



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.501 - RJ (2015/0327742-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DIOGO TEBET DA CRUZ
ADVOGADO : DIOGO TEBET - RJ127188
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RUY FERREIRA BORBA FILHO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO-DESVIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ILICITUDE DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. INTERVENÇÃO JUDICIAL DAS PARTES. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. TIPICIDADE NO CASO CONCRETO. DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA AÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ILEGALIDADE E COAÇÃO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. O ato reputado coator é o recebimento, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de denúncia formulada contra Defensor Público estadual (daí a competência originária do TJRJ) e o paciente, como incurso no crime de peculato-desvio (art. 312, 2ª parte, do Código Penal).

3. Narra a denúncia que o Procurador-Geral do Município de Armação dos Búzios/RJ (também ocupante do cargo efetivo de Defensor Público estadual) firmou acordo, posteriormente homologado em juízo nos autos de ação de cobrança em que foi reconhecida, indevidamente, a existência de crédito em favor da Fundação "Bem Te Vi", fundado em suposto inadimplemento do repasse de subsídios no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cujo empenho foi determinado pelo paciente, que era, ao mesmo tempo, Chefe do Gabinete de Planejamento, Orçamento e Gestão municipal e Presidente do Conselho Curador da Fundação.

4. A ação de cobrança, na qual restou homologado o acordo celebrado pelo Município e a Fundação, foi apensada ao procedimento criminal por Juiz reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 311.043/RJ, como suspeito em relação ao paciente. Entretanto, a juntada da demanda cível foi deferida a requerimento do Ministério Público e teve caráter meramente ordinatório, porquanto não resultou de qualquer juízo de valor do magistrado sobre os fatos imputados ao paciente, sendo, portanto, destituída da potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas no processo.

5. Embora, a teor da denúncia, o peculato tenha sido praticado mediante intervenção judicial das partes, de modo a alcançar a homologação do acordo e consumir o desvio dos recursos do convênio, não é certo que o julgador dispunha de condições de detectar o suposto intento criminoso. Além disso, o magistrado apenas considerou as formalidades legais do instrumento apresentado pelas partes, não tendo emitido opinião sobre o objeto do acordo. Dessarte, não há falar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em atipicidade do peculato, por analogia à conhecida figura do estelionato judiciário.

6. A decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro no Processo n. 237.711-4/06 não tem repercussão na ação penal, de uma parte, porque as contas foram aprovadas com ressalvas, e de outra, porque os fatos em apuração naqueles feitos são distintos.

7. Anote-se que "o fato de o Tribunal de Contas aprovar as contas a ele submetidas [lembrando que a aprovação, no caso destes autos, foi com ressalvas], embora possa ser considerado em favor do Paciente, não obsta, diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, quando não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do acusado" (HC 218.663/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

8. Não há abuso de poder nem coação ilegal, porquanto estampada na inicial uma narrativa coerente de condutas aparentemente típicas, relacionadas com elementos indiciários existentes nos autos, de modo a fundamentar a *opinio delicti* e permitir ao paciente o exercício da ampla defesa.

9. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente na sessão de 13/12/2016: Dr. Diogo Tebet (p/pacte)

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.501 - RJ (2015/0327742-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DIOGO TEBET DA CRUZ
ADVOGADO : DIOGO TEBET - RJ127188
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RUY FERREIRA BORBA FILHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **RUY FERREIRA BORBA FILHO** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, indigitado como autoridade coatora. Eis a respectiva ementa:

