



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Registro: 2016.0000052252

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0084352-83.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes OTAVIA DA SILVA TENORIO, MARIA DAS NEVES BASTO TENORIO e ANA CRISTINA SOARES DA SILVA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Com essas considerações, afastam-se as preliminares arguidas e, no mérito, nega-se provimento à apelação defensiva e dá-se parcial provimento ao apelo do Ministério Público do Estado de São Paulo, redimensionando-se as penas finais das rés para 05 (cinco) anos de reclusão, agora no regime semiaberto e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no piso, afastada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos em razão do novo "quantum" final da pena. Oficie-se à Origem para as providências necessárias. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016

AIRTON VIEIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

Apelação Criminal n. 0084352-83.2009.8.26.0224

Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ana Cristina Soares da Silva

Otávia da Silva Tenório

Maria das Neves Basto Tenório

Apelados: Os mesmos

Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos

MM. Juiz de Direito: José Tadeu Lopes de Oliveira

Voto n. 3.845

APELAÇÕES. PECULATO. MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS. FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA DAS PENAS ESTABELECIDAS DE MODO INCORRETO. CORREÇÃO. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

1. Materialidades e autorias comprovadas com relação ao crime de peculato. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo, adequado à espécie, de todas as rés.

2. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional inculpada no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (AI 825.520 AgR-ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.05.2011; AI 814.640/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.12.2010; HC 92.020/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 21.09.2010; HC 101.911/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.04.2010; HC 100.221/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.05.2010; HC 94.384/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.03.2010; Emb. Decl. MS 25.936-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.2007; HC 98.814/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 23.06.2009; HC 94.243/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 31.03.2009; HC 96.517/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 03.02.2009; RE 360.037/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.08.2007; HC 75.385/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 07.10.1997).

3. A consumação do crime de "peculato-desvio",



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

previsto no art. 312, "caput", 2ª parte, do Código Penal, ocorre no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, efetivamente desvia o dinheiro, valor ou outro bem móvel, sendo desnecessário que o agente obtenha vantagem com a prática do crime. Precedentes do STJ.

4. Refazimento da dosimetria das penas. Regime semiaberto.

5. Improvimento dos recursos das defesas e parcial provimento do recurso do Ministério Público.

VOTO

Otávia da Silva Tenório, Maria das Neves Basto Tenório e Ana Cristina Soares da Silva foram denunciadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo como incurso nas penas do art. 312, "caput", do Código Penal (01-D/02-D).

Sobreveio audiência de instrução, debates e julgamento, ocasião em que as réas se viram condenadas, nos termos em que denunciadas, às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, regime aberto e 16 (dezesseis) dias-multa, no piso, para cada ré. As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 05 (cinco) salários mínimos em cestas básicas (fls. 546/557).

Recorreu o **Ministério Público do Estado de São Paulo**, pleiteando o aumento das penas na primeira fase de aplicação, duplicando-as, com a consequente modificação do regime prisional para o semiaberto e, caso a pena não ultrapasse 04 (quatro) anos, pugnou por maior rigor na prestação pecuniária (fls. 560/568).

Recorreu a defesa da ré **Ana Cristina**, pleiteando, preliminarmente, a inépcia da denúncia e a inobservância aos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

e do contraditório. No mérito, pleiteou a sua absolvição, alegando insuficiência de provas. Alternativamente, pleiteou a redução da pena privativa de liberdade (fls. 571/591).

Recorreu também a defesa da ré **Maria das Neves**, pleiteando, preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade do processo ante a ausência da notificação prévia, prevista no art. 514, do Código de Processo Penal, da violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório (em razão da intervenção do Ministério Público após a apresentação da defesa preliminar), da falta de justa causa, da inépcia da denúncia e a prescrição retroativa. No mérito, pleiteou a sua absolvição, alegando insuficiência de provas. Alternativamente, requereu a "inexistência do crime de peculato", a impossibilidade da aplicação do instituto da "mutatio libelli" em 2ª Instância (em razão da elementar "da coisa de que tem a posse em razão do cargo"), o afastamento do crime continuado e o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no art. 29, §1º, do Código Penal (fls. 601/618).

Recorreu, por fim, a defesa da ré **Otávia da Silva**, pleiteando, preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade do processo ante a ausência da notificação prévia, prevista no art. 514, do Código de Processo Penal, da violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório (em razão da intervenção do Ministério Público após a apresentação da defesa preliminar), da falta de justa causa, da inépcia da denúncia e a prescrição retroativa. No mérito, pleiteou a sua absolvição, alegando insuficiência de provas. Alternativamente, requereu a "inexistência do crime de peculato", a impossibilidade da aplicação do instituto da "mutatio libelli" em 2ª Instância (em razão da elementar "da coisa de que tem a posse em razão do cargo"), o afastamento do crime continuado e o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no art. 29, §1º, do Código Penal (fls. 628/643).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

O Ministério Público ofereceu contrarrazões de apelação, pugnando pelo improvimento das apelações defensivas (fls. 652/663).

As defesas das rés **Otávia da Silva, Maria das Neves e Ana Cristina** ofereceram contrarrazões de apelação, pugnando pelo improvimento da apelação do Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 666/683).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento dos apelos defensivos e pelo provimento do apelo Ministerial (fls. 687/691).

É o relatório que se acresce ao da r. sentença.

Nega-se provimento aos apelos defensivos e dá-se parcial provimento ao apelo do Ministério Público.

Preliminarmente, não há que se falar em prescrição da pretensão retroativa, consoante arguiu a defesa das rés Maria das Neves e Otávia da Silva, dada a inexistência de pena "concreta", afinal, tendo o Ministério Público do Estado de São Paulo recorrido para exasperar as penas das rés, a prescrição da pretensão punitiva fica balizada pelo seu "quantum" em "abstrato", ou seja, 12 (doze) anos de reclusão, que prescreve em 20 (vinte) anos.

Assim, não tendo transcorridos, por motivos óbvios, 20 (vinte) anos entre a publicação da r. sentença condenatória (28 de março de 2014), último marco interruptivo da prescrição e a data de hoje, impossível reconhecer-se a prescrição.

Já no que tange a aplicação do instituto da "mutatio libelli"



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

em 2ª Instância, questionada pela defesa das rés **Maria das Neves** e **Otávia da Silva**, esta matéria confunde-se com o mérito recursal e será analisada em momento oportuno.

Pois bem.

