



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.129 - TO (2012/0067620-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

R.P/ACÓRDÃ : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

O

IMPETRANTE : MARIA DAS DORES LINHARES MENDES DE QUEIROZ

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

PACIENTE : GILMAR ELDO DE ANDRADE

ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. ELEIÇÃO PARA PREFEITO. MODIFICAÇÃO. VALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A competência, estabelecida para os diversos órgãos jurisdicionais, quando fixada a partir de regras do sistema, *a priori*, não se modifica, em obediência ao princípio do juiz natural. Uma das hipóteses em que, todavia, se dá a modificação da competência, sem ofensa ao referido princípio, decorre de fenômeno externo ao processo, a saber, a investidura em cargo, pelo réu, no curso do processo, que reclame a competência originária do tribunal.

2. Assim, iniciada a ação penal perante o juízo comum de primeira instância, com a superveniência de condição que atraia o foro especial por prerrogativa de função, deve o processo ser remetido, no estado em que se encontra, ao Tribunal competente. Nesse caso, devem ser mantidos íntegros todos os atos processuais até então praticados, sob pena de violação ao princípio *tempus regit actum*, uma vez que o juiz era competente antes de tal modificação.

3. No caso dos autos, o paciente foi eleito prefeito no curso de ação penal já deflagrada. Em estrita obediência ao comando inserto no art. 29, X, da Constituição Federal, deve o processo, tal como ocorreu na hipótese, ser remetido ao Tribunal de Justiça respectivo para que lá se dê continuidade ao andamento do feito, em atenção à competência *ope constitutionis* (em razão da Constituição).

4. Inexiste nulidade na simples ratificação de atos processuais realizados antes da causa superveniente de modificação da competência, e o recebimento da denúncia, pelo magistrado de piso, interrompe o prazo prescricional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, retificando decisão proferida em Sessão do dia 4/9/2014, por maioria, não conhecer da ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente). Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Brasília, 16 de setembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.129 - TO (2012/0067620-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA DAS DORES LINHARES MENDES DE QUEIROZ
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
PACIENTE : GILMAR ELDO DE ANDRADE
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GILMAR ELDO DE ANDRADE, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Ação Penal originária n.º 2009.01.00.032581-4).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 312, *caput*, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal, por fato cuja prática cessou em 3.7.2004 (fl. 750), sendo a incoativa recebida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Tocantins/TO.

No entanto, com a eleição do paciente ao cargo de prefeito, foram os autos remetidos ao Tribunal Federal de origem. Subsequente, tanto o *Parquet* quanto o Desembargador ratificaram os atos já praticados (fls. 434/435).

Na data de 17.8.2011, sobreveio *decisum*, no qual o réu foi condenado à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais 17 (dezessete) dias-multa. A sanção reclusiva foi substituída por duas restritivas de direitos. Confira-se, por oportuno, a ementa do acórdão condenatório, *verbis* (fl. 191):

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PECULATO. CP, ART. 312, *CAPUT*. PRELIMINAR. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. ART. 514 DO CPP. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE. DEMONSTRAÇÃO. AUTORIA. COMPROVAÇÃO QUANTO A UM DOS ACUSADOS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LEI Nº 7.492/1986, ARTS. 1º, 5º E 25. NÃO APLICAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DO SEGUNDO ACUSADO. CPP, ART. 386, INCISO V. ACOLHIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA.

1. A fim de evitar divergências, a lei equiparou ao funcionário público, para efeitos penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais, que são as pessoas jurídicas de direito privado criadas e autorizadas por lei, com patrimônio público ou misto, para o desempenho de atividades, obras e serviços de interesse coletivo, sob regras do Estado. Sendo os acusados, na época dos fatos, funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma empresa pública, equiparam-se a funcionários públicos para efeitos penais.

2. Inconsistência da preliminar de nulidade por ausência da notificação prévia prevista no art. 514 do CPP. O entendimento jurisprudencial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

predominante no Supremo Tribunal Federal na época dos fatos era no sentido da dispensabilidade de intimação do funcionário público para apresentar a defesa preliminar quando o processo estava instruído com inquérito policial. Nesse sentido, a Súmula n.º 330 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: 'É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do CPP; na ação penal instruída por inquérito policial'.

3. Incide nas penas do art. 312, *caput*, do CP (peculato-apropriação) o funcionário público que se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou o desvia, em proveito próprio ou alheio.

4. Provada a materialidade do delito pelo conjunto probatório acostado aos autos.

5. A autoria restou provada somente quanto ao primeiro acusado, inexistindo causas excludentes de tipicidade, ilicitude ou da culpabilidade.

6. Não se aplica ao caso a Lei nº 7.492/1986, cujo objeto jurídico é a regularidade do funcionamento do Sistema Financeiro Nacional. Atuando como Banco Postal, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não figura como instituição financeira, mas tem a condição de simples prestadora de serviços à instituição financeira contratante.

7. Não restou demonstrado haver o segundo acusado concorrido ou colaborado, conscientemente, para o desenlace criminoso, impondo-se sua absolvição, com fulcro no art. 386, inciso V, do CPP.

8. Procedência parcial da pretensão acusatória deduzida na denúncia."

Ocorreu o trânsito em julgado do feito na data de 19.10.2011.

Não se resignando, a defesa peticionou pugnando pela desconstituição do trânsito da condenação, tendo o Desembargador Relator indeferido o pleito, em 28.3.2012, nestes termos (fls. 213/215):

"Após constituir novo defensor, requereu o réu:

'GILDO (*sic*) ELDO DE ANDRADE, já qualificado nos autos, via nova procuradora constituída, vem à ilustre presença de Vossa Excelência expor e requerer o que abaixo segue:

1 - O réu foi surpreendido com a notícia de sua condenação por este Tribunal.

2 - Dedilhando os autos, verifica-se que foi certificado o trânsito em julgado do acórdão supostamente ocorrido em 19 de outubro do ano de 2011.

3 - Entretanto, facilmente se constata a ausência de intimação pessoal do réu para a sessão de julgamento, bem como do *decisum* penalizador.

4 - Certo é que o caso vertente cuida de ação penal originária, diferenciando-se do regramento da hipótese recursal.

5 - Assim, embora existam inúmeras jurisprudências que afirmam a desnecessidade de intimação do réu sobre o acórdão condenatório, sabe-se que as mesmas se referem a julgamentos de recursos, sendo pacífico o posicionamento sobre a imprescindibilidade da intimação pessoal do condenado em ação penal originária.

6 - Entendimento diverso seria verdadeira afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, mesmo porque não seria lógico o tratamento diferenciado entre as 'intimações' em ações penais que tramitam em primeira instância e as originárias dos Tribunais em que o foro 'privilegiado' se transmudaria em prejuízo concreto à defesa, afrontando o Estado Democrático de Direito.

7 - Aqui, nestes autos, o defensor do réu Gilmar Eldo de Andrade não o informou sobre a sessão de julgamento perante esta Corte, tampouco por ele obteve ciência de sua condenação, fato que, com o certificado de trânsito em julgado, vem o impedindo a o exercício do direito à via recursal.

8 - Em exame mais detalhado, nota-se que a presença da Defensoria Pública da União acolheu tão somente o acusado Valdenor Martins de Moraes, restando Gilmar Eldo de Moraes carente de defesa.

9 - Por tais motivos, não pode perdurar a certificação do trânsito em julgado nestes autos, tendo em vista a falta de intimação pessoal do réu.

10 - É o que se extrai dos assentos do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

(...)

Destarte, considerando que a declaração de trânsito em julgado provocou lesão de difícil reparação ao réu, requer a Vossa Excelência seja declarada a reabertura do prazo recursal, em prestígio ao princípio constitucional da ampla defesa.

Requer, outrossim, a juntada do competente instrumento procuratório, no prazo de 05 (cinco) dias, de acordo com a lei processual em vigor. Requer, ainda, seja expedido, COM URGÊNCIA, ofício ao Juízo da 7ª Zona Eleitoral, Paraíso do Tocantins, informando óbice à suspensão dos direitos

políticos de Gilmar Eldo de Andrade, posto que resguardado por esta Casa de Justiça seu direito ao exercício recursal.' (fls.934/937).

A respeito, registrou o MPF:

'A presente ação foi devidamente acompanhada pelo procurador constituído do réu, sendo que às fls. 884 ele foi pessoalmente intimado para constituir novo defensor e apresentar alegações finais. Ele esteve, pois, sempre pessoalmente ciente do processo que tramitava contra si, e nunca fez questão de ter uma colaboração expedita com a Justiça.

O mandado de fls. 884 foi recebido pelo próprio réu, que ficou ciente, como mostra a sua assinatura e a certidão do oficial de Justiça nas fls. 885.

O julgamento teve sua pauta devidamente publicada, fls. 901, e o acórdão foi publicado, como se demonstra na certidão de fls. 926.