"Ação Penal Originária. Denúncia deflagrada em face de Defensor Público estadual, ocupante do cargo de Procurador-Geral do Município à época dos fatos, e funcionário público comissionado. Imputação dos crimes de peculato desvio e patrocínio infiel (artigos 312, *caput*, 2ª figura, e 355, do CP). Deferimento do pedido de desapensamento de medida cautelar de interceptação telefônica. Incompetência da Justiça Estadual para o exame da matéria. Inutilidade da prova emprestada. Requerimento de desapensamento de demanda cível ordenada por juiz alegadamente parcial. Feito lícitamente apensado à ação penal, por força de requisição do titular da ação penal pública. Suspeição do magistrado reconhecida em ação diversa. Providência ordinatória e insuscetível de interferir no convencimento judicial. Condução da investigação criminal diretamente pelo Ministério Público. Possibilidade, com base na teoria dos poderes implícitos. Ausência de monopólio policial no exercício da atividade investigatória. Questão pacificada pelo Pleno do STF. Inépcia da denúncia não configurada. Atendimento dos requisitos formais previstos no art. 41, do CPP. Ausência de ofensa ao princípio da indivisibilidade, de aplicação restrita às ações penais privadas. Questão prejudicial heterogênea não caracterizada. Admissibilidade da tramitação simultânea de ação penal e ação civil fundada em improbidade. Incidência dos princípios da independência de instâncias e inafastabilidade do controle jurisdicional. Preliminares rejeitadas. Justa causa para deflagração da ação penal. Persecução amparada em suporte probatório mínimo, ante a presença de indícios razoáveis de autoria e materialidade. Condutas em tese amoldadas, objetiva e subjetivamente, às figuras típicas descritas na inicial. Juízo de admissibilidade positivo. Recebimento da denúncia, com intimação dos denunciados para oferecimento de defesa prévia. Determinação de realização do interrogatório ao final da instrução processual, em consonância com o novo rito procedimental introduzido pela Lei n. 11.719/2008, por constituir medida mais favorável à defesa."

Alega o impetrante, em suma (e-STJ, fl. 1):

" - Paciente, advogado de quase 70 (setenta) anos de idade, primário, se encontra processado (i) por fato evidentemente atípico; (ii) cuja imputação carece de justa causa (iii) sendo o processo decorrente de prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilicitamente obtida;

- Denúncia recebida pelo Órgão Especial do TJRJ após apresentação de defesa (cf. art. 4º, da Lei n. 8.038/1990), encontrando-se o processo em pleno andamento;
- Ausência dos elementos do tipo penal do peculato. Criminalização de atos inerentes à administração pública, obedecendo-se decisão judicial transitada em julgado.
- Ausência de justa causa para a ação penal. Elementos de prova que desnaturam completamente a imputação. Parecer do TCE atestando não ter havido qualquer irregularidade (prova pré-constituída).
- Constrangimento ilegal configurado, impondo-se a concessão da ordem a fim de extinguir o feito, sem julgamento de mérito."

Requer a concessão da ordem para o trancamento da ação penal.

Informações prestadas pelo TJRJ às e-STJ, fls. 172-190, dando conta da rejeição dos embargos de declaração opostos pela defesa contra o acórdão ora impugnado.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento da impetração, assim ementado:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO DESVIO. ATIPICIDADE DO FATO. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE 'PECULATO JUDICIÁRIO'. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. PARECER DE ÓRGÃO DO LEGISLATIVO QUE NÃO VINCULA A ESFERA CRIMINAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. MAGISTRADO, DECLARADO SUSPEITO NOUTRA AÇÃO, QUE ENCAMINHA CÓPIA DE AÇÃO CIVIL AO JUÍZO CRIMINAL PROCESSANTE, EM RAZÃO DE PRÉVIA REQUISICÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEIÇÃO QUE NÃO CONTAMINA A PROVA EMPRESTADA. Pelo não conhecimento da impetração."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.501 - RJ (2015/0327742-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DIOGO TEBET DA CRUZ

ADVOGADO : DIOGO TEBET - RJ127188

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RUY FERREIRA BORBA FILHO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO-DESVIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ILICITUDE DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. INTERVENÇÃO JUDICIAL DAS PARTES. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. TIPICIDADE NO CASO CONCRETO. DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA AÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ILEGALIDADE E COAÇÃO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. O ato reputado coator é o recebimento, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de denúncia formulada contra Defensor Público estadual (daí a competência originária do TJRJ) e o paciente, como incurso no crime de peculato-desvio (art. 312, 2ª parte, do Código Penal).