Deflui da denúncia que, de janeiro de 2005 a fevereiro de 2007, na Câmara Municipal de Guarulhos, naquela cidade e comarca, as rés **Otávia da Silva Tenório**, **Maria das Neves Basto Tenório** e **Ana Cristina Soares da Silva**, agindo em concurso caracterizado pela unidade de desígnios e previamente ajustadas, desviaram dinheiro público, em razão de cargo, em proveito próprio e alheio. Segundo o apurado, a ré **Ana Cristina** trabalhava como empregada doméstica na residência da ré **Otávia da Silva** e engajou-se na campanha da sua patroa, contribuindo para o seu sucesso nas urnas, sendo que **Otávia da Silva** foi eleita Vereadora do Município de Guarulhos, tomando posse em 01 de janeiro de 2005. Consta, ainda, que em 13 de janeiro de 2005, a ré **Otávia da Silva** pediu que a ré **Ana Cristina** abrisse uma conta bancária e a indicou para ocupar o cargo de "Oficial de Gabinete de Vereador", cuja remuneração superava a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais. No entanto, a ré **Ana Cristina** nunca exerceu tal função e continuou a trabalhar na casa da ré **Otávia da Silva** como empregada doméstica, percebendo um salário mínimo por mês. Ademais, quando da exoneração da ré **Ana Cristina** do cargo, o valor da rescisão foi depositado na conta bancária da ré **Otávia da Silva**. Consta, por fim, que a ré **Maria das Neves**, filha da ré **Otávia da Silva**, era quem administrava o dinheiro percebido pelo cargo da ré **Ana Cristina**, a qual tinha posse do cartão e talonário de cheque da conta bancária (01-D/02-D).

E, tanto as preliminares arguidas nos recursos defensivos, quanto a prova das materialidades e das autorias criminosas das rés, relativas ao crime de peculato, restaram devidamente comprovadas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

pormenorizadamente analisadas pela r. sentença, nos seguintes termos:

"Relatados. DECIDO.

A ação penal é procedente, certo que o acervo probatório positivou, com segurança, tivessem as rés cometido o crime de peculato que lhes foi imputado na incoativa, mediante concurso de agentes.

Afasto as preliminares arguidas.

O fundamento de todo o sistema de nulidades no processo penal decorre da ideia geral de que as formas processuais representam apenas um instrumento para a aplicação do direito, pelo que a desobediência à forma só poderia conduzir à nulidade do ato praticado se a própria nulidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover, em *As Nulidades no Processo Penal*, RT, pág. 26.

Modernamente prevalece a ideia da efetividade da prestação jurisdicional, certo que o apego ao formalismo excessivo, exagerado e inútil sacrifica o objetivo principal da justiça, e esse raciocínio se harmoniza com o princípio maior das nulidades, porque 'pas de nullité sans grief'.

Nessa tessitura, não há falar em nulidade pela inobservância do artigo 514 do Código de Ritos, já que o vereador é funcionário público para efeitos penais, nos termos do artigo 327 do Código Penal, e por isso, beneficia-se com a inviolabilidade de suas opiniões, votos ou pareceres emitidos em plenário ou nas comissões a que pertença. Com efeito, as rés exercitaram inconformismo de forma ampla, sem prejuízo ao princípio constitucional da ampla defesa e contraditório.

Para mais, a I. Defesa não levou em conta a eficácia preclusiva do despacho saneador irrecorrido (fls. 324), o qual afastou a tese preliminar com fundamento na Súmula 330 do STJ, a qual dispõe ser desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal na ação instruída por inquérito policial, justamente o caso dos autos. De observar-se que as coacusadas foram ouvidas na fase investigativa, de modo que tiveram ciência da investigação que pendia contra elas. E o mesmo argumento vale para afastar a tese preliminar invocada às fls. 527 dos autos, no que diz com a manifestação do Ministério Público após a apresentação das defesas prévias, sem razão de ser a objeção, máxime porque, como já se disse, competia à Defesa demonstrar o prejuízo efetivamente suportado.

Ainda, as alterações introduzidas pela Lei n. 11.719/08 foram substanciais no procedimento processual penal, com a finalidade de modernizá-lo e compatibilizá-lo ao sistema constitucional vigente. O novo sistema procurou ampliar os meios de defesa e a possibilidade de controle judicial como forma de evitar a instauração de ações penais sem antes propiciar ao acusado a apresentação de sua versão sobre os fatos imputados. É justamente o fundamento do artigo 514 do Código de Ritos, limitado às situações em que a imputação era de crimes afiançáveis praticados por servidores públicos.

A inépcia da denúncia é preliminar que se confunde com o mérito, pelo que se reporta ao despacho saneador para afastá-la, considerando, no mais, que peça acusatória contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

qualificação das acusadas, a classificação do crime e rol de testemunhas (CPP, art. 43).

'Tem-se admitido a denúncia genérica em casos de crimes com vários agentes e condutas ou que, por sua própria natureza, devem ser praticados em concurso, quando não se puder, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos, sob pena de inviabilizar a acusação... O importante é que os fatos sejam narrados de forma suficientemente clara, possibilitando o amplo exercício do direito de defesa, como se verifica no caso, pois os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação feita pelo Ministério Público'. (Recurso em HC n. 22.838, STJ, 5ª. Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27.5.2010, publicado no DJ em 2.8.2010).

A audiência foi realizada pelo sistema de estenotipia, certo que tanto a Acusação como a Defesa puderam apresentar suas razões finais de forma ampla e irrestrita, ausente motivo plausível para que referido ato processual fosse renovado, porque inexistiu qualquer alteração da realidade dos depoimentos prestados, como já se decidiu às fls. 422 dos autos.

A denúncia narra que a coacusada Ana Cristina trabalhava como empregada doméstica na residência de Otávia e engajou-se na campanha de sua patroa, contribuindo para o sucesso nas urnas, tendo sido eleita Vereadora do Município de Guarulhos, tomando posse aos 1º/01/2005.

E aos 13 de janeiro de 2005, Otávia pediu que Ana Cristina providenciasse abertura de conta bancária, indicando-a para ocupar o cargo de 'Oficial de Gabinete de Vereador', cuja remuneração superava a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais. Contudo, Ana Cristina nunca exerceu tal função e continuou a trabalhar na residência de Otávia como empregada doméstica, percebendo um salário mínimo por mês.

Ao tempo da exoneração de Ana do cargo, o valor da rescisão foi depositado na conta bancária de Otávia.