A se admitir a tese do réu, de que a leviandade de seu advogado constituído o prejudicara, mesmo tendo havido todo o trâmite legal no processo, abre-se espaço para a total falta de respeito a esta Corte: cada vez que houver um julgamento desfavorável, a parte constituirá um novo advogado, que virá a juízo culpar o advogado antigo por não ter ficado ciente do julgamento, e tudo será reaberto.

Assim, não há razão para reabrir o prazo de quem estava pessoalmente ciente de que o processo estava com a instrução encerrada, e após todas as intimações devidamente publicadas.

Transitados os autos em julgado, requeiro a solicitação de informações ao juízo identificado às fls. 932 sobre o início do cumprimento das penas.' (fls. 944/945)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isto posto, indefiro a petição do réu, eis que a manifestação ministerial, acima transcrita, em que se destaca o trâmite da ação sob o crivo do devido processo legal, afasta, peremptoriamente, o alegado cerceamento de defesa.

Sendo assim, oficie-se ao Juízo de Execuções Penais, identificado à fl. 932, instando-se-lhe informar quanto à execução da pena atribuída ao réu."

No presente *writ*, enaltece a impetrante que a exordial acusatória foi recebida por juiz federal, que declinou da competência para o colegiado, em virtude da posse do acusado ao cargo de Prefeito do Município de Abreulândia/TO.

Sublinha que a mera ratificação do recebimento da denúncia contraria os artigos 247 e 249 do Regimento Interno daquela Corte, pois deveria ter sido oportunizada ao paciente a apresentação de defesa preliminar.

Ressalta, ademais, que a exordial deveria ser recebida pelo órgão colegiado, com a prévia intimação do réu da sessão, e não somente pelo Desembargador relator.

Aponta, ainda, que, por ocasião do recebimento da incoativa, o paciente não tinha advogado constituído e que não houve nomeação de defensor *ad hoc*.

Alega, ainda, que não se procedeu à intimação pessoal do réu para ciência da data de julgamento, no qual se julgou procedente em parte a pretensão acusatória, condenando o acusado, tendo apenas sido intimado o advogado por e-mail, contrariando o parágrafo 5º do artigo 255 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal, obstando-se, assim, a realização de sustentação oral.

Assere que mais uma vez não se procedeu à intimação pessoal, mas apenas pela imprensa oficial, não tendo o paciente tomado conhecimento da decisão condenatória, por desídia do causídico.

Obtempera que, por não ter sido pessoalmente cientificado, não poderia ocorrer o trânsito em julgado do feito, razão pela qual deve ser reaberto o prazo recursal.

Por fim, sustenta ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, haja vista o fato ter ocorrido em 2004 e não poder retroagir em desfavor do paciente a Lei n.º 12.234/10, que alterou a lapso prescricional.

Pontua que, assim, considerando-se a data da prática delitiva, "no ano de 2004" (fl. 8), e a ocorrência da ratificação do recebimento da denúncia em 19.8.2009, de se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva pela pena em concreto, dado o lapso prescricional de 4 (quatro) anos.

Requer, liminarmente e no mérito, a decretação da nulidade da ação penal desde o início ou apenas do trânsito em julgado. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento da prescrição.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 1.006/1.008), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, acostadas às fls. 1.015/1.016 e 1.018/1.064, e ao Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

singular anterior, juntadas às fls. 1.011/1.012.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Pedro Henrique Távora Niess (fls. 1.067/1.076), pela concessão da ordem "para anular o processo a partir da ratificação do recebimento da denúncia feita pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região".

Após a renúncia do causídico substabelecido neste *mandamus* (fls. 1.080/1.081 e 1.121/1.125) e da inércia do paciente na constituição de novel defensor, a Defensoria Pública da União foi intimada para atuar no feito (fls. 1.129 e 1.136/1.137).

Notícias colhidas em contato telefônico com a Vara das Execuções, bem como no sítio do Tribunal de origem, e juntadas aos autos dão conta de que o paciente encontra-se no cumprimento das penas restritivas de direitos outrora impostas (fls. 1.144/1.146), a saber, prestação de serviços à comunidade e comparecimento mensal em-juízo (fl. 1.147), ocorrendo audiência admonitória posterior, em 2.12.2013, a fim de substituir a primeira reprimenda restritiva por prestação pecuniária, mantendo os termos da segunda (fls. 1.148/1.149) - Execução n.º 5023174-67.2012.827.2729.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 238.129 - TO (2012/0067620-2)

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca-se no presente *mandamus* o reconhecimento da nulidade da ação penal ou da prescrição da pretensão punitiva.

Para o deslinde da *quaestio*, nas vertentes alegadas na inicial da impetração, imperiosa a transcrição dos fundamentos do aresto vergastado (fls. 171/191):

"O Ministério Público Federal, em 19/12/2006, ofereceu denúncia contra GILMAR ELDO DE ANDRADE e VALDENOR MARTINS DE MORAIS, dando-os como incurso nas penas do art. 312, *caput*, c/c o art. 29, ambos do CP.

Cuida-se de inquérito policial que tramitava, inicialmente, perante a 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins.

A denúncia foi recebida em 17/01/2007 (ação penal nº 2007.43.00.000229-4 - fls. 517 e 519, v. 3).

A causa seguiu seus trâmites (certidão às fls. 710/712, v. 3):

- quanto a VALDENOR MARTINS DE MORAIS: - interrogatório (24/04/2007, fls. 531/533, v. 3); - defesa prévia, sustentando que não são verdadeiras as imputações narradas na denúncia (07/05/2007, fl. 537);

-quanto a GILMAR ELDO DE ANDRADE: - interrogatório (28/02/2008, fls. 563/564, v. 3); - defesa prévia, sustentando a inocência do acusado e arrolando, como testemunha, Euclides Correia Costa (03/03/2008, fl. 570);

- inquirição das testemunhas arroladas pela acusação: Rosalvo Monteiro Ferreira (08/07/2008, fl. 607, v. 3), João Batista Parolin (05/09/2008, fls. 633/635) e Euler Eliete Pereira da Silva (11/09/2008, fls. 652/662);

- em 16/10/2008, o Ministério Público Federal requereu a dispensa da testemunha Nelson Riboldi Júnior (fl. 664, v. 3), o que foi homologado, pelo magistrado, em 15/12/2008 (fl. 666).

Em 10/02/2009, GILMAR ELDO DE ANDRADE informou ao Juízo que tomara posse como prefeito do município de Abreulândia/TO, em 01/01/2009, e requereu que se lhe concedesse o foro por prerrogativa de função, devendo o processo em tela tramitar junto a este Regional (fls. 677/678, v. 3). Às fls. 679 e 680, cópias do Termo de Posse, de 01/01/2009, e respectivo Diploma, de 18/12/2008.

Em 27/02/2009, o magistrado afirmou a incompetência daquele Juízo para processar e julgar o feito e determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 683/684).

Em 19/05/2009, VALDENOR MARTINS DE MORAIS, assistido pela Defensoria Pública da União/TO, manifestou ciência da decisão de fls. 683/684 (fl. 700).

Nesta instância, o Procurador Regional da República Paulo Vasconcelos Jacobina assim se manifestou:

'O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República que esta subscreve, vem a V. Exa. RATIFICAR todos os atos praticados pelo MPF na 1ª instância, em especial a denúncia contra os réus GILMAR ELDO DE ANDRADE, pelo crime previsto no art. 312, caput, do CP, e VALDENOR MARTINS DE MORAIS, pelo crime previsto no art. 312, caput, c/c o art. 29 do CP, nos termos das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 03/06;

Requeiro a intimação dos réus para que tenham ciência que os autos se encontram no Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em razão da prerrogativa de função do réu Gilmar Eldo de Andrade. Requeiro o prosseguimento do feito com a inquirição da testemunha de defesa Euclides Correia Costa, prosseguindo-se nos termos da Lei nº 8.038/90.' (fls. 707/708, v. 3).

Às fls. 713/714, consta decisão, de 05/08/2009, que convalidou os atos praticados nos autos e, em conformidade com o opinativo ministerial, determinou a classificação do feito como Ação Penal, bem como a intimação das partes, facultando-se-lhes requerer o que entendessem pertinente quanto à continuidade do processamento do feito.

À fl. 719, v. 3, certidão de 19/08/2009, no sentido de que decorreria o prazo legal, a partir da publicação da decisão de fls. 713/714 no e-DJF1 de 18/08/2009, com validade de publicação no dia 19/08/2009 (fl. 718), e das intimações de fls. 717 e 718v (PRR/1ª Região e Defensoria Pública da União), sem que as partes tenham se manifestado.

Na fl. 723, cota ministerial, de 24/09/2009, reiterou a cota de fls. 707/708, requerendo a inquirição da testemunha de defesa Euclides Correia Costa, mediante a expedição de carta de ordem, bem como um novo interrogatório dos acusados após a oitiva das testemunhas, como determinado pelo despacho de fl. 666, em primeira instância.

À fl. 727, expedição da Carta de Ordem nº 321/09, de 09/10/2009, objetivando a inquirição de Euclides Correia Costa.

