal, a existência de pagamento a maior, considerando os serviços contratados efetivamente executados, **verbis**:

“Neste processo, CCI atesta a existência de obra pública em desconformidade com o respectivo contrato. A desconformidade está em que os quantitativos executados ficaram aquém da prestação obrigacional da empreiteira, que, não obstante, recebeu todo o numerário correspondente ao cumprimento cabal do contrato. Não houve aditivo contratual nem prova de compensação das despesas com outros encargos da empreiteira.

Vê-se, pois, que ao locupletamento indevido da empreiteira correspondeu um efetivo prejuízo à Fazenda Pública. Prejuízo que a CCI quantifica em Cz\$ 145.859,80, a preços da época, conforme relatório de fl. 30.

Somos pela glosa da despesa excedente e condenação do seu ordenador à reposição do ‘**quantum**’ indevidamente pago. Ainda mais, pronunciamo-nos pelo encaminhamento da matéria à Egrégia Câmara de Vereadores e à Procuradoria Geral da Justiça, para as providências que lhes competirem.

É o parecer, s.m.j.

Aracaju, 12/09/88

CARLOS AYRES BRITTO

Procurador TC-01” (fl. 63).

Observe, ainda, que o Ministério Público Federal, ao dar parecer pela absolvição dos denunciados, traz notícia do julgamento, nesta Corte, da Ação Penal nº 365-6/SE, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 12/5/06, em que o primeiro denunciado, Jackson Barreto de Lima, foi

AP 372 / SE

absolvido por crime análogo.

Não se verifica, portanto, a presença, *in casu*, do núcleo essencial do tipo (seja ele do crime de peculato ou do crime específico previsto no inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67), qual seja, apropriar-se o agente público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem posse em razão do cargo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.

Descabido, portanto, na espécie, o reconhecimento da figura típica assemelhada ao peculato-desvio, prevista na Lei de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, que exige que dê o agente público à coisa destinação diversa, em proveito seu ou de outrem.

Igualmente ausente, na espécie, o elemento subjetivo do tipo essencial à configuração do delito imputado aos réus. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida à apropriação do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, de que se tem a posse em razão do cargo. Pressupõe o tipo, na modalidade do denominado peculato-desvio, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de empregar a coisa em fim diverso daquele a que destinada), do dolo específico como denomina a doutrina clássica ou elemento subjetivo do tipo específico: a intenção de proveito próprio ou de outrem.

Em julgado no qual se discutiu a tipicidade de infração semelhante imputada a prefeito, destacou o Relator, Ministro **Ayres Britto** (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, DJe de 7/5/10), o que segue:

“(…)

16. Todavia, esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo que não enxergo neste caso: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário. Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político-administrativo

(controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não é de ser, pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvem a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto.

17. Hely Lopes Meirelles, em seu clássico *Direito Municipal Brasileiro* (RT, 1985, p. 587/588), no mesmo tom, sustenta que as figuras típicas do art. 1º do Decreto-Lei 201/67:

'(...) só se tornam puníveis quando o Prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem (...) Mas em se tratando de crime contra Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público não há crime a punir'."

Em voto-vista de minha relatoria no Inquérito nº 2.027/RO, ao analisar igual questão atinente ao elemento volitivo do tipo, já tive a oportunidade de destacar que, na verdade, se não se pode, pura e simplesmente, imputar ao governador de Estado (ou, como no caso, ao prefeito municipal) a responsabilidade pela execução dos convênios que assina, por outro lado, não se pode deixar de identificar ser o denunciado igualmente o responsável jurídico pelo convênio.

A pergunta que aqui me parece necessária, então, é saber se o fato de aparecer o primeiro denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que os serviços tenham sido substituídos, conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe

AP 372 / SE

é imputado sem que se esteja adentrando no campo da responsabilidade objetiva.

Mestre **Aníbal Bruno** ensinou faz tempo que o “*resultado típico de dano ou de perigo para um bem jurídico tutelado pela lei penal conduz a ordem jurídica a procurar a vontade geradora desse resultado*”, e, ainda, que o direito penal “*é conceitualmente um Direito Penal da Culpabilidade*”, e, depois de mencionar Mayer, afirma que a “*condenação da responsabilidade pelo resultado e essa exigência da responsabilidade pela culpabilidade vieram como produto de um processo longo de criação jurídica, que ainda hoje não chegou ao seu termo*”, lembrando que nas origens “*houve uma fase de pura responsabilidade objetiva*” (**Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. v. I, tomo 2, p. 23/24 (Parte Geral)).

