



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 747.787 - SC
(2015/0176122-0)**

**RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR
CONVOCA DO TJ/SP)**
AGRAVANTE : VOLNEI POPENGA
ADVOGADOS : GUILHERME SCHARF NETO E OUTRO(S)
GUILHERME STINGHEN GOTTARDI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE PECULATO. ALEGAÇÃO DE QUE AS PROVAS FORAM OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, B, DO CÓDIGO PENAL - CP. SÚMULA N. 211/STJ. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– O tema inserto no art. 65, III, *b*, do CP não foi analisado pelo Tribunal de origem, ressentindo-se o recurso especial, no ponto, do necessário prequestionamento. Incidência do Verbete n. 211 da Súmula do STJ. Confira-se:

– A Corte de origem, apreciando o conjunto probatório, afirmou que as provas não foram obtidas por meio ilícito. Rever essa premissa importa em incursão no conteúdo fático-probatório carreado aos autos, tarefa inviável em recurso especial, *ex vi* do Verbete n. 7 da Súmula deste Tribunal.

– O arrependimento posterior somente tem aplicação na hipótese de restituição do bem ou reparação do dano antes do recebimento da denúncia.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 747.787 - SC
(2015/0176122-0)**

**RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)**
AGRAVANTE : VOLNEI POPENGA
ADVOGADOS : GUILHERME SCHARF NETO E OUTRO(S)
GUILHERME STINGHEN GOTTARDI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP):**

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida em que neguei provimento ao agravo em recurso especial pela incidência do óbice do Verbete n. 7 da Súmula do STJ, bem como em virtude da impossibilidade de aplicação do arrependimento posterior nas hipóteses de ausência de reparação integral do dano ou da restituição da coisa.

Os embargos de declaração a seguir opostos foram rejeitados.

O agravante alega que procedeu à devolução espontânea não somente antes da investigação, tendo inclusive por conta desta ter sido deflagrada a investigação, vindo a concluir pela desnecessidade do revolvimento probatório dos autos.

Requer a reforma do *decisum* para que seja processado o recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 747.787 - SC
(2015/0176122-0)

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)(Relator):**

O agravante não trouxe nenhum argumento apto a desconstituir o fundamento do decisório agravado.

O recurso especial aviado na origem atacou acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO, PRELIMINARMENTE, O DESENTRANHAMENTO DOS DOCUMENTOS QUE DERAM ORIGEM À AÇÃO PENAL, ADVINDOS DA AUDITORIA INTERNA REALIZADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM QUE O APELANTE EXERCIA A FUNÇÃO DE GERENTE ADMINISTRATIVO ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA DURANTE AS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. NÃO OCORRÊNCIA. EMPREGADO CIENTIFICADO A COMPARECER À AUDIÊNCIA E PARA APRESENTAR DEFESA ESCRITA. NÃO ATENDIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DA COMISSÃO INVESTIGADORA. PROVA VÁLIDA MANUTENÇÃO.

PECULATO. DESVIO DE VERBAS ORIUNDAS DO RECOLHIMENTO DA CPMF EM REDE BANCÁRIA AGENTE QUE PROCEDEU AO DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE PESSOAL, DE FAMILIARES E EM CONTAS DESATIVADAS. ALEGADA CONCESSÃO DE SENHA E MATRÍCULA A TERCEIRAS PESSOAS (ESTAGIÁRIOS). ASSERTIVA NÃO COMPROVADA. DEVOLUÇÃO/RESTITUIÇÃO DE PARTE DO MONTANTE DESVIADO, INDICATIVA DE ATUAÇÃO COM VONTADE LIVRE E CONSCIENTE EM SEU AGIR. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A FORMA CULPOSA. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO. (fls. 936)

Nas razões do apelo raro, por sua vez, o ora agravante apontou ofensa aos arts. 16 do CP e 155 e 157 do Código de Processo Penal - CPP, procurando aplicar a redução da pena pelo arrependimento posterior, ou a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do CP, caso se entenda que não houve a reparação total do dano.

Requeru, por fim, a declaração de nulidade do processo, sob o argumento de que as provas embasadoras da condenação foram obtidas por meio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícito, visto que a auditoria interna realizada pelo banco teria ofendido o princípio da ampla defesa e do contraditório.