À fl. 758, Ata de Audiência de inquirição da testemunha Euclides Correia Costa, arrolada pela defesa do réu Gilmar Eldo de Andrade, bem como novo interrogatório dos acusados, na 2ª Vara-SJ/TO, em 10/11/2009, por sistema audiovisual (CD nº de ordem 040/09, fl. 764).

À fl. 770, v. 4, em 01/12/2009, manifestação do Ministério Público Federal, que, entendendo encontrar-se encerrada a instrução, requereu a intimação da defesa para que se manifestasse, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.038/1990.

Respectivamente às fl. 776 e 777v, em cumprimento ao despacho de fl. 773, a PRR/1ª Região (15/12/2009), bem como a Defensoria Pública da União (17/02/2010), em defesa de Valdenor Martins de Moraes, informaram que não tinham diligências a requerer.

À fl. 778, Certidão de 18/02/2010, segundo a qual decorreria o prazo legal sem que a defesa do réu Gilmar Eldo de Andrade, intimada através de publicação no Diário da Justiça Federal da Primeira Região (e-DJF1) do dia 19/01/2010 (certidão de fl. 777), apresentasse manifestação.

À fl. 782, em 25/02/2010, o Ministério Público Federal requereu o prosseguimento do feito, com a abertura da oportunidade para as derradeiras alegações, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.038/1990.

Em razões finais, o Ministério Público sustenta que:

- a materialidade está comprovada no procedimento de sindicância realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cujas conclusões estão amparadas pelos documentos acostados ao Inquérito, destacando-se o termo de conferência de numerário (fl. 24), o relatório de operações, em que constam as contas não contabilizadas (fls. 28/30), e os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recibos de retirada firmados pelo réu Gilmar Eldo de Andrade, acostados às fls. 32/34 (fl. 789, v. 4);

- o acusado Gilmar Eldo de Andrade confessou a autoria delitiva em seu interrogatório judicial, às fls. 563/564, e reiterou suas informações no novo interrogatório realizado no fim da instrução - mídia audiovisual à fl. 764, sendo que a confissão está amparada nas demais provas dos autos (fl. 790);

- não há dúvida de que o réu Gilmar Eldo de Andrade apropriou-se dolosamente dos valores desviados, já que, inclusive, informou a suposta destinação dos recursos – para a aquisição de uma chácara em nome de seu irmão, assim, é indubitável o *animus rem sibi habendi*, bem como o efetivo dano causado à ECT, que somente foi reparado após a inspeção realizada pela empresa pública (fl. 792);

- a negativa de autoria por parte do acusado Valdenor Martins de Moraes, em seu interrogatório judicial, vai de encontro às alegações da denúncia e das demais provas dos autos (fls. 792/794): ficou patente que, mesmo sabendo que a conduta era ilícita, concorreu dolosamente para o peculato em favor do corréu, tendo sua participação fundamental importância para a consecução dos objetivos delituosos (fl. 794);

- ambos os acusados utilizaram a posição de chefia, na função de gerentes da agência da ECT em Abreulândia/TO, para o cometimento do peculato (fl. 795).

Ao final, o Ministério Público Federal pugna pela condenação dos réus pela prática do crime tipificado no art. 312, *caput*, do CP, c/c o art. 327, § 2º, do mesmo Código (fl. 795).

Por seu turno, a Defensoria Pública da União afirma que:

- a conduta de Valdenor Martins de Moraes é fato atípico, seus atos decorrem das circunstâncias e qualquer empregado, na mesma situação, teria agido da mesma forma (fl. 801, v. 4);

- houve coação moral exercida por Gilmar, na ocasião, candidato à prefeitura, sobre Jaciel Souza Leal e sobre Valdenor. Por esta razão, as contabilizações de recibos de retirada, na rubrica contábil própria de dinheiro em caixa, não foram, ao seu tempo, objeto de comunicação a superior hierárquico, infração meramente administrativa (fl. 803);

- Valdenor confiara que o antecessor Gilmar, pessoa influente e detentor de posses na região, resgataria os recibos de saque, quando poderia regularizar a contabilidade da agência;

- é prática comum de mercado os gerentes de agência segurarem cheques (recibo de retirada) de seus clientes, principalmente quando os registros cadastrais revelam sua boa capacidade financeira e patrimonial para honrar compromissos;

- o cofre da agência não ficou 'a descoberto' na gestão de Valdenor, porque, além do dinheiro em espécie, o cofre estava lastreado pelos recibos de retiradas (cheques avulsos) emitidos por Gilmar para serem sacados, no momento oportuno, contra o Bradesco, que deveria fazer o pagamento ao beneficiário, no caso, a ECT (Termo de Conferência de Numerário, fl. 24) (fl. 804);

- o saldo negativo no cofre da agência ficou a descoberto com a ação irregular do órgão de inspetoria, através de Renato Godinho, ao entregar a Valdenor os documentos contábeis que davam garantia aos valores confiados ao cofre (fl. 805);

- o acusado não agiu com dolo, confessou as irregularidades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrativas na condução dos trabalhos da agência, bem como, com os documentos que recebera de Renato Godinho, conseguiu que Gilmar restituísse o dinheiro antes da conclusão do processo administrativo e do recebimento da denúncia, demonstrando sua boa-fé (fls. 810/811);

- Valdenor não teve benefício com a prática, decorrente do atraso de Gilmar em cumprir a obrigação assumida, de retenção, por cinco dias, de 255 contas de concessionárias para manter o caixa com numerário suficiente ao atendimento da clientela da agência; trata-se de “float” bancário, que, na forma realizada, é irregular apenas no campo administrativo (Nota Jurídica/ASJUR-019/2005, da Diretoria Regional de Goiás e Tocantins - fls. 471/472, v. 2) (fls. 810/812);

- a testemunha de acusação Rosalvo Monteiro Ferreira faltou com a verdade quando disse que Valdenor confessara perante a comissão de sindicância que utilizava cheque dos Correios (recibos de retirada) para custear despesas para fins particulares (fl. 813);

- a testemunha de acusação João Batista Parolin faltou com a verdade quando disse que Valdenor confessara que fazia a retenção de contas das concessionárias a pedido de Gilmar, de modo a fazer caixa a fim de que não se percebesse o desvio. A retenção de contas por 5 (cinco) dias não teve esse objetivo;

- a testemunha de acusação Euler Eliete Pereira da Silva faltou com a verdade quando disse que Gilmar passara o caixa a Valdenor já faltando dez mil reais. O caixa foi repassado por Jaciel Souza Leal e havia dinheiro em espécie e cheques avulsos (recibos de retirada) garantindo o saldo do cofre;

- a concreta ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, ou ao menos a sua probabilidade concreta, é pressuposto primeiro para o manejo do direito penal, o que não ocorre no presente caso (fl. 818).

Ao final, a Defensoria Pública da União requer a absolvição de Valdenor Martins de Moraes da imputação que lhe foi formulada (fl. 819).

Já a defesa de Gilmar Eldo de Andrade, preliminarmente, alega ausência da defesa preliminar prevista no art. 514 e seguintes do CPP (fls. 855/862, v. 4). Sustenta que, quanto à manutenção da atividade pública por parte do réu, *'mister verificar que a denúncia, fls. 03/06, a procuração juntada pelo acusado, fl. 553, e a qualificação de seu interrogatório, fls. 563/564, mencionam que o réu é funcionário público, logo, tal fato é incontroverso'* (fl. 856). Nesse sentido, entende que a adoção do procedimento previsto no art. 514 do CPP não era mera faculdade do julgador.

No mérito, a defesa sustenta a atipicidade do fato pelo mero uso do bem (fl. 862). Alega que, mesmo considerada a natureza do bem objeto material do caso em tela, o dinheiro, não se pode afirmar que houve apropriação ou desvio, pois o acusado deixou documentos que atestam a autoria dos saques e a intenção de devolução dos valores (cópia do cheque título à fl. 114, cópias dos recibos de retirada assinados pelo réu), os valores foram devolvidos, bem como não houve recebimento de juros ou qualquer outra espécie de lucros, não ocorrendo tergiversação da finalidade legal. Sustenta que a devolução de dinheiro, bem fungível, é possível e equivale à dação do mesmo bem, logo, não há perda da coisa, mas mero uso. Afirma que, ante a inexistência de certeza se o bem fungível restituído é o mesmo, não pode o réu sofrer sanção criminal por presunção de infração à norma (fls. 863/865).

Também defende a defesa de Gilmar Eldo de Andrade a impossibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito. Afirma que, para a configuração do peculato, nas modalidades apropriação ou desvio, é necessário que exista a efetiva apropriação do bem ou o desvio de finalidade da coisa em poder do funcionário público, logo, ausente a possibilidade de transferência da propriedade ou desvio, não há crime (fls. 866/867). Sustenta a impossibilidade de consumação do dano, ante a absoluta impropriedade do objeto, pois o acusado ofereceu garantias no momento em que, supostamente, utilizava-se dos bens (fl. 867). Afirma que não se pode falar em apropriação ou desvio sem a comprovação de que o acusado não possuía disponibilidade financeira para arcar com os valores apurados a menor no momento da inspeção à AC Abreulândia/TO (fl. 869).