3. Narra a denúncia que o Procurador-Geral do Município de Armação dos Búzios/RJ (também ocupante do cargo efetivo de Defensor Público estadual) firmou acordo, posteriormente homologado em juízo nos autos de ação de cobrança em que foi reconhecida, indevidamente, a existência de crédito em favor da Fundação "Bem Te Vi", fundado em suposto inadimplemento do repasse de subsídios no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cujo empenho foi determinado pelo paciente, que era, ao mesmo tempo, Chefe do Gabinete de Planejamento, Orçamento e Gestão municipal e Presidente do Conselho Curador da Fundação.

4. A ação de cobrança, na qual restou homologado o acordo celebrado pelo Município e a Fundação, foi apensada ao procedimento criminal por Juiz reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 311.043/RJ, como suspeito em relação ao paciente. Entretanto, a juntada da demanda cível foi deferida a requerimento do Ministério Público e teve caráter meramente ordinatório, porquanto não resultou de qualquer juízo de valor do magistrado sobre os fatos imputados ao paciente, sendo, portanto, destituída da potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas no processo.

5. Embora, a teor da denúncia, o peculato tenha sido praticado mediante intervenção judicial das partes, de modo a alcançar a homologação do acordo e consumir o desvio dos recursos do convênio, não é certo que o julgador dispunha de condições de detectar o suposto intento criminoso. Além disso, o magistrado apenas considerou as formalidades legais do instrumento apresentado pelas partes, não tendo emitido opinião sobre o objeto do acordo. Dessarte, não há falar em atipicidade do peculato, por analogia à conhecida figura do estelionato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciário.

6. A decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro no Processo n. 237.711-4/06 não tem repercussão na ação penal, de uma parte, porque as contas foram aprovadas com ressalvas, e de outra, porque os fatos em apuração naqueles feitos são distintos.

7. Anote-se que "o fato de o Tribunal de Contas aprovar as contas a ele submetidas [lembrando que a aprovação, no caso destes autos, foi com ressalvas], embora possa ser considerado em favor do Paciente, não obsta, diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, quando não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do acusado" (HC 218.663/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

8. Não há abuso de poder nem coação ilegal, porquanto estampada na inicial uma narrativa coerente de condutas aparentemente típicas, relacionadas com elementos indiciários existentes nos autos, de modo a fundamentar a *opinio delicti* e permitir ao paciente o exercício da ampla defesa.

9. Ordem denegada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

A verificação da possível ocorrência de qualquer dessas hipóteses excepcionais demanda, na espécie, uma breve descrição das imputações feitas a **RUY FERREIRA BORBA FILHO**.

O ato reputado coator (e-STJ, fls. 97-111) é o recebimento, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de denúncia formulada contra o paciente e Adilson da Costa Azevedo (Defensor Público estadual, daí a competência originária do TJRJ), como incurso no crime de peculato-desvio (art. 312, 2ª parte, do Código Penal).

Narra a inicial acusatória (e-STJ, fls. 29-34) que Adilson da Costa Azevedo, então Procurador-Geral do Município de Armação dos Búzios/RJ, firmou acordo, posteriormente homologado em juízo nos autos da Ação de Cobrança n. 2006.078.000286-7, em que foi reconhecida, indevidamente, a existência de crédito em favor da Fundação "Bem Te Vi", fundado em suposto inadimplemento do repasse de subsídios no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cujo empenho foi determinado pelo paciente (**RUY BORBA**), que era, ao mesmo tempo, Chefe do Gabinete de Planejamento, Orçamento e Gestão municipal e Presidente do Conselho Curador da Fundação.

Prossegue a exordial (e-STJ, fl. 32):

"A participação do denunciado ADILSON no desvio executado pelo denunciado RUY BORBA deu-se, portanto, mediante intervenção em processo judicial no qual, na qualidade de representante do Município de Búzios, reconheceu indevidamente vultosa dívida em favor da Fundação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual o denunciado RUY BORBA fazia parte, não obstante ter o Município anteriormente rechaçado a pretensão de pagamento à Fundação ante as evidentes irregularidades verificadas e a não prestação do serviço contratado.

Além disso, o denunciado ADILSON prestou auxílio ao denunciado RUY BORBA, na medida em que agilizou o processo de liquidação da dívida, despachando o pedido pessoalmente com o denunciado RUY BORBA e requerendo formalmente urgência no pagamento, o que foi prontamente determinado pelo próprio denunciado RUY BORBA.