Não é por outra razão que **Nilo Batista** indica que o “*princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas, deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável*”. Para esse jurista, escapar da responsabilidade objetiva impõe que para “*além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da idéia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena*”. De fato, diz **Nilo Batista**, “*o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta a um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma ‘a culpabilidade não se presume’, que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: a culpa não se presume’. A responsabilidade penal é sempre subjetiva*” (**Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 4. ed. REVAN, p. 103/104).

De igual modo, **Rogério Greco** assinala, invocando a lição de Nilo

Batista, *"que para que determinado resultado possa ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva"* (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 4. ed., 2004, Ed. Impetus, p. 100).

Veja-se que, ainda recentemente, esta Suprema Corte decidiu, sendo Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, que a ausência de provas da frustração dolosa do caráter competitivo da licitação conduz ao resultado de improcedência da ação com a absolvição do réu (AP nº 430/RS, Tribunal Pleno, DJe de 26/9/08). Na ocasião, o eminente Ministro **Menezes Direito** assinalou que *"o réu não praticou a conduta apontada na denúncia, sendo certo que a prova dos autos indica que ele não participou diretamente da condução do processo licitatório"*. Ou seja, não é possível aceitar que o agente do ilícito responda ainda que agindo com ausência de dolo ou de culpa.

No HC nº 84.620/RS, de relatoria da eminente Ministra **Ellen Gracie**, Segunda Turma, DJ de 12/10/04, ficou claro que, por *"eventual irregularidade na prestação de informações à autoridade judiciária sobre registros de consumidor, em bancos de dados, deve ser responsabilizado, penalmente, o funcionário responsável, e não o presidente da instituição"*, trancando-se então a ação penal.

Veja-se que, no caso, em consonância com o termo de contrato c/ carta convite, o órgão executor é a Secretaria Municipal de Obras e Urbanismo de Aracaju (fl. 10 – cláusula quarta, item 4.1.). Com isso, caberia, em tese, ao executor do contrato, perfeitamente identificado, o controle da execução, o que incluiria, certamente, a aplicação tal como prevista, vedada a utilização dos recursos para o pagamento de outras obras em substituição a serviços não executados. E, ainda, ressalto que o órgão apontado como executor não está no âmbito da denúncia que aponta, ao revés, para o Secretário de Obras e Urbanismo como tendo igualmente autorizado o repasse para a conta da empresa Meta

AP 372 / SE

Construções Ltda. (fl. 16). Isso quer dizer que a denúncia identificou especificamente aquele que seria o responsável pelo fato típico, ou seja, pela liberação dos valores na conta do Município.

Com isso, o fato de aparecer o denunciado, então prefeito municipal, como responsável pelo pagamento da parcela contratualmente ajustada, não tem o condão de transformá-lo em agente do ilícito. Na minha concepção, respeitando, embora, a daqueles que entenderam em sentido oposto, não identifico, nos autos, indício de prova fora da responsabilidade penal objetiva, ou seja, indício concreto de que o denunciado tenha participado de qualquer ato que ensejasse sua intervenção corretiva para impedir a prática do delito (art. 13, § 2º, do Código Penal). De igual modo, não há indício algum de que tenha determinado esse procedimento irregular.

O fato é que o exercício do cargo de prefeito municipal apresenta riscos próprios, sem dúvida, mas essa circunstância, ao meu sentir, não faz com que haja responsabilidade penal se não se demonstra, efetivamente, um mínimo de indícios de que teve participação no ato apontado como ilícito. O risco por si só, decorrente do fato de ter assinado o contrato e a nota de empenho, não é suficiente para a responsabilidade penal, que seria, portanto, objetiva, o que é rechaçado por nosso ordenamento jurídico. Veja-se, e revele ainda uma vez, que embora tenha assinado o contrato e a autorização de pagamento e nele figure como responsável, o que é inerente à natureza do cargo que exercia, não era ele o executor do ajuste, e, portanto, não é ele o responsável direto pelo controle de sua execução. Não cabia ao prefeito municipal gerenciar as obras, verificando-lhes a exatidão nas medições, assim como detectar eventual execução de serviços que não tenham sido expressamente previstos, para somente então autorizar os repasses das verbas oriundas do contrato ao prestador do serviço. Essa extensão pretendida pela denúncia é, pelo menos no meu entender, uma configuração da responsabilidade objetiva, não recebida por nosso direito positivo.