No deslinde da controvérsia, consta-se que o Tribunal de origem, ao manter a condenação do agravante, assentou no julgamento da apelação e dos embargos de declaração, respectivamente:

Diante dos expressos termos da referida ata, observa-se facilmente que ao apelante foi concedido amplo direito de defesa, sendo convocado por diversas vezes para comparecer aos atos destinados ao esclarecimento dos fatos que foram atribuídos. E como se pode verificar do registro feito, nenhuma das convocações foi atendida, sequer aquela em que se pretendia que apresentasse defesa escrita.

Dessarte, possível concluir que houve sim atendimento aos princípios do contraditório e o direito a ampla defesa foi estritamente observado, só não exercidos pelo apelante por sua própria liberalidade, de modo que teve oportunidade de se defender, não tendo assim sofrido qualquer prejuízo, circunstância, aliás, aferível do fato de não ter feito, a respeito da suposta ausência de defesa, qualquer reclamação oportuno tempore, qual seja, no primeiro momento em que se manifestou nos autos.

Afora isso, consoante bem anotou o Dr. Procurador de Justiça, as peças informativas em que se baseou o representante do Ministério Público para o oferecimento da denúncia compunham-se de prova documental apresentada e acolhida pelo próprio ofendido, o BESC, não havendo nenhuma violação à lei processual penal vigente, a qual permite a produção de prova documental, tal como preconizado nos arts. 231 ao 238 do Código de Processo Penal.

Demais disso, nada obstante a previsão do art. 12 do mesmo Diploma Legal, no sentido de que o inquérito policial tem sido a forma mais utilizada para o Estado investigar a notícia de um crime, produzir a prova e encontrar os indícios da autoria, o Código de Processo Penal não exige que o Ministério Público se valha dele para oferecer a denúncia, podendo utilizar outros elementos de prova que tiver a seu dispor, como por exemplo, no caso dos autos, a auditoria realizada pelo órgão estatal empregador do apelante, a qual, ao que se observa, seguiu os trâmites inerentes e proporcionou o livre acesso e participação do apelante nas averiguações contábeis realizadas pelos auditores, assim como na tomada de depoimento de funcionários.

Aliás, a doutrina clássica define o inquérito policial como sendo uma peça meramente informativa, dispensável, de natureza inquisitiva, preparatória da ação penal, destinada apenas à apuração de uma infração penal e de sua autoria.

[...]

Diante do exposto, conclui-se pela prescindibilidade do Inquérito Policial, isto é, ele não é necessário para a propositura de uma ação penal, podendo ser assim dispensado, devendo-se mencionar, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

derradeiro, que nos termos do § 5º do art. 39 do CPP 'O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias'.

É o que se verifica na hipótese dos autos, anotando-se, por oportuno, que durante o procedimento encetado pelo banco/ofendido para apuração dos fatos e coleta de documentos, o apelante sempre foi cientificado a comparecer e apresentar defesa, não o fazendo, repita-se, por pura liberalidade, mas não por impedimento de qualquer natureza imposto pelo órgão investigante.

Dessarte, em não se verificando qualquer mácula no procedimento em que baseada a exordial acusatória, inviável atender-se ao pleito de desentranhamento daquela prova." (fls. 940/943)

"O art. 155 do CPP, prescreve que 'o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas'.

Pela simples leitura do dispositivo, vê-se que foi ele estritamente observado pelo Juízo de Primeiro Grau e também em sede recursal, uma vez que a tanto a sentença quanto o acórdão estão embasados em conjunto probatório produzido na fase inquisitorial e na judicial, em que compareceram testemunhas esclarecendo os fatos e confirmando o conteúdo dos documentos acostados aos autos, de modo que não houve qualquer violação à determinação legal e não se fazia necessário sequer mencionar, no corpo do julgado, a determinação nele constante.