Registre-se que, o convênio firmado pelo Município de Búzios e pela Fundação Bem Te Vi contou com a assinatura do denunciado RUY BORBA, que figurava como um dos gestores da instituição (termo de convênio às fls. 562-565). Além disso, a petição inicial da ação de cobrança proposta pela Fundação em face do ente local foi instruída com os atos constitutivos da instituição, do qual figurava o denunciado RUY BORBA como Presidente Curador e Gestor (fls. 549-560)."

Eis, no que interessa até o momento, o sumário da acusação.

Sustenta o impetrante a ilicitude do apensamento, ao procedimento criminal investigatório, do Processo Cível n. 2006.078.000286-7, referente à ação de cobrança na qual restou homologado o acordo celebrado pelo Município de Búzios/RJ e a Fundação "Bem Te Vi", na medida em determinado por Juiz reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 311.043/RJ, como suspeito em relação ao paciente.

Entretanto, ao contrário do que alega a defesa, consignou o acórdão impugnado que a juntada da demanda cível foi deferida a requerimento do Ministério Público, e teve caráter meramente ordinatório, porquanto não resultou de qualquer juízo de valor do magistrado sobre os fatos imputados ao paciente, sendo, portanto, destituída da potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas no processo (e-STJ, fl. 137).

Rejeito, portanto, a arguição de ilicitude da prova emprestada.

Quanto à adequação típica dos fatos atribuídos ao paciente, o *habeas corpus* apresenta a tese de ocorrência de "peculato judiciário".

Embora, a teor da denúncia, o peculato tenha sido praticado mediante intervenção judicial das partes, de modo a alcançar a homologação do acordo e consumir o desvio dos recursos do convênio, não é certo que o julgador dispunha de condições de detectar o suposto intento criminoso.

Sobre o tema, "não se desconhece o entendimento firmado por este Tribunal acerca da atipicidade do estelionato [**o mesmo se diga, aqui, a respeito do peculato**] no ajuizamento de ações judiciais, seja pela ausência de previsão legal no ordenamento pátrio, seja pela não configuração da conduta em atenção ao mandamento constitucional que assegura à parte o acesso ao Poder Judiciário", contudo, "a Quinta Turma deste Tribunal firmou o entendimento de que, não sendo disponível ao magistrado e à parte contrária, no curso do processo judicial, o acesso às informações fraudulentas, é viável a caracterização do estelionato [**no caso dos autos, peculato**]" (RHC 61.393/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 15/2/2016).

No mesmo sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO E USO DE DOCUMENTO FALSO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CÍVEL COM USO DE PROCURAÇÃO E COMPROVANTE DE RESIDÊNCIA FALSO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARTIGO 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE DO DENOMINADO ESTELIONATO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE DE DETECÇÃO DA FRAUDE PELO JUIZ E PELA PARTE CONTRÁRIA. SUBSISTÊNCIA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 304 DO ESTATUTO REPRESSIVO. POSSIBILIDADE DE A PROCURAÇÃO AD JUDICIA SER CONSIDERADA DOCUMENTO PARA FINS PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE CARACTERIZADO.

1. Não se desconhece a existência de posicionamento doutrinário e jurisprudencial, inclusive desta Corte Superior de Justiça, que não admite a prática do delito de estelionato por meio do ajuizamento de ações judiciais.

2. Contudo, em recente julgado, esta colenda Quinta Turma firmou o entendimento de que quando não é possível ao magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizam a fraude, é viável a configuração do crime de estelionato.

(...) Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para determinar o trancamento da ação penal apenas no que se refere ao crime de estelionato."

(RHC 59.823/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015.)

Além disso, o magistrado apenas considerou as formalidades legais do instrumento apresentado pelas partes, não tendo emitido opinião sobre o objeto do acordo (e-STJ, fl. 36).

Dessarte, não há falar em atipicidade do peculato, por analogia à conhecida figura do estelionato judiciário.

Outro importante aspecto a ser considerado em relação à denúncia é que a propositura da ação penal não pode prescindir da existência de prova do fato típico e de indícios da autoria.