Maria das Neves, filha de Otávia, era a pessoa que administrava o dinheiro percebido pelo cargo de Ana Cristina, a qual tinha posse do cartão e talonário da conta bancária. Com efeito, agindo em comparsaria, desviaram dinheiro público indevidamente e tiveram proveito.

Materialidade delitiva demonstrada por meio da cópia do cheque de fls. 115, microfilmagem de fls. 124/125 e da relação de servidores nomeados pela coacusada Otávia (fls. 52/53 e 241).

Concretamente, em seus interrogatórios em juízo, as réas negaram a imputação, mas suas versões defensivas não foram coonestadas pelo acervo probatório deduzido.

Elenita Maria Sebastião afirmou ter sido assessora de Otávia na Câmara Municipal de Guarulhos, conhecendo-a pelo trabalho social que realizava no bairro, isso antes de eleger-se vereadora. Revelou que no período em que assessorava Otávia prestava serviços no escritório político, das 08 horas às 17 horas. Disse conhecer Ana Cristina, que algumas vezes a acompanhava ao escritório em que ficava estabelecida, a despeito de sua ocupação ser de empregada doméstica na residência de referida ré. Após a nomeação de Ana, continuou trabalhando na residência de Otávia. Que sempre recebeu seu salário por meio de conta bancária, desconhecendo se algum assessor entregava parte de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

seu ordenado às corrés Otávia e Maria (fls. 370/384).

Raimundo Doracy Frota, cunhado de Otávia, disse que Ana Cristina trabalhava como empregada doméstica em sua residência, tendo-a visto lavar a calçada por algumas vezes (fls. 367/369).

Heronides Alexandre da Silva, vizinho de Otávia, também afirmou que Ana Cristina trabalhava em sua residência como empregada doméstica em período integral, tendo presenciado por inúmeras vezes ela varrer a calçada da residência. Que Maria das Neves é filha de Otávia, desconhecendo que Ana desenvolvia atividades políticas para a última (fls. 362/366).

Ouvido na Promotoria de Justiça, no curso do inquérito civil n. 109/06, Raimundo confirmou que Ana frequentava regularmente a residência de Otávia e que a viu por várias vezes jogando água na calçada (fls. 195).

Ouvida pela última vez também no inquérito civil citado, Elenita Maria Sebastião afirmou, sem reboços, que durante o primeiro mandato de Otávia, período que corresponde ao narrado na incoativa, Ana trabalhava como empregada doméstica em sua residência, realizando serviços domésticos (fls. 217/218).

Testemunhas de defesa não souberam informar sobre fatos específicos e importantes à solução da lide penal, especialmente em relação ao trabalho da corré Ana Cristina como doméstica de Otávia.

Vilma da Silva Pereira Lopes, em relação aos fatos narrados na denúncia, de que Ana trabalhava como empregada doméstica na residência de Otávia, mesmo depois de ser indicada para cargo de confiança, nada soube dizer (fls. 395/400).

Lilian Martins, no mesmo sentido, nada soube informar sobre tais fatos que fundamentaram a denúncia (fls. 401/405). No mesmo sentido, o depoimento das testemunhas Márcia Maria da Cruz (fls. 406/409), Cláudia de Oliveira Cavalcante Esteves (fls. 413/415) e Rosenilde Miranda dos Santos (fls. 410/412), certo que todas tentaram demonstrar o importante papel social que Otávia desenvolvia como vereadora, cujo cargo desempenhava com empenho e dedicação.

Regiane Avediane tentou desqualificar os termos da acusação, mas sempre de forma evasiva e não retilínea, utilizando-se, em dado momento do depoimento, quando indagada sobre fatos específicos do trabalho que Ana desenvolvia na residência de Otávia, das expressões 'não sei', 'não sei', 'aí não sei' (fls. 420).

Cristiane Isalto, assessora de Otávia, também buscando desprestigiar os termos da acusação, disse que com ela trabalhava há oito anos e que Ana Cristina também exerceu cargo de assessora sua isso no primeiro mandato. Afirmou que Otávia e Maria nunca lhe pediram parte de seu salário. Que Maria das Neves trabalhava na Defesa Civil, mas exercia atividade na Câmara Municipal de Guarulhos. Que frequentava a residência de Otávia e nunca viu Ana trabalhando como empregada doméstica por ali (fls. 385/394).

De observar-se que o relato de Cristiane foi desmentido pelo depoimento da própria acusada Ana Cristina colhido na Promotoria de Justiça (fls. 95/97), quando disse que trabalhava como empregada doméstica desde 2001, e que Otávia havia lhe prometido que efetuará o registro em sua Carteira de Trabalho e que aumentaria seu salário, caso eleita. Eleita, nomeou-a como



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

assessora, mas nunca exerceu qualquer atividade relativa ao cargo, continuando a exercer os afazeres de empregada doméstica na residência de Otávia. Revelou ainda que o cartão bancário referente à conta que recebia seus proventos ficava em poder da corré Maria das Neves, que movimentava e usufruía do dinheiro desviado juntamente com a genitora Otávia. No mesmo sentido, o teor de seu depoimento prestado perante a autoridade policial (fls. 252/253), com a menção ainda de que Otávia havia lhe solicitado seu nome emprestado, já que necessitaria abrir conta bancária para arrecadar fundos para ajudar as pessoas que trabalharam na campanha eleitoral.

Demais disso, há informação anônima indicada na ação civil pública que fundamentou a ação penal (fls. 06/23), a qual relata que as rés, em conluio, cometiam o delito de peculato, já que Ana foi indicada por Otávia para o cargo de Oficial de Gabinete e efetivamente nomeada, enquanto que Maria das Neves ficava na posse do cartão bancário e recebia valores oriundos do cargo para o qual Ana fora nomeada, mas que nunca exerceu tal labor. A informação anônima ainda dava conta de que a corré Ana continuava trabalhando como empregada doméstica para Otávia.

Documentos de fls. 62/67 oriundos de diligências realizadas pelo Centro de Apoio Operacional à Execução e às Promotorias de Justiça Criminais dão conta de que a ré Ana trabalhava na Rua Aracy, n. 09 (atual 167), residência de Otávia, isso há mais de quatro anos, exercendo a função de empregada doméstica.

Ainda, a Câmara Municipal de Guarulhos apresentou cópia da cártula, no valor de R\$ 5.737,88, que foi entregue à corré Ana como forma de pagamento de suas verbas rescisórias. A esse respeito, a ré Otávia, em seu interrogatório judicial, admitiu ter depositado referido cheque em sua conta bancária, assim como a instituição financeira apresentou microfilmagem da cártula (fls. 124/125), apontando que Ana endossou o documento com o propósito de que Otávia depositasse tal valor em sua conta.