Requer, ainda, a defesa a desclassificação do delito. Destaca que se cuida de valores supostamente apropriados do Banco Postal, serviço disponibilizado pela EBCT, a fim de interiorizar os serviços bancários no Brasil (fl. 870). Sustenta que, nesse contexto, havia atuação de instituição financeira, prestadora exclusiva dos serviços bancários, pois a administração, o depósito e a guarda de valores de terceiros é verdadeiro serviço bancário, regulando-se a prática criminosa atribuída ao acusado por lei penal especial, a Lei nº 7.492/1986, arts. 1º, 5º e 25 (fls. 871/873).

Quanto à dosimetria, alega a defesa a impossibilidade de aplicação da majorante prevista no art. 327, § 2º, do CP (fls. 873/875), a ocorrência de arrependimento posterior (art. 16 do CP - fls. 875/879), que o acusado tem direito à atenuante da confissão espontânea, bem como à redução da pena em 2/3 (dois terços), conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 9.807/1999 (fls. 879/881).

Ao final, requer:

'(a) declarem a nulidade processual face à infração do procedimento previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal, em razão da ausência de oportunidade para o oferecimento da defesa preliminar;

(b) a absolvição do réu GILMAR ELDO DE ANDRADE pela atipicidade do fato, ante o reconhecimento de que as condutas narradas na denúncia subsumem-se ao mero uso do bem, subsidiariamente, a absolvição com fundamento de cuidar-se de crime impossível, já que os empréstimos foram garantidos com documento de dívida executáveis;

(c) a desclassificação do fato narrado na denúncia para o delito previsto no artigo 5º da Lei 7.492/86, com o posterior reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 25, § 2º, da mesma Lei;

(d) caso o réu GILMAR ELDO DE ANDRADE seja condenado, requer a exclusão da qualificadora prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal, o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 16 do mesmo Código, a minoração da pena em 2/3, em aplicação analógica à lei de delação premiada, e, finalmente, a aplicação da pena no mínimo legal, com a imposição do regime aberto e, posteriormente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.' (fl. 882, v. 4).

É o relatório.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor dos acusados, nos seguintes termos:

'O **Ministério Público Federal**, por este seu Procurador, vem, com fulcro nos documentos em anexo - consistentes no inquérito policial em epígrafe - e nos artigos 129, inciso I, da Constituição da República e 24 e 41 do Código de Processo Penal, oferecer a presente **DENÚNCIA** em desfavor de

GILMAR ELDO DE ANDRADE, brasileiro, casado, funcionário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

público, portador do CPF nº 656.624.664-91 e da Cédula de Identidade nº 669722, expedida pela SSP/TO, filho de Geraldo Severino de Andrade e Expedita Agostinha de Andrade, residente e domiciliado na Avenida José Lopes de Figueiredo, nº 85, Centro, Abreulândia - TO,

VALDENOR MARTINS DE MORAIS, brasileiro, casado, atendente comercial dos Correios, portador do CPF nº 413.176.023-15 e da Cédula de Identidade nº 58899, expedida pela SSP/TO, filho de José Domingos de Moraes e Tomaza Martins de Oliveira, residente e domiciliado na Avenida C, Quadra 64, Lote 02, Aurenly IV, Palmas – TO,

pela prática dos fatos delituosos a seguir narrados.

DO FATO.

Consta do Inquérito Policial em epígrafe que após inspeção na Agência dos Correios em Abreulândia/TO realizada no dia 23/09/2004, descobriu-se, por intermédio de recibos de retiradas, a ausência de R\$ 22.754,79 (vinte e dois mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e setenta e nove centavos) no sistema financeiro da mesma, bem como a não contabilização de 255 contas de energia, água e telefone.

Diante desse fato, a empresa pública instaurou processo de sindicância que resultou na descoberta da conduta delitiva praticada pelos denunciados acima descritos, possibilitando o encaminhamento do processo a esta Procuradoria, com vistas a tomar as devidas providências.

Durante as investigações restou comprovado que Gilmar Eldo de Andrade, quando desempenhava a função de chefe da Agência dos Correios em Abreulândia/TO - 03/11/1993 até 03/07/2004 - retirou, do caixa da mesma, a quantia no valor de R\$ 10.166,79 (dez mil, cento e sessenta e seis reais e setenta e nove centavos) registrada informalmente por recibos de retirada nº 019272, 019273 e 019274, depositando-a (transferindo-a) para conta de sua propriedade (nº 590040-9/Bradesco), a fim de apropriar-se do dinheiro (fls. 26/27).

Não satisfeito, ao sair da ECT para concorrer às eleições, Gilmar pediu ao gerente substituto, o denunciado Valdenor Martins de Moraes, que retirasse R\$ 12.588,00 (doze mil e quinhentos e oitenta e oito reais) do caixa mediante os recibos de retiradas já assinados por ele (fls. 27/28), alegando que restituiria o valor no prazo de uma semana (fls. 479/480). Este, por sua vez, além de não comunicar o fato à sua chefia imediata, desviou o dinheiro conforme o combinado e, ainda, reteve em seu poder valores referentes ao pagamento de contas de energia, água e telefone das concessionárias Celtins, Saneatins, Brasil Telecom e Embratel 'com intuito de manter suficiente valor em caixa que cobriria eventuais saques ou recolhimentos de numerário para a agência de relacionamento' (fls. 402/403). A quantia supracitada também restou depositada (transferida) na conta nº 590040-9/Bradesco, cujo titular é o acusado Gilmar.

Ademais, os acusados, durante a investigação policial, confessaram as condutas acima descritas, conforme depoimentos de fls. 479/480 e 501.

Importante ressaltar que o dinheiro apropriado por Gilmar, auxiliado por Valdenor, somente foi devolvido ao caixa da agência no momento em que a inspeção já estava em curso.

DA TIPIFICAÇÃO.

Esse o quadro, a conduta do denunciado Gilmar Eldo de Andrade amolda-se na primeira parte do artigo 312, caput, do CP, segundo o qual constitui crime: 'Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem posse em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão do cargo (...)'.

Paralelamente, encontra-se Valdenor Martins de Moraes incurso nas penas do artigo 312, caput, c/c o artigo 29, ambos do CB (sic), uma vez que contribuiu para a prática do crime de apropriação, desviando a quantia supracitada para ser apropriada por Gilmar de Andrade.

DO PEDIDO.

Por estarem os denunciados incursos nas sanções dos tipos referidos, o Ministério Público Federal vem requerer seja esta DENÚNCIA recebida, presentes que estão os requisitos do art. 41 do CPP, devendo o denunciado ser citado e processado.” (fls. 03/05).

Improcede o inconformismo do corréu Gilmar Eldo de Andrade.

Inicialmente, destaco que, a fim de evitar divergências, a lei equiparou ao funcionário público, para efeitos penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais, que são as pessoas jurídicas de direito privado criadas e autorizadas por lei, com patrimônio público ou misto, para o desempenho de atividades, obras e serviços de interesse coletivo, sob regras do Estado. No caso em tela, tratando-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) de empresa pública, os corréus são equiparados a funcionários públicos.

Aprecio a preliminar de nulidade por ausência de notificação prévia prevista no art. 514 do CPP:

Não merece prosperar a preliminar.

É que, quando do recebimento da denúncia (17/01/2007 – fls. 517 e 519v, v. 3), o entendimento jurisprudencial então predominante no Supremo Tribunal Federal era no sentido da dispensabilidade de intimação do funcionário público para apresentar a defesa preliminar quando o processo estava instruído com inquérito policial. Nesse sentido, inclusive, aponta a Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: 'É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do CPP, na ação penal instruída por inquérito policial'.

Além disso, a inobservância do referido procedimento gera apenas nulidade relativa, cuja arguição deve ser acompanhada da comprovação de efetivo prejuízo à defesa, o que não ocorreu no caso em análise.

Ademais, conforme consta dos autos, o réu foi demitido da EBCT em 2005 (fls. 475 e 488, v. 2), fato que também não justifica a anulação do processo para que a formalidade seja observada.

Preliminar rejeitada.

Do mérito.

O corréu Gilmar Eldo de Andrade foi denunciado como incurso nas sanções do art. 312, *caput*, do CP. Dispõe aquele tipo penal, *verbis*:

'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.'

A materialidade delitiva está consubstanciada na vasta documentação acostada aos autos, da qual destaco os Relatórios Inicial e Final de Apuração (de 09/11/2004 e 09/12/2004, fls. 397/424 e 447/450, v. 2), bem como a Nota Jurídica/ASJUR-019/2005 (de 10/02/2005, fls. 467/475).

A autoria igualmente resta demonstrada, como segue.

Em 14/10/2004, depondo junto à EBCT, Gilmar Eldo de Andrade negou a imputação. Afirmou que, durante seu afastamento da agência de Abreulândia, que é uma unidade unipessoal, foi substituído por Jaciel Souza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Leal, que, juntamente com o depoente, conferiu os valores (produtos e numerários), dados como conformes, sem que houvesse diferença entre o saldo físico e o escriturado. Afirmou que, em meados de setembro, foi procurado pelo substituto de Jaciel, o corréu Valdenor, que lhe pediu emprestada a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Sustentou que Valdenor não informou que sua pendência financeira relacionava-se à diferença a menor no cofre da agência em tela. Acrescentou Gilmar:

(...)