Não há, ademais, mesmo se cogitando de peculato-desvio, a

tipificação dessa infração se o agente mudar o destino da coisa em proveito da própria Administração, caso em que poderá configurar-se o crime de “*emprego irregular de verbas públicas*” (CP, art. 315). Nesse sentido é a doutrina de **Nelson Hungria** (*Comentários ao Código Penal*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 8, p. 347), **Damásio de Jesus** (*Direito Penal – Parte Especial*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, p. 131) e **Guilherme Nucci** (*Código Penal Comentado*, 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 1043).

A hipótese, portanto, quando muito, poderia ensejar eventual tipificação de algum dos crimes previstos nos incisos III, V e XI do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, assemelhado ao crime de “*emprego irregular de verbas ou rendas públicas*”, tipificado no art. 315 do Código Penal, no qual, segundo a lição de **Nelson Hungria**, “*diversamente do que ocorre no peculato, o sujeito ativo, na espécie, não visa a locupletar-se ou a outrem, em detrimento da Fazenda Pública, pois os dinheiros, embora irregularmente, são empregados em benefício da própria Administração Pública. Ainda mesmo que o agente venha a ser indiretamente favorecido, não haverá mudança do título do crime. Assim, v.g., o prefeito que lança mão da verba destinada à construção de uma ponte, para aplicá-la na construção de um jardim na praça onde tem a sua casa de residência, incorre nas penas do art. 315, e não do art. 312*” (*Comentários ao Código Penal*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9, p. 356).

Do mesmo teor, o entendimento de **Heleno C. Fragoso**, no sentido de “*não haver para o Estado qualquer dano patrimonial. Não há subtração nem apropriação de dinheiros públicos. As verbas ou rendas públicas são aplicadas no interesse da própria Administração, porém em fim diverso do que é previsto em lei. A aplicação das verbas ou rendas para fins particulares (em proveito próprio ou alheio) seria peculato. Trata-se, fundamentalmente, de perturbação do regular funcionamento da Administração Pública, que exige a aplicação dos fundos públicos em sua destinação legal*” (*Lições de Direito Penal*, 2. ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1959, v. 4, p. 899).

Igualmente incabível cogitar-se de eventual subsunção da conduta imputada ao réu ao novo tipo penal previsto no art. 359-D do Código

AP 372 / SE

Penal, instituído que foi pelo art. 1º da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, inaplicável à hipótese por força do disposto no art. 1º do Código Penal.

Desnecessário, finalmente, nesta altura, quando já consumada a prescrição da pretensão punitiva por infração a esse preceito de lei, na forma dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso IV e parágrafo único, e 110, § 2º, do Código Penal (em conformidade com sua redação anteriormente à vigência da Lei nº 12.234, de 2010), considerando o prazo transcorrido entre o fato, fevereiro de 1988 (fl. 33), e o recebimento da denúncia pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em 20 de maio de 1999 (fls. 133 a 135), bem como entre essa última e a presente data, cogitar da **mutatio libelli** prevista no art. 384 do Código de Processo Penal, para possibilitar ao Ministério Público Federal o aditamento da denúncia.

Ante o exposto, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, julgo improcedente o pedido para absolver os réus da imputação de violação do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, c/c o art. 29 do Código Penal.

É o voto.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO PENAL 372**

PROCED.: SERGIPE

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REVISOR : MIN. CELSO DE MELLO

AUTOR(A/S) (ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REU(É) (S): JACKSON BARRETO DE LIMA

ADV.(A/S): LUIZ HAMILTON SANTANA DE OLIVEIRA

ADV.(A/S): MAURICIO SANTANA DE LIMA


REU(É) (S): ROBERTO SALES CARDOSO

ADV.(A/S): EDVALDO VIEIRA MESSIAS

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos dos votos do Relator e do Revisor, julgou improcedente a ação e absolveu os acusados. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 16.12.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.



p/ Luiz Tomimatsu
Secretário