



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo: 1.0153.18.004726-5/001
Relator: Des.(a) Anacleto Rodrigues
Relator do Acórdão: Des.(a) Anacleto Rodrigues
Data do Julgamento: 17/03/0022
Data da Publicação: 22/03/2022

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PECULATO-DESVIO - SERVIDOR PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INERENTES À FUNÇÃO - RECEBIMENTO DA REMUNERAÇÃO - DESVIO DA FINALIDADE DO DINHEIRO PÚBLICO - AUSÊNCIA - ATIPICIDADE - OCORRÊNCIA - PRECEDENTES DO STJ. O peculato-desvio consuma-se no momento em que o agente dá destino diverso ao dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, sendo irrelevante a obtenção de vantagem com a prática do delito. A conduta do servidor público que recebe o salário, mas não desempenha as funções inerentes ao cargo ao qual foi nomeado não se amolda ao crime de peculato, quando no caso concreto não verificado o desvio da destinação do dinheiro público, consoante precedentes do STJ.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0153.18.004726-5/001 - COMARCA DE CATAGUASES - 1º APELANTE: MICHELÂNGELO DE MELO CORREA - 2º APELANTE: ANTÔNIO BATISTA PEREIRA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

DES. ANACLETO RODRIGUES
RELATOR

DES. ANACLETO RODRIGUES (RELATOR)

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por MICHELÂNGELO DE MELO CORREA e por ANTÔNIO BATISTA PEREIRA visando a reforma da r. sentença de fls. 496/517v que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar o primeiro como incurso nas sanções do art. 312, caput, c/c art. 327, §2º e art. 61, inciso II, alínea 'g', por 20 (vinte) vezes), art. 91, inciso I, alíneas 'a' e 'b', na forma dos art. 29 e 71, todos do Código Penal, às penas de 08 (oito) anos, 11 (onze) meses de reclusão, em regime fechado, e 480 (quatrocentos e oitenta) dias-multa; e o segundo como incurso nas sanções do art. 312, caput, c/c art. 327, §2º e art. 61, inciso II, alínea 'g', por 20 (vinte) vezes), na forma do art. 71, todos do Código Penal, às penas de 08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime fechado, e 380 (trezentos e oitante) dias-multa. O segundo Apelante foi absolvido pelo delito do art. 299, parágrafo único, do CP.

Em suas razões recursais (fls. 565/588), o primeiro Apelante pretende sua absolvição, invocando o princípio da presunção da inocência, frisando que não há nos autos prova de que sabia ou deveria saber da desídia do corrêu no que se refere à pontualidade na prestação de serviços à Câmara Municipal. Aduz que o servidor que se apropria dos vencimentos e não presta os serviços à administração pública não comete o delito de peculato, consoante entendimento do STJ.

Requer, alternativamente, o reexame das circunstâncias judiciais. Aduz bis in idem no reconhecimento da agravante do art. 61, inciso II, alínea 'g', do CP, visto que no crime de peculato, por sua própria natureza, já se pressupõe abuso de poder ou violação ao exercício do cargo. Pugna pela redução do valor fixado para a pena de multa, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade.

Igualmente irresignado (fls. 531/544), aduz o segundo apelante que as acusações derivam de comentários maldosos de adversários políticos, inexistindo prova concreta da conduta delitativa. Invoca a atipicidade da conduta, porquanto já reconhecido pelo STJ que o servidor que se apropria dos salários que lhe foram pagos sem prestar os serviços não comete peculato. Alternativamente, busca a redução da pena-base ao mínimo legal e aplicação da fração de 1/3 (um terço) para o aumento gerado pelas qualificadoras.

Contrarrazões ministeriais às fls. 546/558 e 590/595, pugnando pelo não provimento dos recursos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 596/5989, opinou pelo não provimento

dos recursos.

É o relatório.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos e as condições de sua admissibilidade.

Não suscitadas preliminares ou inexistentes nulidades que possam ser decretadas de ofício, passo ao exame do mérito.

Da autoria e da materialidade

A peça acusatória restou apresentada nos seguintes termos:

"Consta do incluso procedimento investigatório criminal que, entre os meses de janeiro de 2017 e abril de 2018, na Câmara Municipal de Cataguases, os denunciados ANTÔNIO e MICHELÂNGELO, funcionários públicos, agindo em concurso e com unidade de desígnios, desviaram, por diversas vezes, em proveito do primeiro, dinheiro público do qual o segundo denunciado tinha posse em razão de seu cargo.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado ANTÔNIO, funcionário público, prevalecendo-se de seu cargo, inseriu, por diversas vezes, em documentos públicos, declarações falsas ou diversas das que deveriam constar, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Segundo se apurou, logo no dia 02 de Janeiro de 2017, o denunciado MICHELÂNGELO, iniciando seu mandato como Presidente da Câmara Municipal de Cataguases, nomeou o denunciado ANTÔNIO para o cargo comissionado de Diretor Administrativo, para proporcionar a esse receber valores públicos desviados, referentes aos proventos de tal cargo, que deveriam ser destinados a funcionário público que prestasse efetivamente o serviço.