Trata-se, pois, da justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP), que se revela na existência de uma pretensão viável, quer no plano objetivo, quer no plano subjetivo, sem a qual a denúncia deverá ser rejeitada.

Haveria, para o impetrante, "elementos de prova que desnaturam completamente a imputação" (e-STJ, fl. 1), e isto "pelo fato de que o relatório final do Tribunal de Contas do Estado - documento tão decantado pela acusação como elemento indispensável que obstaculizaria a realização do acordo judicial nos autos da ação cível de cobrança (como se o princípio da independência das instâncias não existisse) - não ter encontrado as irregularidades apontadas no convênio firmado, opinando pela aprovação e regularidade das contas do Município e [da] Fundação" (e-STJ, fl. 6).

A decisão do TCE foi prolatada nos autos do Processo n. 237.711-4/06, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 134-135):

"Processo: TCE-RJ n. 237.711-4/06

Origem: Prefeitura de Armação dos Búzios

Assunto: Prestação de Contas de Subvenção concedida a Fundação Bem Te Vi no exercício de 2004

Valor da Subvenção: R\$ 40.000,00

O processo em epígrafe retorna para reexame em razão de decisão plenária proferida em sessão de 16/12/2008, pela notificação, comunicações e determinação, nos termos do voto de fls. 458-459.

Em atendimento à decisão supra, foram encaminhados pelo Sr. Delmires de Oliveira Braga, responsável pela subvenção, elementos que deram origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao Documento TCE-RJ n. 17.990-8/09 (fls. 476-691).

Após análise das novas informações trazidas aos autos, o Corpo Instrutivo sugere que as contas sejam julgadas Regulares com Ressalvas e Determinações (fls. 693-695).

Em desacordo com o Corpo Instrutivo, o Ministério Público Especial, na pessoa do Procurador Diego Boyd, sugere a notificação, na forma proposta às fls. 701-703 (Lei específica, LDO e Lei Federal n. 4.320/1964).

É o Relatório.

O Corpo Instrutivo efetuou, na medida delimitada por esta Corte de Contas, a adequada análise que balizou sua sugestão de julgamento sobre a presente prestação de contas, razão pela qual, quanto ao mérito, manifesto-me de acordo com o Corpo Instrutivo naquilo que é pertinente a Deliberação TCE-RJ n. 200/96 e em desacordo com o Douto Ministério Público Especial.

VOTO:

Pela REGULARIDADE com RESSALVAS e DETERMINAÇÕES, das contas da Fundação Bem Te Vi, beneficiada por subvenção social concedida pela Prefeitura de Armação dos Búzios, no exercício de 2004, no valor de R\$ 40.000,00, dando quitação ao responsável pela entidade subvencionada, nos termos do inciso II do artigo 20 c/c o artigo 22 da Lei Complementar Estadual n. 63/1990.

Ressalvas:

1 - Ausência de atestado de funcionamento fornecido pelo Judiciário, pelo Ministério Público ou por Conselho Tutelar, contrariando o disposto no art. 23, inciso I, da Deliberação TCE-RJ n. 200/96;

2 - **Falta de pronunciamento expresso e indelegável da autoridade competente sobre a prestação de contas e sobre o parecer do controle interno, atestando o conhecimento das conclusões nele contidas, contrariando o art. 24, inciso IV da Deliberação TCE-RJ n. 200/96.**

Determinações:

Para que nos próximos processos de prestações de contas de subvenções e auxílios:

1 - Seja encaminhado atestado de funcionamento fornecido pelo Judiciário, pelo Ministério Público ou por Conselho Tutelar, observando o disposto no art. 23, inciso I da Deliberação TCE-RJ n. 200/96;

2 - **Seja encaminhado o pronunciamento expresso e indelegável da autoridade competente sobre a prestação de contas e sobre o parecer do controle interno, atestando o conhecimento das conclusões nele contidas, de acordo com o inciso IV, art. 24 da Deliberação TCE-RJ n. 200/1996.**

GC - 3,

MARCO ANTONIO BARBOSA DE ALENCAR

Relator" (Grifou-se.)