Da análise contextualizada dos autos possível concluir com segurança que: a) Ana Cristina não só confessou como delatou as corrés em duas oportunidades em que ouvida, perante a autoridade policial e na Promotoria de Justiça, descrevendo de forma articulada a dinâmica da empreitada criminosa e a participação punível de Otávia e Maria das Neves; b) testemunhas de acusação confirmaram que Ana era empregada doméstica de Otávia; c) as coacusadas, em seus interrogatórios, prestaram depoimentos em total dissonância com as provas produzidas; d) testemunhas de defesa prestaram depoimentos vagos, não retílineos; d) há prova documental bastante que também confirma os termos da denúncia.

Com efeito, os autos revelaram a forma como o delito foi praticado, sua dinâmica e a participação punível de cada acusada, convém saber: Otávia indicou Ana Cristina para ocupar cargo 'fantasma' de Oficial de Gabinete de Vereador, cuja remuneração superava a quantia de R\$ 3.000,00, mas continuou a trabalhar como empregada doméstica em sua residência sem nunca ter exercido tal encargo público; Ana aceitou a nomeação política para retribuir favor de sua patroa Otávia, mas, como já dito, jamais exerceu tal encargo público. Mesmo que em algumas oportunidades tivesse colhido reivindicações da população tal fato não desnatura a conduta, já que qualquer cidadão pode levar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

suas reclamações e reivindicações ao Poder Legislativo. E por fim Maria das Neves era a pessoa que, com o cartão bancário de Ana Cristina, auferia vantagem ilícita, ausente dúvida de que todas, em conluio, desviaram dinheiro público e dele se apropriaram.

No peculato próprio, as condutas típicas constituem-se em apropriação ou desvio (hipótese dos autos), tendo o ato de desviar o significado de mudar de direção, alterar o destino ou aplicação, dando o agente destinação da coisa diversa da exigida, em proveito próprio ou de outrem, de modo que desnecessária a posse anterior do dinheiro ou bem público, como sustentado pela I. Defesa de Otávia (fls. 540). O fato, pois, é típico e potencialmente lesivo, já que as rés, em conluio, desviaram dinheiro público indevidamente.

O peculato-desvio ocorre quando o funcionário público dá ao objeto material uma aplicação diversa daquela que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de terceiro, e, ainda que não obtenha vantagem econômica ou mesmo restitua a coisa, pratica a conduta do peculato-desvio, pois o crime é cometido contra a Administração Pública e não contra o patrimônio. Nesse sentido RT 890/738. E houve dolo, elemento subjetivo do tipo, consistente na finalidade de obter proveito próprio ou para terceiro.

Por fim, diga-se que o sujeito ativo do crime de peculato é o funcionário público, no amplo conceito previsto no artigo 327 do Código Penal, mas por força do artigo 30 do mesmo diploma, havendo concurso de agentes, é responsabilizado por tal ilícito quem não se revista dessa qualidade, com o conhecimento da condição especial do agente." (fls. 547/555).

Digo eu.

Não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos. Vai daí que se reputa incensurável a r. sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

A propósito, trago entendimento, do Supremo Tribunal Federal, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"Registro, no ponto, que se reveste de plena legitimidade jurídico constitucional a adoção, no caso, da técnica da motivação 'per relationem' (HC 69.438/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 69.987/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, como resulta de diversos precedentes firmados por esta Suprema Corte (HC 54.513/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RE 37.879/MG, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI – RE 49.074/MA, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI).

É que a remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, as informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie."

(STF – AI 825.520 AgR-ED/SP – 2ª T. – **Rel. Min. Celso de Mello** – j. 31.05.2011 – DJU 12.09.2011);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL. ACÓRDÃO RECORRIDO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. CONSTITUCIONALIDADE DA MOTIVAÇÃO POR REMISSÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento, sendo certo, ademais, que o acórdão recorrido está suficientemente fundamentado.

II - Esta Suprema Corte já pacificou o entendimento de que é constitucional a motivação por remissão, especialmente quando todos os fundamentos do recurso de apelação foram examinados e rebatidos. Precedentes.

III - A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF), pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. IV - Agravo regimental improvido.

(STF - AI 814.640/RS- 1ªT. - **Rel. Min. Ricardo Lewandowski** – j. 02.12.2010 – DJU 01.02.2011);



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

"HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Segundo informou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as questionadas prorrogações de interceptações telefônicas foram, todas, necessárias para o deslinde dos fatos. Ademais, as decisões que, como no presente caso, autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento. Como o impetrante não questiona a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento telefônico, não há como prosperar o seu inconformismo quanto às decisões que se limitaram a prorrogar as interceptações. **De qualquer forma, as decisões questionadas reportam-se aos respectivos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas, os quais acabam por compor a fundamentação de tais decisões, naquilo que se costuma chamar de fundamentação 'per relationem'** (HC 84.869, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2005, p. 46). Ordem denegada". (STF - HC 92.020/DF - 2ªT. - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 21.09.2010 - DJU 08.11.2010);

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA E DA IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPROCEDÊNCIA.

1. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é carecedor de fundamentação julgado que se vale do parecer do Ministério Público e da sentença condenatória como razões de decidir. Precedentes.**

2. **Acórdãos proferidos no julgamento da apelação da defesa e do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça devidamente fundamentados. Ausência de contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Ordem denegada".

(STF - HC 101.911/RS - 1ªT. - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 27.04.2010 - DJU 04.06.2010);

"HABEAS CORPUS - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - FUNDAMENTAÇÃO. **Se, de início, exige-se que toda decisão seja fundamentada, cabe reconhecer que pronunciamento a reportar-se ao que assentado anteriormente engloba as razões da óptica já externada.** HABEAS CORPUS - UTILIDADE. Norteia toda e qualquer impetração o princípio da utilidade. Evocada decisão do Supremo não mais subsistente, impõe-se concluir pelo desaparecimento da causa de pedir formalizada".

(STF - HC 100.221/RJ 1ªT. - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 04.05.2010 - DJU 28.05.2010);



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE 1º GRAU PELO ACÓRDÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA COMO RAZÕES DE DECIDIR. NÃO VIOLAÇÃO DA REGRA DO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES.