E, conforme consta da investigação realizada, ANTÔNIO jamais prestou o serviço para o qual foi nomeado, ocupando o cargo unicamente para receber o dinheiro público desviado de seu destino legal.

Já no mês de setembro de 2017, após crescentes cobranças de terceiros que notaram o esquema forjado, o denunciado MICHELÂNGELO exonerou ANTÔNIO do cargo de Diretor Administrativo, nomeando-o, em ato imediatamente contínuo, para cargo em tese inferior, o de Coordenador de Serviços Financeiros e Contábeis, na tentativa de aplacar as críticas e manter a continuidade do esquema de desvio do dinheiro público em favor do primeiro denunciado.

Os desvios permaneceram, sem qualquer prestação de serviço por parte do primeiro denunciando, ainda após a exposição dos fatos em rede social, e somente em 19 de abril de 2018, quando o Ministério Público requereu ao Poder Judiciário a decretação de medidas cautelares contra os denunciados, MICHELÂNGELO exonerou ANTÔNIO (fls. 154 do PIC), após cerca de dezesseis meses de desvios de verbas públicas, aos quais se somam os valores desviados a título de férias, 13. O salário e verbas rescisórias, conforme consta do procedimento investigatório, totalizando ao menos 20 (vinte) atos criminosos (fls. 281/300 do PIC).

Os crimes foram praticados, como se vê, por funcionários públicos ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta.

Apurou-se, ainda, que durante todo o período em que o denunciado ANTÔNIO esteve ocupando os cargos de Diretor Administrativo e de Coordenador dos Serviços Financeiros e Contábeis, inseriu declarações falsas em documentos de identificação e controle de Ponto da Câmara Municipal de Cataguases, seja através do sistema biométrico (Inserção nos documentos públicos de fls. 233/247 do PIC), seja através da assinatura de folhas de ponto (fls. 316/380 do PIC), com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Assim, em todos os dias de seu suposto serviço em tais cargos comissionados, por cerca de dezesseis meses, agindo como funcionário público e prevalecendo-se de seu cargo, inseriu em tais documentos públicos horários de entrada e saída em serviço, declarações notadamente falsas, com o fim de alterar a verdade sobre fatos juridicamente relevantes, tendo em vista que jamais prestou serviços de fato e que passava grande parte do expediente fora de seu local de trabalho." (fls. 01/02D).

Do crime de peculato

O tipo penal inserto no art. 312 do Código Penal tipifica a conduta de "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".

Registra-se que o dispositivo legal supramencionado prevê duas figuras típicas, a saber: na primeira parte, o peculato-apropriação e, na segunda, o peculato-desvio.

No peculato-apropriação, o funcionário público apropria-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, cuja posse detém em nome da Administração e em razão do cargo.

Por sua vez, no peculato-desvio, como bem observa Fernando Capez, "o agente tem a posse da coisa e lhe dá destinação diversa da exigida por lei, agindo em proveito próprio ou de terceiro." (Curso de Direito Penal, 13ª Edição, 2015, pág. 453/454).

Válido transcrever, outrossim, os apontamentos de Fernando Galvão:

"(...) Na incriminação do peculato-desvio, desviar tem o significado de modificar a natural destinação da coisa móvel, dar-lhe encaminhamento ou aplicação diversa da que foi estabelecida pela Administração. Nesta modalidade de conduta criminosa o sujeito não pretende tomar a coisa para si, o denominado *animus rem sibi habendi*, mas pretende aproveitar-se do desvio para beneficiar a si próprio ou outrem.

(...)

O bem somente fica sob o poder do funcionário público em razão das funções que exerce e não em razão da confiança que possa ser depositada em sua pessoa.

Por isso ao apropriar-se do bem ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio, o sujeito necessariamente viola o seu dever funcional.

(...)

A caracterização peculato-desvio exige que o sujeito ativo oriente sua conduta diretamente pela intenção de desviar, em proveito próprio ou alheio, o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo. O desvio do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel se quando o sujeito dele se utiliza para fins diversos dos que são estabelecidos pela administração. O tipo incriminador do peculato-desvio exige expressamente que o sujeito oriente sua conduta pela finalidade de obter um proveito, que pode ser do próprio sujeito ativo ou de terceiros. (Fernando Galvão. Direito Penal, Parte Especial, 2017, pp. 40-55.)

O desvio, um dos núcleos do tipo penal em análise, caracteriza-se com a simples atribuição irregular do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, em benefício próprio ou de terceiro, ou seja, com a destinação diversa daquela inicialmente prevista.

Assim, o peculato-desvio consuma-se com a mera alteração de destino do bem público, dispensando-se o efetivo proveito próprio ou de terceiro.

Nesse sentido, destaca a doutrina:

"(...) o peculato-desvio se consuma com o real e efetivo desvio, independente do concreto proveito auferido para si ou para outrem", de modo que "para a configuração do injusto do tipo é imperativo que o uso da coisa se realize em contrariedade a qualquer finalidade de utilidade pública" (COSTA, Álvaro Mayrink da., Criminalidade na administração pública: peculato, corrupção, tráfico de influência e exploração de prestígio, 2010, v. 13, n. 52, p. 39-68)."