As contas da subvenção concedida pelo Município de Búzios/RJ e a Fundação Bem Te Vi, relativas ao exercício de 2004, foram aprovadas pelo TCE **com ressalvas e determinações**, especialmente no tocante ao acompanhamento das prestações de contas, que deveria ter sido feito pela autoridade competente, com parecer do órgão municipal de controle interno.

Percebe-se, ademais, que há discrepância entre a expressão monetária das contas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

analisadas pelo TCE no Processo n. 237.711-4/06 (R\$ 40.000,00) e o montante do acordo firmado na ação de cobrança (R\$ 200.000,00).

Nesse particular, esclarece a Informação Técnica n. 930/2011 do Grupo de Apoio Técnico Especializado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - GATE/MPRJ (e-STJ, fls. 41-46), apresentada como subsídio à denúncia, que o convênio em questão tem por objeto o desenvolvimento de projetos de promoção social de crianças e adolescentes da rede pública escolar, mediante subvenção de R\$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais), a ser paga em 17 (dezesete) parcelas mensais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) cada. Após o pagamento das parcelas dos meses de junho e julho de 2004, o Município suspendeu os repasses porque a Fundação teria deixado de apresentar, tempestivamente, as prestação de contas mensais, conforme estabelece a cláusula segunda do termo aditivo do convênio e no art. 22, parágrafo único, da Deliberação TCE/RJ, respectivamente transcritos:

"Concordam as partes que pelo presente termo fica estipulada a PRESTAÇÃO DE CONTAS a ser realizada mensalmente revogando-se quaisquer disposições contrárias, ressalvando-se ainda, que o repasse das respectivas parcelas mensais, destinadas ao cumprimento do CONVÊNIO, previstas pela cláusula quarta do instrumento original, ficam vinculadas à prestação de contas do respectivo mês anterior e aprovação por parte do MUNICÍPIO DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS."

"Art. 22. (...)

Parágrafo único - A entidade beneficiada pelo Município prestará contas, ao órgão municipal competente, da correta aplicação dada ao auxílio ou à subvenção recebida, não podendo receber outro benefício antes do cumprimento dessa obrigação."

Irresignada, a Fundação ajuizou ação de cobrança do valor restante da subvenção, ou seja, de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), no âmbito da qual foi realizado acordo para o reconhecimento da dívida na quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cujo empenho foi assinado pelo ora paciente, que, ao mesmo tempo, exercia o cargo comissionado de Chefe do Gabinete de Planejamento, Orçamento e Gestão da Prefeitura, e a Presidência do Conselho Curador da Fundação "Bem Te Vi".

Ora. Enquanto o Processo TCE/RJ n. 237.711-4/06 apreciou a regularidade do pagamento de apenas 2 (duas) parcelas, totalizando R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), o escopo da acusação, nos domínios da ação penal originária, é mais abrangente, pois atribui ao paciente hipotética associação ilícita com o outro denunciado, a fim de viabilizar o repasse de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de quitação da suposta dívida cobrada na ação cível, sem a devida prestação de contas.

Em suma, a decisão do TCE no aludido Processo n. 237.711-4/06 não tem repercussão na ação penal originária, de uma parte, porque as contas foram aprovadas com ressalvas, e de outra, porque os fatos em apuração naqueles feitos são distintos.

Anote-se, por fim, que "o fato de o Tribunal de Contas aprovar as contas a ele submetidas **[lembrando que a aprovação, no caso destes autos, foi com ressalvas]**, embora possa ser considerado em favor do Paciente, não obsta, diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, quando não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do acusado" (HC 218.663/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

2. Pelo princípio da independência entre os três Poderes da República, é possível que, na esfera penal, haja a comprovação do fato supostamente delituoso e a identificação da respectiva autoria, sem, contudo, nenhuma vinculação com a instância de controle exercida pelos Tribunais de Contas.

3. O regime constitucional de controle da *res publica* não importa em dependência das esferas penal e administrativa quanto à verificação da licitude dos convênios firmados entre entidades públicas federais e municípios.

4. A competência dos Tribunais de Contas limita-se à aferição das regularidades formais dos atos que envolvem dinheiro, bens e valores público, e seu pronunciamento final - quer pela regularidade, quer pela irregularidade das contas examinadas - não é definitivo para evidenciar indícios de materialidade dos crimes de peculato-desvio apurados na ação penal.