Já o art. 157 do mesmo Diploma legal, estabelece que 'são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais e legais'. A matéria ventilada nas razões recursais, dizia respeito ao fato de o apelante/embargado não ter participado da auditoria interna promovida pela instituição financeira onde prestara serviços durante longos anos, havendo, por isso, cerceamento de defesa. Essa questão foi apreciada exaustivamente no acórdão embargado. Em nenhum momento, a Defesa criticou a forma de obtenção dos dados contábeis e financeiros fornecidos pelo Banco do Estado de Santa Catarina, mesmo porque extraídos do seu sistema operacional e, até onde se pode concluir, correspondem à realidade do que ocorreu, tanto é que o acusado/embargado admitiu, de próprio punho, ter praticado atos irregulares e contrários às normas bancárias, devolvendo valores, inclusive. Aliás, a questão relativa à ilicitude da referida auditoria somente foi abordada após concluída a instrução do feito, por ocasião das alegações finais, circunstância essa que bem denota a validade e legitimidade dos dados probatórios nelas constantes e que em momento anterior não mereceram qualquer impugnação pela Defesa do embargante, que por certo, não lhe causaram estranheza até aquele momento (fls. 975/976)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, inafastável, na hipótese, a incidência do Enunciado Sumular n. 7/STJ. Com efeito, para se entender de forma diversa do v. aresto recorrido, no sentido de que deve ser declarada a nulidade do processo, sob o argumento de que as provas embasadoras da condenação foram obtidas por meio ilícito, é imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO QUE ENCONTRA APOIO NAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA A CONDENAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

I. O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado não pode "fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação". Contudo, é possível a valoração das provas produzidas no inquérito policial, desde que em harmonia com a prova colhida na fase judicial.

II. No caso, extrai-se que a sentença condenatória encontra-se fundamentada em outras provas, principalmente pelos depoimentos dos corréus e nas provas testemunhais produzidas durante a instrução criminal.

III. Assim sendo, inviável o provimento recursal, inclusive para o fim de comprovar-se a insuficiência de provas para a condenação, visto ser necessário o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n. 7/STJ.

[...]

V. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 603.158/DF, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 14/5/2015).

Relativamente ao art. 16 do CP, o Tribunal de origem está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, que já se posicionou no sentido de "a causa de diminuição de pena relativa ao artigo 16 do Código Penal (arrepentimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima" (REsp 1.302.566/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 04/08/2014).

No mesmo sentido: HC 262.254/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, DJe 17/02/2014.

Por fim, observa-se que o tema inserto no art. 65, III, *b*, do CP não foi analisado pelo Tribunal de origem, ressentindo-se o recurso especial, no ponto, do necessário prequestionamento. Incidência do Verbete n. 211 da Súmula do STJ. A propósito, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 22, 29, § 1º E 65, "c" DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VERBETE N. 211/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A questão trazida no apelo nobre não foi debatida e decidida pelo Tribunal a quo, estando, portanto, ausente o prequestionamento, requisito viabilizador do especial. Incidente, na hipótese, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 433.808/SP, desta Relatoria, DJe 24/02/2014)

Com relação à petição de n. 497480/2015 protocolada em 9/11/2015, que oferecia aditamento às razões do agravo regimental, importante esclarecer que a Corte Especial deste Tribunal superior já decidiu que *"É defeso à parte, praticado o ato, com a interposição do recurso, ainda que lhe reste prazo, adicionar elementos ao inconformismo, pelo princípio da preclusão consumativa"* (AgRg nos EREsp 710.599/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, CORTE ESPECIAL, DJe de 10.11.08).

Ainda sobre o mesmo tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o art. 535 do CPC.

2. No caso concreto, não se constata o vício alegado pela embargante, mas mera pretensão de rediscutir o óbice que impediu o conhecimento do recurso especial.

3. Não é possível o conhecimento de petição apresentada para aditar recurso já interposto, tendo em vista a ocorrência de preclusão consumativa.

4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AREsp 447.550/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe 14/11/2014).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0176122-0

**AgRg nos EDcl no
AREsp 747.787 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00378953020158240000 03809020639 201202687570000 201202687570001
378953020158240000 3809020639

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : VOLNEI POPENGA
ADVOGADOS : GUILHERME SCHARF NETO E OUTRO(S)
GUILHERME STINGHEN GOTTARDI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : VOLNEI POPENGA
ADVOGADOS : GUILHERME SCHARF NETO E OUTRO(S)
GUILHERME STINGHEN GOTTARDI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.