1. **O entendimento esposado na decisão do Superior Tribunal está em perfeita consonância com o posicionamento desta Suprema Corte, no sentido de que a adoção dos fundamentos da sentença de 1º grau pelo julgado de Segunda Instância como razões de decidir, por si só, não caracteriza ausência de fundamentação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa, sem que tanto configure violação da regra do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.**

2. Habeas corpus denegado".

(STF – HC 94.384/RS – 1ªT. – Rel. Min. Dias Toffoli – j. 02.03.2010 – DJU 26.03.2010);

"MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA – DECISÃO FUNDAMENTADA –MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" – COMPATIBILIDADE DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 93, IX) – CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO RECURSO DE AGRAVO – PRECEDENTES – ATO DECISÓRIO INSUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL (SÚMULA 622/STF) – RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por entender incabível embargos de declaração contra decisões monocráticas proferidas por Juiz da Suprema Corte, deles tem conhecido, quando inócurre hipótese de omissão, obscuridade ou contradição, como recurso de agravo. Precedentes.

2. Não cabe recurso de agravo contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de mandado de segurança impetrado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. **Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, Inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação 'per relationem', que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes.**

(STF – Emb. Decl. No MS 25.936-1/DF – Plenário – Rel. Min. Celso de Mello – j. 13.06.2007 – DJU 18.09.2009);

"HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO QUE ADOTA OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU COMO RAZÃO DE DECIDIR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

DA CF. PRECEDENTES DO STF. ORDEM DENEGADA.

1. **Não viola o art. 93, IX da Constituição Federal o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau como razão de decidir.**

2. Ordem de habeas corpus denegada."

(STF – HC 98.814/RS – 2ª T. – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 23.06.2009 – DJU 04.09.2009);

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RAZÕES DE DECIDIR FUNDADAS EM DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 93, INC. IX DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, CONSIDERADA A ATENUANTE DA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO CONSUMADO OU TENTADO. CONTROVÉRSIA.

1. **Transcrição e adoção, como razões de decidir, de depoimentos de testemunhas. Ausência de afronta ao disposto no artigo 93, IX, da CB/88.**

2. Pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade de redução, abaixo desse patamar, com fundamento na circunstância atenuante da menoridade. Precedentes.

3. À consumação do crime de roubo é suficiente a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, tenha o agente tido a posse da coisa subtraída, ainda que retomada logo em seguida. Ordem indeferida."

(STF - HC 94.243/SP – 2ªT. – Rel. Min. Eros Grau – j. 31.03.2009 – DJU 14.08.2009);

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ACÓRDÃO QUE ADOTOU COMO RAZÕES DE DECIDIR O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA (ART. 312 DO CPP). A PRESENÇA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS AO PACIENTE NÃO OBSTA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 691/STF. PRECEDENTES.

1. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, não evidenciando constrangimento ilegal amparável pela via do habeas corpus.

2. **A jurisprudência desta Suprema Corte foi assentada no sentido de que 'a adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa'.**

3. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente.

4. Não se vislumbra, na espécie, flagrante ilegalidade, abuso de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

poder ou teratologia que justifique o abrandamento da Súmula nº 691/STF.

5. Habeas corpus não-conhecido".

(STF - HC 96.517/RS - 1ªT. - Rel. Min. Menezes Direito - j. 03.02.2009 - DJU 12.03.2009);

"RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Parecer do Ministério Público como custos legis. Adoção pelo acórdão impugnado, como razão de decidir. Ofensa à ampla defesa e à necessidade de motivação das decisões judiciais. Não ocorrência. Agravo regimental improvido. Não fere as garantias do contraditório, da ampla defesa, nem da motivação das decisões judiciais, a adoção, como 'ratio decidendi', da manifestação, a título de custos legis, do Ministério Público".

(STF - RE 360.037/SC - 2ªT. - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 07.08.2007 - DJU 14.09.2007);

"HABEAS CORPUS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAZÃO DE DECIDIR.

Não constitui falta de fundamentação a adoção de parecer do Ministério Público como razão de decidir. Precedente".

(STF - HC 75.385 - 2ªT. - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 07.10.1997 - DJU 28.11.1997).

Digo mais.

Por sinal, no que concerne às preliminares de nulidade do processo, a saber: ausência da notificação prévia, prevista no art. 514, do Código de Processo Penal, violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório (em razão da intervenção do Ministério Público após a apresentação da defesa preliminar), falta de justa causa e inépcia da denúncia, que foram muito bem afastadas pelo Juízo de Origem, relembro que no âmbito processual penal, para o seu efetivo reconhecimento, seria necessária a comprovação do efetivo prejuízo para as rés, até porque vigora no Direito Processual Penal pátrio o princípio "pas de nullité sans grief", pelo qual não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo, concreto, para uma das partes. É a inteligência do art. 563, do Código de Processo Penal, que é expresso a esse respeito, ao dispor que *"nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*. Nesse



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DIVERSO DO DISPOSTO NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. **PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.**

1. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

2. Ordem denegada."

(STF – HC 110936/RS – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 08.11.2011 – DJU 14.11.2011).

Adiante.

No caso em tela, a conduta da ré **Otávia da Silva** foi além do descumprimento dos deveres de moralidade e boa-fé, impostos pela lei aos agentes públicos no exercício de sua função, pois, valendo-se do seu cargo, desviou e se apropriou, dolosamente, do salário da funcionária "fantasma" do seu Gabinete (no caso, a corré **Ana Cristina**, que apenas foi nomeada para o cargo, mas jamais assumiu), que era supervisionado pela corré **Maria das Neves** (filha da ré Otávia da Silva), a tipificar o crime e a gerar prejuízo à municipalidade. É que, no duro, a condição especial de funcionário público, no caso da ré **Otávia da Silva**, por se tratar de elementar do crime de peculato, comunica-se com o particular que eventualmente concorra, na condição de coautor para a prática do crime, no caso as corrés **Ana Cristina** e **Maria das Neves**, que sabiam da condição especial da sua comparsa, embora não detivessem cargo. Assim, fica afastada a tese de impossibilidade da aplicação do instituto da "mutatio libelli" em 2ª Instância, em razão da elementar "da coisa de que tem a posse em razão do cargo", mesmo porque, como afirmei acima, a circunstância elementar comunica-se entre as rés (inteligência do art. 30, do Código Penal).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