5. O fato de o Tribunal de Contas da União ter constatado a presença de indícios de irregularidades na execução dos contratos, somado aos demais elementos de prova presentes nos autos, autorizam que seja dada continuidade à persecução penal, durante a qual o recorrente terá a oportunidade de produzir provas com o fim de demonstrar a subsistência dos seus argumentos.

6. Ainda que o TCU considerasse regular a execução dos contratos celebrados pelo Município de Itabaiana/SE, tal fato, por si só, não teria o condão de ilidir a justa causa para a ação penal proposta pelo Ministério Público Federal, em razão da independência entre as esferas administrativa e penal.

7. Recurso em *habeas corpus* não provido."

(RHC 21.403/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 3/2/2015.)

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). DIREITO PENAL. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 92 DA LEI N. 8.666/1993. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL, COM AUFERIÇÃO DE INDEVIDA VANTAGEM PELO PARTICULAR. DEVOLUÇÃO DE RECURSOS AOS COFRES PÚBLICOS PELO ADJUDICATÁRIO E APROVAÇÃO DAS CONTAS DO PREFEITO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ATOS POSTERIORES À PRÁTICA DO INJUSTO PENAL CULPÁVEL QUE NÃO ACARRETAM A ATIPICIDADE DA CONDUTA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO-CONHECIDA.

(...)

5. A eventual devolução de recursos aos cofres públicos pelo particular ou a aprovação das contas da prefeitura pelo Tribunal de Contas da União não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elidem a caracterização do crime, notadamente quando comprovado nos autos a efetiva obtenção da vantagem indevida, a evidenciar o preenchimento de todas as elementares do tipo penal. Tais ocorrências consubstanciam atos posteriores à prática do injusto penal culpável.

6. Nesse contexto, as conclusões do Tribunal de Contas da União corroboram as provas consideradas pelo Tribunal Federal *a quo*, pois no julgamento de recurso de reconsideração, a Corte de Contas reconheceu as prorrogações contratuais indevidas, aprovando as contas do ex-prefeito com ressalvas, bem assim a devolução de parte dos valores pelo Particular.

7. Ainda que assim não fosse, no sistema jurídico pátrio vigora a independência entre as esferas administrativa e judicial, de modo que a eventual aprovação das contas não vincula ou restringe a apreciação da mesma matéria pelo Poder Judiciário.

8. Ordem de *habeas corpus* não-conhecida."

(HC 211.081/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/2/2014, DJe 7/3/2014.)

Os indícios de autoria, por sua vez, também foram expostos na denúncia, conforme o excerto da e-STJ, fl. 32, já transcrito no início deste voto, e o acórdão de recebimento da denúncia (e-STJ, fls. 109-110):

"Com efeito, a formalização de acordo judicial e posterior interveniência em procedimento de liquidação de despesa, objetivando o repasse de verba pública supostamente indevida a entidade sem fins lucrativos, traduz conduta passível de caracterizar o crime de peculato desvio.

(...)

No que tange ao segundo denunciado [i.e., o paciente, **RUY FERREIRA BORBA FILHO**], a autorização do empenho de despesa pública reputada indevida, seguida da ordem de pagamento da importância à instituição por ele gerida, ainda que em caráter extraoficial, encerram igualmente condutas que se acomodam à tipificação do peculato desvio.

Neste ponto, o segundo denunciado dispunha, fática e juridicamente da quantia empenhada em virtude do cargo de Chefe de Gabinete e Ordenador de Despesas Secundário, além de ter sido o responsável pela efetiva transferência do montante à fundação beneficiária.

As demais ilações, referentes ao adimplemento do convênio pela fundação, à regularidade do acordo judicial e à demonstração do elemento subjetivo estão jungidas ao mérito da acusação, cujo exame é vedado nesta etapa de cognição sumária."