Já em 27/10/2004, a EBCT realizou acareação entre Jaciel Souza Leal, Valdenor Martins de Moraes e Gilmar Eldo de Andrade, que retificou suas primeiras declarações, como destaque:

(...)

Em Juízo, Gilmar também reconheceu ter realizado a conduta que lhe é imputada, nos seguintes termos:

(...)

Afirmada a competência deste Regional para processar e julgar o feito, em 05/08/2009 (fls. 713/714), **Gilmar foi ouvido novamente em Juízo, por Carta Precatória, a pedido do Ministério Público Federal (fl. 723, v. 3), em 10/11/2009.** O acusado, sem alterar sua confissão, afirmou que não teve a intenção de causar prejuízo à EBCT ou a Valdenor, ressarcindo os valores antes mesmo do início do processo administrativo (interrogatório registrado através de sistema audiovisual - termo à fl. 761 e CD à fl. 764, v. 3).

Resta, pois, perfeitamente configurada a prática, por Gilmar Eldo de Andrade, do delito previsto no art. 312, *caput*, do CP. Sobre a questão é o seguinte precedente:

(...)

Não procede a alegação de atipicidade pelo mero uso do dinheiro, bem fungível. Dinheiro, como previsto no próprio tipo penal em comento, transcrito linhas supra, também é objeto material do crime de peculato, assim como '*valor (títulos da dívida pública, apólices, letras de câmbio etc.) ou qualquer bem móvel, sejam públicos ou particulares, que estejam em custódia, guarda ou vigilância do Estado*' (MIRABETE. Julio Fabbrini. Código Penal interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 2313).

Ressalto que a alegação de mera irregularidade administrativa não tem o condão de elidir o crime. Nesse sentido, o seguinte precedente:

(...)

Tampouco merece acolhida a alegação de inexistência do núcleo do tipo, qual seja, a prova efetiva de que tenha havido proveito próprio em favor do acusado, consistente no aumento do seu patrimônio. Com efeito, o aumento do patrimônio do agente não é indispensável para a caracterização do tipo penal em tela. Esclarece a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

(...)

Ademais, o próprio réu confirmou, em Juízo, ter alcançado proveito próprio, nos termos do texto legal, ao afirmar que '*Assim agiu para pagar dívidas particulares, entre elas as parcelas de uma chácara que então havia adquirido*' (fl. 564, v. 3).

Outrossim, não procede a alegação de ausência de dolo. O dolo do peculato apropriação é a vontade de transformar a posse em domínio (op. cit., p. 2319), como se depreende do seguinte julgado:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, como visto linhas retro, as declarações do acusado bem denotam sua vontade livre e consciente de praticar a conduta prevista no art. 312 do CP, informações que estão de acordo com o conjunto probatório. Gilmar passou a dispor de coisa alheia como se fosse o legítimo proprietário ou possuidor. Assim, também não se acolhe a alegação de impossibilidade de consumação do delito, por ter o acusado oferecido garantias de futura devolução dos valores apropriados. Por sua pertinência, da lição de Mirabete destaco:

(...)

Mister destacar que a alegação de que o acusado foi vítima de perseguição política, culminando em sua demissão, é desinfluyente para afastar a tipicidade da conduta.

Outrossim, não há que se falar em extinção da punibilidade nos termos do parágrafo 3º do art. 312 do CP, considerando-se a total reparação do dano antes mesmo do recebimento da denúncia. Tal norma aplica-se ao peculato culposo, que não se configura no caso em testilha, conforme fundamentação exarada linhas retro.

A defesa destaca, ao final, que se cuida de valores supostamente apropriados do Banco Postal, serviço disponibilizado pela EBCT, a fim de interiorizar os serviços bancários no Brasil (fl. 870, v. 4). Sustenta que, nesse contexto, havia atuação de instituição financeira, prestadora exclusiva dos serviços bancários, pois a administração, o depósito e a guarda de valores de terceiros é verdadeiro serviço bancário, regulando-se a prática criminosa atribuída ao acusado por lei penal especial, a Lei nº 7.492/1986, arts. 1º, 5º e 25 (fls. 871/873, v. 4).

A afirmativa é improcedente. O objeto jurídico da Lei nº 7.492/1986 é a regularidade do funcionamento do Sistema Financeiro Nacional. Ocorre que, atuando como Banco Postal, a EBCT não figura como instituição financeira, mas tem a condição de simples prestadora de serviços à instituição financeira contratante, no caso, o BRADESCO. Ora, Gilmar Eldo de Andrade era funcionário da EBCT, não se aplicando ao caso em tela os dispositivos da supracitada norma legal, que não teve atingido seu objeto jurídico.

Afasto, ainda, a alegação de que Gilmar Eldo de Andrade já estava licenciado do cargo de gerência quando da ocorrência das condutas narradas pelo *Parquet* (fl. 873, v. 4). Com efeito, como transcrito linhas retro, o próprio acusado, depondo em Juízo, relatou que foi o Chefe da agência dos Correios de Abreulândia/TO de 1993 a 2004 e que, pouco antes de junho de 2004, iniciou o desvio da importância de aproximadamente R\$ 10.000,00 (dez mil reais) da citada agência, mediante saques sucessivos, que eram acobertados por cheques emitidos pelo próprio acusado, sem permitir sua compensação (fls. 563/564, v. 3). Acrescentou que, logo que entrou de licença para concorrer às eleições municipais, solicitou ao corrêu Valdenor, que assumira a agência em 01/07/2004 (fl. 398, v. 2), a liberação de vários saques, no total de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). No mesmo sentido, Jacieli Souza Leal declarou que, em 29/06/2004, recebeu a passagem da Agência em comento das mãos de Gilmar, quando ambos já constatarem a existência da diferença (fl. 123). Portanto, ao contrário do que sustenta a defesa, Gilmar ainda exercia o cargo de gerência quando do início da ocorrência das condutas a ele imputadas pelo MPF, cabendo, no caso, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também requer a defesa o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no art. 16 do CP (fl. 882, v. 4). Prevê aquele dispositivo legal:

(...)

Melhor sorte socorre o réu.

Com efeito, de acordo com o entendimento jurisprudencial desta Casa, é aplicável a causa de diminuição por arrependimento posterior no crime de peculato (art. 312 do CP), conforme aresto abaixo transcrito:

(...)

Também nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça há muito tempo adota o entendimento de que, no crime de peculato, a restituição total da *res* apropriada, em face do arrependimento posterior, impõe a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 16 do CP, conforme aresto abaixo transcrito:

(...)

No caso em tela, a inspeção procedida pela EBCT constatou a diferença no caixa da agência de Abreulândia/TO em 23/09/2004 (fl. 397, v. 2). O valor apropriado por Gilmar foi de R\$ 22.754,79 (vinte e dois mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e setenta e nove centavos (fl. 67). Em 22/10/2004, o corréu Valdenor Martins de Moraes informou que, em 27/09/2004, Gilmar instado pelo próprio Valdenor, depositara em sua conta, para o fim de ressarcir à EBCT o valor apropriado, a quantia de R\$ 22.850,00 (vinte e dois mil, oitocentos e cinquenta reais) (fls. 112 e 113). Valdenor explicou que *'o valor foi depositado em sua conta porque o valor dos recibos de retirada já haviam sido lançados na conta de prejuízos a apurar, impedindo o processamento dos mesmos na agência'* (fl. 112). À fl. 114, cópia do cheque emitido por Valdenor, em 28/09/2004, no exato valor de R\$ 22.754,79 (vinte e dois mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e setenta e nove centavos), por meio do qual foi ressarcido à EBCT o prejuízo em tela, informação não impugnada pela EBCT (Relatório Final de Apuração, de 09/12/2004, fls. 447/450, v. 2).

A denúncia foi recebida em 17/01/2007 (fls. 517 e 519, v. 3).

Dessarte, embora somente após a inspeção da EBCT e a intervenção de Valdenor, por ato não espontâneo, mas voluntário de Gilmar, uma vez reparado o dano em sua totalidade, antes do recebimento da denúncia, aplica-se ao caso em tela a causa de diminuição da pena prevista no art. 16 do CP. Nessa esteira, destaco o seguinte excerto do comentário de Celso Delmanto e outros sobre o dispositivo legal em tela:

(...)

Noutro giro, não procede a alegação de que Gilmar tem direito à redução da pena em 2/3 (dois terços), conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 9.807/1999 (fls. 879/881, v. 4).

(...)

Com efeito, supracitada norma legal dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Ocorre que, no caso em comento, a confissão de Gilmar não trouxe aos autos qualquer nova informação, que representasse a supracitada efetiva colaboração, mas apenas ratificou os dados oriundos das demais provas testemunhais, bem como das provas documentais. Dessarte, não se aplica ao presente feito a Lei nº 9.807/1999.