Por sinal, as provas coligidas aos autos, em Juízo e fora dele, dão conta de que o crime em testilha contou com a participação de três pessoas, cada uma tendo pela participação decisiva, pois, como ficou suficientemente provado, a ré **Otávia da Silva**, após ser eleita Vereadora Municipal, indicou a corré **Ana Cristina**, que era sua empregada doméstica, para ocupar cargo de Oficial de Gabinete de Vereador, cuja remuneração superava a quantia de R\$ 3.000,00, mas só de fachada, uma vez que ela continuou a trabalhar como empregada doméstica na sua residência, sem nunca ter exercido tal cargo público. Na ocasião, a ré **Ana Cristina** aceitou a nomeação política para retribuir favor à sua patroa **Otávia da Silva**, mas, como já dito, jamais exerceu tal cargo público. Por fim, a ré **Maria das Neves** era a pessoa que, com o cartão bancário da corré **Ana Cristina**, auferia vantagem ilícita, haja vista que era filha da ré **Otávia da Silva**, a evidenciar, a mais não poder, o conluio entre todas e o seu "domínio do fato", pois se beneficiou da ilegalidade. E, sendo coautoras do crime de peculato desvio não fazem jus ao redutor do art. 29, §1º, do Código Penal, conforme ensina **Cezar Roberto Bitencourt**:

"A participação aqui referida diz respeito exclusivamente ao partícipe e não ao co-autor. Ainda que a participação do co-autor tenha sido pequena, terá ele contribuído diretamente na execução propriamente do crime. A sua culpabilidade, naturalmente superior à de um simples partícipe, será avaliada nos termos do art. 29, caput, do Código Penal, e a pena a ser fixada obedecerá aos limites abstratos previstos pelo tipo penal infringido."

(Tratado de Direito Penal, Parte Geral – 1 Volume, 13ª edição atualizada, Editora Saraiva, 2008).

Por sinal, o crime previsto no art. 312, "caput", segunda parte, do Código Penal, prevê a conduta típica "peculato-desvio", que nada mais é do que o desvio, em proveito próprio ou alheio, cometido pelo funcionário público, em razão da sua função pública, dispositivo que tutela a moralidade dos servidores públicos e a sua correta e honesta atuação no exercício do seu "munus" público. Também nas lições de **Cezar Roberto Bitencourt**:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

"O verbo núcleo desviar tem o significado, neste dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos, no peculato-desvio o funcionário dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem.

Nesta figura – peculato desvio – não há o propósito de apropriar-se, que é identificado como o 'animus rem sibi habendi', podendo ser caracterizado o desvio proibido pelo tipo, com simples uso irregular da coisa pública, objeto material do peculato. 'Ao invés do destino certo e determinado do bem de que tem a posse, o agente lhe dá outro, no interesse próprio, no interesse próprio ou de terceiro. O desvio poderá consistir no uso irregular da coisa pública. No entanto, para que se complete essa conduta típica, é indispensável a presença do elemento subjetivo especial do tipo, ou seja, que se faça o desvio em proveito próprio ou alheio. Esse elemento subjetivo está implícito na figura anterior, peculato-apropriação, pois seria incompreensível apropriar-se em benefício de terceiro. Com efeito, se o desvio operar-se em benefício da própria Administração, não haverá peculato, mas desvio de verba. [...]

Nessa modalidade, o crime consuma-se com a efetivação do desvio, independentemente da real obtenção de proveito para si ou para outrem."

(Tratado de Direito Penal, Parte Especial – 5 Volume, 4ª Edição Atualizada, Editora Saraiva, 2010).

Crime de peculato-desvio consumado, uma vez que a ré **Otávia da Silva**, por ato voluntário e consciente, apropriou-se do salário que deveria ter sido pago à sua funcionária de Gabinete, nada obstante fosse desnecessária a obtenção de vantagem na prática do crime. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO-DESVIO E QUADRILHA. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. **CONSUMAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL NO MOMENTO EM QUE O FUNCIONÁRIO EFETIVAMENTE DESVIA O DINHEIRO, VALOR OU OUTRO BEM MÓVEL.** CONDUTAS IMPUTADAS AO RECORRENTE PRATICADAS EM BRASÍLIA. TRANSFERÊNCIA INDEVIDA DOS RECURSOS OCORRIDA NO AMAPÁ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. **O crime de peculato-desvio consuma-se no momento em que o funcionário efetivamente desvia o dinheiro, valor ou outro bem móvel. Precedente.**

2. No caso dos autos, embora a assinatura do convênio e o repasse das respectivas verbas tenha se dado em Brasília, o certo é que o desvio dos valores ocorreu com a sua efetiva



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

transferência, sem a execução do objeto do acordo, à IBRASA, localizada no Amapá, o que revela a competência do Juízo Federal neste último Estado para processar e julgar o feito.

3. Recurso desprovido."

(STJ – RHC 36.755/AP – **Rel. Min. Jorge Mussi** – 5ª T – j. 16.12.2014 – DJe 03.02.2015);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 312, CAPUT, DO CP. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. **No delito de peculato-desvio, previsto no art. 312, caput, segunda figura do Código Penal, o dolo é representado pela consciência e vontade de empregar a coisa para fim diverso daquele determinado, aliado ao elemento subjetivo do injusto, consistente no especial fim de agir, que é a obtenção do proveito próprio ou alheio.**

2. A aplicação incorreta de verba pública, sem alteração de seu fim (interesse público), constitui hipótese de irregularidade administrativa, não da conduta criminosa de peculato.

3. Recurso improvido".

(STJ – REsp 1257003/RJ – **Rel. Min. Rogério Schietti Cruz** – 6ª T – j. 20.11.2014 – DJe 12.12.2014).

Tendo em vista que os crimes foram praticados durante aproximadamente 02 (dois) anos, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de rigor a manutenção da causa especial de aumento de pena relativa ao crime continuado (art. 71, "caput", do Código Penal).

Às penas.

Na dosimetria das penas das réas devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possa calibrar a pena em conformidade com a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime específico.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

Quiçá das mais importantes - se não a mais - das normas do Código Penal, é o mencionado artigo, que propicia a concretização do justo, isto é, que norteia a justa retribuição estatal àquele que infringiu alguma norma penal, praticando um determinado crime. Paradoxalmente, entretanto, é este artigo costumeiramente desrespeitado, ao menos sob o ponto de vista da sua integralidade, poucos Magistrados atentando para os seus requisitos, que seguidos permitem o estabelecimento da pena necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Diz-se isso porque, no mais das vezes, sabe-se lá por qual insondável motivo, o Magistrado costuma transformar o art. 59, "caput", do Código Penal em uma espécie de binômio, no qual importariam, unicamente, os antecedentes criminais do réu e a sua eventual primariedade, esquecendo-se de considerar os demais requisitos: culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. E tudo isso, insista-se, sob o enfoque da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime praticado. Por isso, quando bem aplicado, quando analisado em sua inteireza, o artigo em pauta torna-se valoroso e fundamental instrumento para que o Estado, que para si chamou a pacificação social, possa aplicar a pena justa, seja ela qual for.