Enxergo, pois, estampada na inicial uma narrativa coerente de condutas aparentemente típicas, relacionadas com elementos indiciários existentes nos autos, de modo a fundamentar a *opinio delicti* e permitir ao paciente o exercício da ampla defesa.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0327742-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 346.501 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000200112013190078 00173914120158190000 173914120158190000 200112013190078
20060780002867

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIOGO TEBET DA CRUZ
ADVOGADO : DIOGO TEBET - RJ127188
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RUY FERREIRA BORBA FILHO
CORRÉU : ADILSON DA COSTA AZEVEDO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. DIOGO TEBET (P/PACTE)

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator denegando a ordem, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi."

Aguardam os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.501 - RJ (2015/0327742-8)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RUY FERREIRA BORBA FILHO, por meio do qual a defesa técnica pretende o trancamento da ação penal deflagrada perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Alega-se, em síntese, que a conduta atribuída ao paciente seria atípica, não havendo suporte indiciário suficiente ao recebimento da denúncia.

No seu voto, o eminente Relator denega a ordem de *habeas corpus* pleiteada, concluindo que os fatos narrados na exordial acusatória não se revelam manifestamente atípicos, os quais se encontram satisfatoriamente corroborados pelos elementos indiciários encartados aos autos.

Em razão dos relevantes argumentos declinados da tribuna pelo impetrante, pedi vista antecipada para melhor análise do caso.

Entretanto, conforme bem destacado pelo eminente Relator, a ação penal em questão se encontra na sua gênese, fase na qual não se exige a comprovação exaustiva dos fatos narrados na denúncia, ônus da acusação a ser cumprido no decorrer da instrução processual.

Ao paciente se atribui a prática do delito de peculato, pois, na condição de Chefe de Gabinete de Planejamento, Orçamento e Gestão do Município de Armação de Búzios, em 23 de junho de 2009, teria desviado em favor da Fundação Bem Te Vi - da qual era integrante e gestor de fato - a quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) dos cofres da municipalidade.

O aludido desvio teria se dado, em síntese, por intermédio de transação realizada entre a fundação e o município nos autos de ação de execução em que se pedia o cumprimento de contrato celebrado entre as partes, realizada após a nomeação do segundo denunciado - Adilson da Costa Azevedo - para o cargo de Procurador-Geral do Município, a qual foi homologada pelo juízo cível.

Embora a defesa sustente que tais fatos se amoldariam à figura de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"peculato judiciário", equivalente ao "estelionato judiciário", que parte da jurisprudência entende ser figura atípica, não se vislumbra a manifesta impossibilidade de configuração do delito contra a administração pública imputado ao paciente, mormente porque, como bem consignado pelo Relator, ao homologar a transação protocolizada na ação de execução o Juízo Cível aferiu apenas as formalidades legais para o ato praticado pelas partes, não havendo, portanto, qualquer pronunciamento jurisdicional acerca do mérito da ação de execução movida pela Fundação Bem Te Vi contra o Município de Armação de Búzios.

Ademais, alega o Ministério Público que os serviços que eram objeto do contrato firmado entre o município e a fundação não foram prestados, razão pela qual seria indevida a quantia transacionada.

Dessa forma, ao contrário do que sustenta a defesa, não há falar em manifesta atipicidade da conduta, pois o meio empregado para sua prática - transação judicial homologada - pode se revelar idôneo ao desiderato ilícito, principalmente quando o objeto material do delito é o erário, gerido por pessoas físicas que o representam.

Por fim, a tese de que a regularidade do contrato celebrado entre o município e a fundação foi atestada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro não é capaz de ilidir eventual responsabilidade penal do paciente, seja em razão do princípio da independência das esferas administrativa e criminal, seja pelo fato de a Corte de Contas ter se manifestado sobre apenas duas parcelas pagas durante a relação contratual (R\$ 40.000,00), e não sobre a totalidade da quantia transacionada.

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente Relator.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0327742-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 346.501 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000200112013190078 00173914120158190000 173914120158190000 200112013190078
20060780002867

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIOGO TEBET DA CRUZ
ADVOGADO : DIOGO TEBET - RJ127188
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RUY FERREIRA BORBA FILHO
CORRÉU : ADILSON DA COSTA AZEVEDO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 13/12/2016: DR. DIOGO TEBET (P/PACTE)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.