Em suma, as alegações do acusado em sua defesa não se coadunam com o conjunto probatório existente nos autos, que é suficiente a embasar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um decreto condenatório de Gilmar Eldo de Andrade como incurso nas penas do art. 312, *caput*, c/c os arts. 16, 327, § 2º, e 71, todos do CP.

Quanto ao acusado Valdenor Martins de Moraes, foi-lhe imputada a prática do crime previsto no art. 312, *caput*, c/c o art. 29, ambos do CP (fl. 05).

Em síntese, assevera a Defensoria Pública da União que a conduta é fato atípico (fl. 801), seus atos decorrem das circunstâncias e qualquer empregado, na mesma situação, teria agido da mesma forma (fl. 801). Alega que é prática comum de mercado os gerentes de agência segurarem cheques (recibo de retirada) de seus clientes, principalmente quando os registros cadastrais revelam sua boa capacidade financeira e patrimonial para honrar compromissos. Ao final, concluiu afirmando que o acusado não agiu com dolo, não omitiu a verdade dos fatos juridicamente relevantes, confessou as irregularidades administrativas na condução dos trabalhos da agência, bem como conseguiu que Gilmar restituísse o dinheiro antes da conclusão do processo administrativo e do recebimento da denúncia, demonstrando sua boa-fé e ausência de conduta dolosa ou culposa em suas ações no comando da AC de Abreulândia/TO (fl. 811).

Entendo assistir-lhe razão.

No caso em apreço, segundo o que se infere da denúncia, a conduta do réu Valdenor Martins de Moraes consistiu em contribuir para a prática do crime de apropriação, desviando a quantia que foi apropriada pelo corréu Gilmar Eldo de Andrade (fl. 05).

Ocorre que não é essa a situação que emerge dos autos.

Em Juízo, declarou Valdenor:

(...)

Por sua vez, o funcionário da EBCT Jaciel Souza Leal, que foi o primeiro a substituir o corréu Gilmar como titular da agência de Abreulândia/TO na época dos fatos, confirmou que a substituição de dinheiro por cheques era muito comum nas agências, motivo pelo qual também não informou a ocorrência ao coordenador, como destaque:

(...)

Como já destacado, o dolo do peculato apropriação, crime cometido por Gilmar, é a vontade de transformar a posse em domínio (op. cit., p. 2319). Restou demonstrado nos autos que o corréu Gilmar passou a dispor do dinheiro apropriado como se fosse seu, em benefício próprio, como fundamentado linhas supra. De outro norte, não restou provado, estreme de dúvida, que Valdenor tenha agido com vontade livre e consciente de aderir à infração cometida por Gilmar, que tivesse algum interesse pessoal ou que tenha obtido algum benefício para si mesmo (depoimentos de fls. 103/104, 105/107, 109/112, 116/118, 121/122, 123/124, 125/126, 127/129 e 130/131, junto à EBCT; fls. 486/488, v. 2, e 509, v. 3, junto ao DPF; em Juízo: fls. 532/533 (Valdenor Martins de Moraes); fls. 563/564 (Gilmar Eldo de Andrade), 607, 634/635, 654/662 e 764 - CD nº de ordem 040/09, v. 3).

Nesse sentido, ressalto que Renato Godinho, então Inspetor Regional da EBCT, afirmou que:

(...)

Na mesma esteira, Carlos Alberto Lopes de Farias, funcionário da EBCT, afirmou:

(...)

Outrossim, de acordo com a Nota Jurídica/ASJUR-019/2005/EBCT, de 10/02/2005 (fls. 467/475, v. 2), *'não restou demonstrado nas apurações a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

participação deliberada do empregado Valdenor na concretização da prática delituosa capitulada como apropriação de numerário da Agência' (fl. 470), concluindo-se no sentido de que Valdenor Martins de Moraes devia responder apenas pelo ato de indisciplina cometido (deixar de cumprir normas gerais de serviço da empresa – fl. 471). Ao final, aplicou-se a Valdenor a penalidade disciplinar de suspensão, por 5 (cinco) dias (fl. 475). Mister destacar que, ao corrêu Gilmar Eldo de Andrade, aplicou-se a penalidade de dispensa por justa causa, pela apropriação de valores da unidade, para benefício próprio (fls. 472/475).

Com efeito, as condutas atribuídas a Valdenor na denúncia, por si sós, não são suficientes para incriminá-lo. Para a decretação de um édito condenatório, necessário se faz que se comprove que o acusado praticou dolosamente os elementos constitutivos do tipo penal. Como é cediço, meros indícios ou conjecturas não bastam para firmar um decreto condenatório, que deve alicerçar-se em provas estremes de dúvidas, o que inocorre na hipótese dos autos, onde, no ponto, tem lugar o princípio *in dubio pro reo*. Dessarte, impõe-se a absolvição de Valdenor Martins de Moraes da imputação que lhe foi feita na denúncia.

Diante do exposto:

I. absolvo o réu Valdenor Martins de Moraes, com fulcro no art. 386, V, do CPP, por não haver provas de que tenha o réu concorrido para a infração penal;

II. julgo procedente a pretensão acusatória deduzida na denúncia para condenar o acusado Gilmar Eldo de Andrade como incurso nas penas do art. 312, *caput*, c/c o art. 327, § 2º, ambos do CP.

Isto estabelecido, passo à análise da dosimetria das penas.

O réu agiu com culpabilidade normal a crimes dessa natureza. A reprovação de sua conduta está ínsita ao tipo penal. Nas circunstâncias era-lhe exigível respeito à norma. É primário, não existindo antecedentes criminais (fls. 520, 566 e 567, v. 3). Nada foi apurado nestes autos a respeito da sua conduta social. Todavia, revela deformação de caráter no trato com a coisa pública, vez que é capaz de, inescrupulosamente, desviá-la em seu próprio benefício, e, ao interagir com outras pessoas, demonstra não hesitar em manipulá-las, como o fez com o corrêu para lograr seu propósito escuso. Verifico que as consequências do delito não foram graves, uma vez que o valor da diferença apurada foi devolvido à EBCT.

Dessa forma, considero justo e suficiente para a reprovação e prevenção do crime a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, à razão de meio salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.

Na segunda etapa de aplicação da pena, aplico a atenuante da confissão (art. 65, III, 'd', do CP), reduzindo a pena-base para 2 (dois) anos de reclusão e 15 dias-multa.

Na terceira etapa da dosimetria, considerando a causa de diminuição da pena prevista no art. 16 do CP (arrependimento posterior), bem como o fato de que o réu não agiu espontaneamente, mas somente após a intervenção de outrem, diminuo a pena em 1/2 (um meio), para 1 (um) ano de reclusão e 10 dias-multa.

Já em razão da causa de aumento do art. 327, § 2º, do CP, aumento a pena da terça parte (1/3), para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando a ocorrência de crime continuado (CP, art. 71), aumento a pena em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime aberto (CP, art. 33, §§ 2º, 'c', e 3º), e 17 (dezesete) dias-multa, na forma da base de cálculo já definida.

Nos termos do art. 44, § 2º, do CP, converto a pena privativa de liberdade em 2 (duas) penas restritivas de direitos, cujas condições serão fixadas pelo Juízo da Execução.

Custas pelo condenado.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu Gilmar Eldo de Andrade no rol dos culpados. Em seguida, oficie-se ao Instituto de Identificação e Estatística do Estado do Tocantins (art. 809 do CPP), bem como ao Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado (art. 15, III, da CF)."

Das teses defensivas ora ventiladas, ater-me-ei à irresignação pela ratificação do recebimento da incoativa.

Ressuma dos autos que o paciente foi denunciado, em 18.12.2006, pela prática do delito de peculato-apropriação no período de 3.11.1993 a 3.7.2004 (fl. 1.022), sendo a peça inaugural recebida por juiz federal em 17.1.2007 (fl. 1.025).

No transcurso da instrução criminal, na qual se realizou, dentre outros atos processuais, o interrogatório do increpado (fls. 1.028/1.029) - ainda que renovado ao final, de acordo com o requerido pelo *Parquet*, perante o Colegiado de origem - e o oferecimento de defesa prévia - pugnando pela inocência do réu e arrolando uma testemunha - (fl. 1.030), o magistrado singular declinou da competência para o Colegiado Federal, em virtude da posse do acusado ao cargo de Prefeito do Município de Abreulândia/TO (fls. 1.031/1.032).

Remetidos os autos ao Desembargador relator, em despacho, **abriu vista à Procuradoria Regional da República** (fl. 424), **que ratificou os termos da incoativa primeva e requestou pela intimação dos acusados para ciência do deslocamento do feito ao colegiado, bem como a inquirição de testemunha defensiva**, seguindo-se o percurso processual nos termos da Lei n.º 8.038/90 (fls. 428/429).

O Desembargador relator ratificou, na data de 5.8.2009, os atos praticados pelo juízo ao tempo competente e determinou o processamento do feito (fls. 434/435).