Como lembrado por **Guilherme de Souza Nucci**:

"Política da Pena Mínima: tem sido hábito de vários Juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Despreza-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

ainda predominante. Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59, do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao Juiz ponderar, na aplicação da pena, 'a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado', para estabelecer 'a gradação material do perigo'. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que ele delinuiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as 'consequências' do crime (CP, art. 59).

Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas Comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo para análise: na figura fundamental, dispõe o Julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e consequências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de Justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais da fixação da pena, preordenados a torná-los 'necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (Código Penal, art. 59, "caput" (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inque. 2000)."

(Código Penal Comentado, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

Convergindo para o entendimento acima, único que se crê adequado mas antes disso, legal, **Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito** ensinam que é a partir da individualização judicial da pena que o Magistrado consegue, desde uma estruturação em torno das disposições legais, estabelecer a espécie e a quantidade da pena adequada, diria eu, justa, a cada autor de um determinado crime. E na linha do afirmado, após dissertarem, com a profundidade recomendada, inclusive acerca dos limites da pena, voltam as suas atenções para a determinação da pena-base, ápice, verdadeiro vértice do triângulo em que se enfeixam os critérios que norteiam o sistema trifásico de fixação da pena.

Assim, é do ensinamento dos autores:

"O art. 59 do CP brasileiro traz uma série de critérios para se cumprir adequadamente com esta tarefa:

A culpabilidade. Para se poder aplicar qualquer tipo de pena, é imprescindível constatar a culpabilidade do sujeito. Dita culpabilidade nunca pode se basear na retribuição, mas sim na prevenção, e é essencialmente graduável. Conforme a necessidade preventiva da pena, e atendendo aos limites que marcam o princípio de proporcionalidade, o juiz deve raciocinar sobre a quantificação da pena na medida da culpabilidade.

Os antecedentes. Faz-se referência aos antecedentes criminais do condenado. O sistema penal de um Estado social de Direito, que não se baseia na pura retribuição, deve colocar os antecedentes criminais do condenado em um lugar secundário. Estes antecedentes não devem ser considerados se forem suscetíveis de valoração para fins de reincidência, que sendo uma circunstância agravante, será observada no passo seguinte (vide infra, ponto 3.3.3). Tampouco cabe considerar 'antecedente' a forma de vida do sujeito, como seus costumes ou ocupações, na medida em que não sejam criminosas (ou seja, penalmente típicas e antijurídicas). Nem os meros processos iniciados contra a pessoa, ou as sentenças condenatórias recorríveis. Em conclusão, os antecedentes a que faz referência o art. 59 do CP resumem-se a condenações anteriores por crimes, que não estão compreendidas dentro do conceito de reincidência (arts. 63 e 64 do CP, ou seja, se anteriores à primeira condenação, se passados mais de cinco anos da condenação anterior, ou se tratar de crimes militares ou políticos).

A conduta social. Refere-se à forma de vida do condenado, ou seja, um critério que pode ser utilizado em seu favor ou contra ele. A manutenção desta pauta deve ser questionada. É que nenhum



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

órgão jurisdicional pode ser totalmente objetivo na hora de julgar o comportamento social de outros (em troca, deve-se exigir-lhe objetividade ao analisar o comportamento criminoso). Podem aparecer prejuízos e parâmetros que em nada têm a ver com a medida de uma pena. E também podem renascer as propostas mais aberrantes, que materializem a persecução penal da marginalidade (cultural, sexual, econômica etc). Por outro lado, não devemos esquecer que o ato dos sujeitos que não respeitam estritamente todos os parâmetros sociais foi, em muitas ocasiões, positivo para a sociedade, foi o motor das trocas mais audaciosas, e nem por isso, menos relevantes.

A personalidade do agente. Toda indagação sobre a personalidade baseia-se nas abordagens da psicologia e da psiquiatria. O sujeito já foi considerado imputável e, portanto, merecedor de pena. Sua personalidade já teve que ser considerada na culpabilidade. Quais parâmetros da personalidade, alheios à culpabilidade, podem ser úteis para aumentar ou reduzir uma pena que já foi declarada merecida e necessária? Como ocorre com a valoração da conduta social, a indagação sobre a personalidade não deve cobrir a exaltação de prejuízos morais ou sociais do que alguns julgadores podem fazer uso e abuso.

Os motivos. Podem aumentar ou diminuir a pena. São aspectos subjetivos, os últimos fins que levam ao cometimento do fato criminoso.

As circunstâncias do crime. São elementos acidentais, que fazem referência ao maior, ou menor, desvalor da ação, ou do resultado, tudo aquilo que pode ser suscetível de graduação (maior ou menor injusto, maior ou menor quantidade de dolo etc.) Não se podem considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes legalmente previstas, pois sua consideração corresponde ao passo seguinte (vide infra, ponto 3).

As consequências do crime. Refere-se ao dano real ou potencial causado, ou seja, o desvalor do resultado. Logicamente o crime pode ter outras consequências indiretas (afetação de terceiros, suicídios, prejuízos que escapam da relação entre autor e o bem jurídico tutelado etc). Mas estes resultados não podem ser considerados, porque não se pode responder em maior medida por algo que não se conhece, aquilo que excede o requerido pelo tipo penal e pode não estar abrangido pelo dolo.

O comportamento da vítima. A atuação da própria vítima pode influir na realização do crime. O que pode repercutir em um aumento ou diminuição da pena, conforme o caso.

O determinante será considerar como devem ser avaliados estes elementos pelo órgão jurisdicional. Não se trata de uma mera operação aritmética, mas de uma solução ponderada e racional. O ponto básico de referência é a prevenção especial positiva (ressocialização), complementada em um segundo plano pela prevenção geral positiva (seriedade da ameaça) e pelo princípio da proporcionalidade. Estes fins e princípios proporcionam ao juiz a principal referência para desenvolver um processo lógico, relacionando o fato criminoso e seu autor com determinada medida de pena. O juiz deverá considerar todos os critérios enunciados pelo art. 59 do CP, mediante uma ponderação cujo centro deve ser a culpabilidade do autor. A partir dali ajusta-se a pena-base com o auxílio dos demais critérios."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

(Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, Princípios Fundamentais e Sistema, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011).