Não obstante as demais irresignações da impetrante, sobre: a) a submissão do recebimento ao colegiado, e não ao desembargador singular somente; b) a indispensabilidade da prévia intimação do réu para a sessão de julgamento, e c) a oportunidade de novel apresentação de defesa preliminar, creio que sobressai, na espécie, vertente outra.

De fato, **possível se mostra o recebimento da denúncia por magistrado federal competente à época**, com espeque no brocardo *tempus regit actum*, em sendo, até mesmo, porque não dizer, **despicienda a ratificação dos atos pretéritos pelo Desembargador Relator ou mesmo pela respectiva Corte Federal**, visto que não se está a falar de anterior incompetência, mas sim de modificação da competência por fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superveniente, qual seja, a posse em cargo político. Nesse sentido, veja-se o seguinte aresto elucidativo:

"*HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO. PROCESSO PENAL. DECRETO-LEI N.º 201/1967. 1. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 2. PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADOR IMPEDIDO NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL E DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DANO NÃO DEMONSTRADO. 3. ORDEM DENEGADA.

1. O regime jurídico de validade dos atos processuais anteriores à modificação de competência é diverso daquele em que há a remessa dos autos a outro juízo em razão do reconhecimento de sua incompetência.

Vale dizer, quando o processo se inicia e se desenvolve perante juiz incompetente, a ação penal deve ser anulada *ab initio*, com a repetição de todos os atos. Situação completamente diversa ocorre quando surge uma causa modificadora da competência. Nesses casos, os atos praticados são válidos e podem ser aproveitados, por força do princípio *tempus regit actum*.

2. Na espécie, não era necessária a ratificação dos atos praticados na origem ou a aplicação do disposto no art. 6º da Lei n.º 8.038/1990, já que o processo encontrava-se aparelhado para julgamento, inclusive com apresentação de alegações finais, momento em que se exige do relator apenas a reserva de data para o julgamento do mérito da ação. Assim, injustificável o procedimento sugerido pela defesa, pois, além de desnecessária, a ratificação dos atos processuais precedentes pelo Tribunal de Justiça, prescindiria de formalidade, sendo possível a confirmação implícita dos procedimentos realizados em primeira instância, sendo a sessão de julgamento designada nos termos do artigo acima referido, desse modo, inócua e desprovida de efeito jurídico prático. Precedentes.

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para que se tenha por comprometida a imparcialidade do julgamento, necessário é que o magistrado declarado impedido se manifeste sobre o mérito da causa. Em suma, para o reconhecimento da invalidade, deve se demonstrar que a subtração da manifestação do julgador declarado parcial alteraria o resultado final da decisão, o que não se observou no caso em exame.

4. *Habeas corpus* denegado, cassada a liminar."

(HC 252.927/PB, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 09/09/2013)

Entretanto, ressalte-se que o proceder adotado no Tribunal Federal goza também de desdita.

Com efeito, imprópria se me parece a submissão do feito ao *Parquet* para análise sobre possível ratificação da denúncia, posto a **ausência** de dada atitude também com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relação à defesa.

Como se franqueou ao órgão acusador a ratificação da inicial acusatória, em igual medida, como providência de cunho isonômico, também deveria ter sido conferida a oportunidade para a defesa se manifestasse por escrito acerca da manutenção ou alteração dos termos de suas razões preambulares.

Em vez de assim agir, o Desembargador Relator ratificou, unipessoalmente, o recebimento da denúncia, a **quebrantar**, desse modo, a **paridade das partes**.

E não há falar que a intimação posterior da Defensoria Pública da União (fl. 440), apenas para quedar-se ciente do recebimento da incoativa, supriria a prévia manifestação defensiva, tal como fora oportunizado ao Ministério Público Federal.

Aliás, causa estranheza assim o fazer o Desembargador, eis que na própria decisão que recebeu a acusação figura como advogado do indiciado - Gilmar Eldo de Andrade- o Dr. Everton Kleber Teixeira Nunes e outro (fl. 1.033). Acrescente-se que esse causídico é o mesmo subscritor da defesa prévia (fl. 1.030).

Acerca do princípio da *par conditio*, lembre-se a seguinte passagem da doutrina:

"Autor e réu deverão ter os mesmos direitos, mesmos ônus e mesmo deveres. 'Dentro das necessidades técnicas do processo deve a lei propiciar a autor e réu uma atuação processual em plano de igualdade no processo, deve dar a ambas as partes análogas possibilidades de alegação e prova'. Insere-se aí a garantia de paridade de armas no processo penal, igualando a acusação e defesa.

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprimindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente resguardar a paridade de armas. Por isso, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao réu o exercício de sua defesa, mas no art. 5.º, LV, garantiu-lhe mais - a ampla defesa -, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório." (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 53)

Alhures, assim já me manifestei:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DECRETO-LEI 201/67. (1) RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. RATIFICAÇÃO DO RECEBIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. CARÊNCIA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (2) DENÚNCIA RATIFICADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA RATIFICAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXISTÊNCIA. (3) PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. 15/05/2002. LAPSO PRESCRICIONAL. OITO ANOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O recebimento da denúncia, em crimes praticados por prefeito, é precedido de apresentação de defesa prévia. Por mais que tenha o juiz de primeiro grau, inicialmente, recebido a denúncia de maneira fundamentada, declinada a competência, ao Tribunal, ao deliberar sobre a justificação da instância, cabe analisar os argumentos alinhados na defesa prévia, sob pena de violação do dever constitucional de motivação das decisões judiciais.

2. Tendo sido conferida oportunidade para o *Parquet*, perante o Tribunal *a quo*, de ratificar a denúncia, inicialmente oferecida em primeiro grau, existe ilegalidade na ausência de intimação para confirmação da defesa prévia - imperativo decorrente da par conditio.

3. A decisão do magistrado de primeiro grau, recebendo a denúncia de modo fundamentado, é ato jurídico perfeito, sendo, à época, o juiz competente para apreciar a causa. Os crimes em questão têm como lapso prescricional oito anos, e, como o último marco interruptivo se deu em 15/05/2008, não há falar em extinção da punibilidade.

4. Ordem concedida para anular o processo-crime a partir do recebimento da denúncia efetuado pelo Tribunal a quo, devendo tal Sodalício assegurar a oportunidade para ratificação da defesa prévia oferecida em primeiro grau, além de se pronunciar sobre os pontos suscitados pela defesa."

(HC 55.575/RR, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 10/08/2009)

Superadas as demais teses defensivas, somente persiste o pleito de extinção da punibilidade em razão da prescrição do fato, mediante a desconsideração do recebimento da incoativa por magistrado singular.

Da leitura dos autos, mesmo com a declaração de nulidade ora proposta, apura-se que o marco interruptivo relativo ao recebimento da denúncia operou-se em primeiro grau, na data de 17.1.2007 (fl. 237), e não na ratificação datada de 5.8.2009 (fl. 435) e publicada no dia 19.8.2009.

A despeito de posteriormente surgir causa de modificação da competência, ao tempo em que o magistrado de primeiro grau recebeu a exordial acusatória, figurava como o competente para cuidar do feito criminal. Assim, os seus atos decisórios eram válidos, cuidando-se de ato jurídico perfeito, irradiando o efeito inscrito no inciso I do art. 117 do Código Penal.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente do Pretório Excelso:

"DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES IMPUTADOS A EX-PREFEITO MUNICIPAL: ARTIGOS 319, 314, E 312 DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA, RECEBIDA POR JUIZ DE 1 GRAU, ANTES DO ADVENTO DA C.F. DE 1988. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA SUPERVENIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 29, X, DA C.F.). Validade dos atos praticados, inclusive a própria denúncia. Inexistência de nulidades absolutas. Inocorrência de prejuízo para o réu. Classificação dos delitos, a ser oportunamente confirmada ou modificada, com observância das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formalidades cabíveis. Prescrição regularmente interrompida.
Constrangimento ilegal indemonstrado.

H.C. indeferido."

(HC 76892, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma,
julgado em 18/08/1998, DJ 16-04-1999)

Assim, desconstituída a sentença condenatória prolatada pelo Tribunal Federal, a expurgar a pena outrora imposta, e como a imputação deduzida na incoativa tem pena máxima de 12 (doze) anos, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em 16 (dezesseis) anos, a teor do artigo 109, II, do Código Penal, lapso que ainda não se operou. Dessa feita, não há se falar em extinção da punibilidade.

Ante o exposto, **concedo em parte a ordem** a fim de anular a Ação Penal Originária n.º 0031760-84.2009.4.01.0000/TO, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a partir da ratificação do recebimento da denúncia, devendo tal Sodalício, caso entenda por exarar confirmação dos atos processuais anteriores e submeter ao *Parquet* a possibilidade de fazê-lo quanto aos termos da acusação, assegurar a oportunidade para ratificação da defesa prévia oferecida em primeiro grau.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.129 - TO (2012/0067620-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Srs. Ministros, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, **concedo em parte** a ordem de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.129 - TO (2012/0067620-2)

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GILMAR ELDO DE ANDRADE estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 1ª Região** (Ação Penal Originária n. 2009.01.00.032581-4).

Depreende-se dos autos que o paciente, quando desempenhava a função de chefe da Agência dos Correios em Abreulândia, foi acusado pela suposta prática do crime de peculato, porque teria efetuado retiradas no caixa da referida agência no montante de R\$ 22.754,79, bem como deixado de contabilizar 255 contas de energia, água e telefone (fl. 750). A denúncia foi recebida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Tocantins.

No decorrer da instrução criminal, o paciente foi eleito para o cargo de Prefeito do Município, motivo pelo qual o Juízo processante declinou da competência para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e, naquela Corte, prosseguiu-se com a instrução criminal, culminando com condenação do réu à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime aberto, mais 18 dias-multa, tendo a pena privativa de liberdade sido convertida em pena restritiva de direitos.

Neste *writ*, alega o impetrante, em síntese, o seguinte: a) nulidade no recebimento da denúncia pelo Tribunal de origem, porquanto não precedida de sessão de julgamento e de intimação da defesa, sendo inviável a simples ratificação; b) nulidade da decisão que ratificou o recebimento da denúncia monocraticamente, quando deveria ter sido levada ao colegiado, possibilitando, assim, que a defesa realizasse sustentação oral; c) nulidade em razão da ausência de intimação pessoal do réu da publicação do acórdão condenatório; d) ocorrência do fato descrito na denúncia anteriormente à vigência da Lei n. 12.234/2010, devendo ser reconhecida a prescrição pelo prazo vigente na lei anterior.

Requer, diante disso: a) seja decretada a nulidade da ação penal originária diante da ausência de intimação da defesa para o ato de recebimento/ratificação da denúncia; b) alternativamente, seja decretada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidade do trânsito em julgado pela falta de intimação pessoal do réu; c) alternativamente, seja reconhecida a incidência de causa extintiva da punibilidade (prescrição).

Ouvido, manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem para anular o feito desde o início.

I.

A competência, estabelecida para os diversos órgãos jurisdicionais, quando fixada a partir de regras do sistema, *a priori*, não se modifica, em obediência ao princípio do juiz natural. Uma das hipóteses em que se viabiliza a sua modificação, sem ofensa ao referido princípio, ocorre quando há alteração *ratione personae*, fruto do cargo ou da função que alguém venha a ocupar no curso do processo.

Assim, iniciada a ação penal perante o juízo comum de primeira instância, com a superveniência de condição que atraia o foro especial por prerrogativa de função, deve o processo ser remetido, no estado em que se encontra, ao Tribunal competente. Nesse caso, devem ser mantidos íntegros todos os atos processuais até então praticados, sob pena de violação ao princípio *tempus regit actum*, uma vez que o juiz era competente antes de tal modificação.

II.

No caso dos autos, o paciente foi eleito prefeito no curso de ação penal já deflagrada. Em estrita obediência ao comando inserto no art. 29, X, da Constituição Federal, deve o processo, tal como ocorreu na hipótese, ser remetido ao Tribunal de Justiça respectivo para que lá se dê continuidade ao andamento do feito, em atenção à competência *ope constitutionis* (em razão da Constituição).

A questão que se coloca neste *writ* é se, primeiro, seria necessária a ratificação, pelo Tribunal, de todos os atos praticados pelo magistrado; segundo, se essa ratificação deveria obedecer ao modelo de tramitação de processos originários (v.g. se o recebimento da denúncia deve ser feito pelo colegiado, a ratificação do recebimento da denúncia também deveria seguir o mesmo procedimento).

É bom que se diga que a ratificação de atos processuais é o procedimento intrinsicamente ligado à ideia de nulidade por incompetência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativa ou absoluta superveniente. Isto é, reconhecida a incompetência, *a posteriori*, de determinado juízo, deve o feito ser encaminhado ao juízo competente, que pode aproveitar os atos já praticados. Nesse sentido é a jurisprudência do STF, da qual destaco o seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO.

1. Este Tribunal fixara anteriormente entendimento no sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios. Precedentes. Agravo regimental a que se nega seguimento. (RE 464894 AgR/PI, Rel. Ministro EROS GRAU, DJe de 15/8/2008).

Não se trata, portanto, da hipótese dos autos. O magistrado de primeiro grau era o competente para o processamento do feito, e somente houve modificação dessa competência porque, no curso do processo regularmente iniciado, o paciente foi diplomado prefeito. A modificação operou-se, tão somente, *ope constitutionis*. Desnecessário, portanto, a meu juízo, qualquer ratificação, porquanto os atos até então praticados eram válidos.

Ainda que, por mero preciosismo, se exija ou se faça a ratificação, não observo que tal procedimento deva seguir, no âmbito do Tribunal respectivo, as regras que são previstas para as ações originárias. Isso significa dizer que a ratificação do recebimento da denúncia ofertada em primeiro grau, por exemplo, não necessita ser apreciada pelo colegiado; pode ser feita monocraticamente pelo relator, tal como se deu na espécie.

Aliás, nesse sentido manifestou-se o STF, como se vê do RHC n. 120.356/DF, em que a ratificação dos atos praticados fora feita monocraticamente. O julgado recebeu esta ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE PROCESSUAL. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DIPLOMAÇÃO DO ACUSADO NO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL. RATIFICAÇÃO DE ATOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAIS. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA AS DILIGÊNCIAS DO ART. 10 DA LEI 8.038/1990. PROVA EMPRESTADA NÃO ADMITIDA NO JUÍZO CONDENATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional.

2. **A ratificação dos atos processuais encontrou fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e da razoável duração do processo, regularmente apreciados no contexto das peculiaridades do caso concreto, em que a imediata modificação da competência decorreu da prerrogativa de foro por diplomação superveniente do Recorrente no cargo de Prefeito Municipal.**

3. Inexiste o cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação para as diligências do art. 10 da Lei 8.038/1990, sequer admitida na avaliação das provas pelo juízo condenatório a prova emprestada posteriormente colacionada aos autos.

4. Sem a demonstração de efetivo dano à defesa, incide o princípio maior que rege o tema, segundo o qual sem prejuízo não se reconhece a nulidade, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento. (Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe de 30/10/2014).

Logo, não houve nenhuma nulidade no procedimento adotado na origem e, conseqüentemente, ficam prejudicados os demais pedidos formulados neste *writ* que estejam ligados a essa alegação.

Quanto à intimação pessoal do paciente do acórdão condenatório, destaca-se, da decisão de fls. 213, o seguinte:

A presente ação foi devidamente acompanhada pelo procurador constituído do réu, sendo que às fls. 884 ele foi pessoalmente intimado para constituir novo defensor e apresentar alegações finais. Ele esteve, pois, sempre pessoalmente ciente do processo que tramitava contra si, e nunca fez questão de ter uma colaboração expedita com a Justiça.

O mandado de fls. 884 foi recebido pelo próprio réu, que ficou ciente, como mostra a sua assinatura e a certidão do oficial de Justiça nas fls. 885. O julgamento teve sua pauta devidamente publicada, fls. 901, e o acórdão foi publicado, como se demonstra na certidão de fls. 926. A se admitir a tese do réu, de que a leviandade de seu advogado constituído o prejudicara, mesmo tendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havido todo o trâmite legal no processo, abre-se espaço para a total falta de respeito a esta Corte: cada vez que houver um julgamento desfavorável, a parte constituirá um novo advogado, que virá a juízo culpar o advogado antigo por não ter ficado ciente do julgamento, e tudo será reaberto. (Destaquei).

Como que se vê, a defesa foi devidamente intimada da decisão proferida pelo Tribunal e o paciente cientificado de todos os atos do processo. Ressalte-se, por oportuno, que "no âmbito do processo penal, só se declara a nulidade do ato se evidenciado o prejuízo, consoante a máxima *pas de nullité sans grief*, insculpida no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa", entendimento que vem sendo aplicado inclusive aos casos de nulidade absoluta" (HC 212.078/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe de 4/8/2014).

Por fim, no que tange à ocorrência da prescrição, estou de acordo com o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, porquanto o ato de recebimento da denúncia pelo magistrado de primeiro grau é causa de interrupção do prazo prescricional.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0067620-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.129 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200643000017732 200743000002294 200901000325814 2582006 317608420094010000

EM MESA

JULGADO: 04/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARIA DAS DORES LINHARES MENDES DE QUEIROZ
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE	: GILMAR ELDO DE ANDRADE
ADVOGADO	: ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
CORRÉU	: VALDENOR MARTINS DE MORAIS

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

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 maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencidos a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente).

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0067620-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.129 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200643000017732 200743000002294 200901000325814 2582006 317608420094010000

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA DAS DORES LINHARES MENDES DE QUEIROZ
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : GILMAR ELDO DE ANDRADE
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
CORRÉU : VALDENOR MARTINS DE MORAIS

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

CERTIDÃO

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

Retificando decisão proferida em Sessão do dia 04.09.2014, a Sexta Turma, por maioria, não conheceu da ordem de habeas corpus nos termos do voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente).

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).