Pode-se afirmar, corolário do que se sustenta, ainda em atenção ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que estipula que a Lei regulará a individualização da pena, aqui entendido o art. 59, "caput", do Código Penal, não haver impedimento, antes disso, ser imperiosa a fixação da pena-base acima do mínimo legal toda vez que se demonstrar que as diretrizes do sobredito artigo codificado são desfavoráveis, total ou majoritariamente, ao réu. De sorte que somente se tais diretrizes forem favoráveis ao réu é que terá cabimento a fixação da pena-base no seu mínimo legal; do contrário, necessariamente, deverá ela ser fixada acima do mínimo legal. Nesse sentido, por sinal, invoco antecedente da relatoria do excelso Ministro que, outrora, iluminou esta Corte de Justiça: STF - HC n. 88.284/SC – 2ª T - **Rel. Min. Cezar Peluso** - j . 24.04.2007 - v.u. Decorre desse entendimento, como diferente não haveria de ser sustentado, inexistir impedimento para a fixação da pena-base no máximo previsto em lei, ou bem acima do seu mínimo, impondo-se o afastamento de fetichismos preconceituosos que, abstrata e genericamente, voltam-se contra essa possibilidade que é legal. Entendimento outro ao que se sustenta, "contrario sensu", imporia, também, que se voltasse contra a fixação da pena-base no mínimo previsto em lei, como se os parâmetros extremados, a representar suposto radicalismo de um lado e de outro, não refletissem, para um determinado caso concreto, medida de estrita obediência aos cânones constitucionais e legais, a aplicação da Justiça concreta, a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. É ainda **Guilherme de Souza Nucci** quem menciona, sobre o tema, Doutrina alheia, menção feita na obra antes destacada, quando se tangencia a questão da possibilidade de aplicação da pena-base no máximo previsto em lei:

"Na doutrina, explica **Mariângela Gama de Magalhães Gomes** que 'o máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade. (...) A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente' (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 164-165).".
 (Código Penal Comentado, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008).

E tudo isso, insisto, para os fins da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, haja vista que a reprovação do crime tem a ver com o castigo impingido ao réu enquanto a prevenção tem a ver com o exemplo que se dá à sociedade, valendo para fins dissuasórios.

Ante o exposto, as penas-base das três rés foram fixadas no patamar mínimo legal, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso, nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal. Todavia, tendo em vista o elevado valor apropriado pelas rés, que superou a quantia de R\$ 75.000,00, haja vista que a ré **Ana Cristina** recebeu, durante o período de janeiro de 2005 a fevereiro de 2007, a quantia mensal de R\$ 3.259,18 (fls. 52), em benefício das demais rés (**Otávia da Silva** e **Maria das Neves**), a mim me parece necessário, para os fins de reprovação e prevenção do crime praticado pelas indigitadas rés, o exasperamento das suas penas-base, consoante requerimento Ministerial. Ademais, a fixação da pena-base também é fundamentada na culpabilidade das rés, a primeira, **Otávia da Silva**, que à época dos fatos era edil da Municipalidade de Guarulhos, exercendo um cargo público e que deveria, acima de todos, ter uma conduta ilibada e idônea, mas ao revés, nomeou a ré **Ana Cristina**, que era sua empregada doméstica, em um dos cargos de confiança que ela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

possuía enquanto vereadora, em absoluto descompasso com o interesse público e apenas privilegiando o seu próprio interesse. A ré **Maria das Neves**, filha da corré **Otávia da Silva**, por sua vez, beneficiou-se do estratagema idealizado pela sua mãe, utilizando o salário recebido pela corré **Ana Cristina**, funcionária pública, para o seu próprio deleite. Por fim, a ré **Ana Cristina** emprestou o nome para figurar como uma "funcionária fantasma" dentro dos quadros da Municipalidade de Guarulhos, embora não tivesse, ao menos diante das provas coligidas aos autos, auferido vantagem indevida; ao contrário, pelo que se verificou e já fiz constar, todo o salário que a ré **Ana Cristina** recebia era gasto pela corré **Maria das Neves**, a evidenciar, a mais não poder, o conluio entre todas elas. Assim, fixo as penas-base em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no piso, atento, ademais, aos fundamentos por mim acima trazidos.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Por fim, tendo em vista que o crime perdurou por quase dois anos, o Juízo de Origem reconheceu, na última etapa, o instituto do crime continuado, razão pela qual tomou uma das penas, porque iguais, e as majorou na fração máxima, 2/3, balizando-se, agora, em 05 (cinco) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no piso, patamar que se mantém tendo em vista que o grau de majoração da pena deve observar a quantidade de crimes praticados, critério amplamente acolhido pela Jurisprudência e Doutrina pátrias. Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. [...] 3. De outro lado, é pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e **2/3, para 7 ou mais infrações**. Na espécie, observando o universo de 6 (seis) infrações cometidas por um dos réus, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/2 da pena, sendo desproporcional a majoração em 2/3. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 1ª Câmara Criminal Extraordinária

paciente [...]."
 (STJ – HC 214.485/MS – Rel. Min. Maria Thereza de Assis
 Moura – 6ª T – j. 21/11/2013 – DJe 09/12/2013).

Aliás, na oportunidade, o Juízo de Origem não fez incidir o art. 72, do Código Penal, embora fosse o caso, o que se mantém dado o princípio da "non reformatio in pejus".

O regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser o semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, "b", do Código Penal.

Impossível a manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da quantidade da pena, por força do parcial provimento do recurso Ministerial, haja vista ter ficado acima de 04 (quatro) anos. Inteligência do art. 44, I, do Código Penal.

Com essas considerações, **afastam-se as preliminares** arguidas e, no mérito, **nega-se provimento** à apelação defensiva e **dá-se parcial provimento** ao apelo do Ministério Público do Estado de São Paulo, redimensionando-se as penas finais das rés para 05 (cinco) anos de reclusão, agora no regime semiaberto e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no piso, afastada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos em razão do novo "quantum" final da pena. Oficie-se à Origem para as providências necessárias.

É como voto.

AIRTON VIEIRA
Relator
 [Assinatura eletrônica]