Ao que consta dos autos, em janeiro de 2017, o Acusado Michelângelo de Melo Correa, na função de Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Cataguases, nomeou o Acusado Antônio Batista Pereira para o cargo comissionado de Diretor Administrativo, mas este nunca exerceu suas funções, passando a comparecer ao local de trabalho apenas para assinar o ponto.

Após relatos e cobranças de terceiros, o Acusado Michelângelo exonerou o Acusado Antônio do referido cargo, nomeando-o para o cargo de Coordenador de Serviços Financeiros e Contábeis. Mas, segundo a acusação, os serviços tampouco foram prestados.

As reclamações ainda davam conta de que o Acusado Antônio não detinha a expertise para a realização do serviço, comparecendo apenas para assinar seu ponto, indo embora em seguida.

Tais fatos culminaram na exoneração definitiva do Acusado Antônio, após o Ministério Público requerer medidas cautelares ao Poder Judiciário.

Em detida análise dos autos, verifica-se que dois fatos restaram incontroversos nos autos, o primeiro deles não impugnado, e o segundo ora combatido: o fato de que Michelângelo, na função de Presidente da Câmara do Município de Caratinga, nomeou Antônio para os cargos comissionados; e o fato de que Antônio não dava à municipalidade a devida contraprestação pelas verbas que recebia em função da nomeação para tais cargos.

Quanto a este ponto, aduz genericamente o Acusado Antônio que as informações seriam advindas de adversários políticos, com intuito de maldizer-lhe, visando sua absolvição por ausência de provas. Pretende, ainda, seja reconhecida a atipicidade da conduta.

In casu, entendo por bem inverter o exame, deixando a atipicidade para exame posterior, visto que as circunstâncias fáticas serão essenciais para a compreensão dos contornos das condutas imputadas, conforme se verá adiante, pelo que passo ao exame dos elementos probatórios.

A prova testemunhal produzida sob o crivo do contraditório aponta realidade diversa daquela arguida pelo Acusado Antônio, evidenciando que, de fato, ele não comparecia à Câmara Municipal para desempenho de suas funções. Vejamos.

A testemunha Hercyl Suhurt Salgado, então vereador de Cataguases, confirmou perante o juízo que as reclamações acerca da conduta do Acusado Antônio eram constantes, seja por servidores daquela casa legislativa, seja por moradores do bairro em que Antônio residia. Afirmou que os servidores relatavam que Antônio não cumpria com suas funções, e seus vizinhos avisavam que era comum vê-lo fazendo serviços

particulares no horário de expediente. Disse que viu o réu Antônio poucas vezes na Câmara. Confirmou que ele exerceu o cargo de Diretor Administrativo e depois de Coordenador Financeiro. Narrou que realizou reclamações nas próprias sessões ordinárias da Câmara e informou, também, em uma reunião com o Executivo, na qual estavam presentes todos os Secretários e o Prefeito. Explicou que o Presidente da Câmara, o Acusado Michelângelo, disse que iria verificar a irregularidade e abrir um processo administrativo, sendo Antônio exonerado do cargo de Diretor Administrativo para ser nomeado Coordenador Financeiro. Informou que conhece o Acusado Michelângelo desde 2017, ou seja, no início dos mandatos legislativos, sendo que não tem conhecimento da prática de qualquer irregularidade por parte deste. Indagado se Michelângelo apresenta sinais de enriquecimento a partir de quando assumiu a Presidência do Legislativo, afirmou que não. Informou, ainda, que o setor de Recursos Humanos e o Diretor Administrativo eram os responsáveis pela conferência da frequência dos servidores, sendo que a carga horária dos servidores comissionados é de 08 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais.

A testemunha Rafael Rodrigues Moreira, também vereador, afirmou que percebeu que o réu Antônio não estava efetivamente trabalhando, embora os pontos fossem rotineiramente assinados. Disse que reclamou em sessão plenária acerca dos fatos e que nenhuma providência foi tomada. Disse que o Acusado chegava cedo, preenchia o ponto e não retornava. Afirmou que o cargo de Diretor Financeiro não exige trabalhos externos, mas que os ocupantes de cargos comissionados podem desempenhar serviços externos ao prédio da Câmara. Não sabe dizer acerca de formação técnica do Acusado Antônio para o cargo. Relatou que, inicialmente, sentiu certa dificuldade para ter acesso aos registros de ponto por parte da Presidência da Câmara, que também gerou entrave para o acesso às imagens das câmeras, somente conseguindo acesso após formalizar o pedido via ofício. Afirmou que não tem informação acerca de vantagem financeira ou qualquer outra vantagem concreta. Informou que faz parte de um bloco político que já fez oposição ao Acusado Michelângelo.

A testemunha Junio Elias da Silva Valentim, assessor parlamentar de uma vereadora, confirmou seu depoimento prestado em sede administrativa, no qual afirmou que o Acusado Michelângelo era questionado acerca da conduta do Acusado Antônio, pois este comparecia ao local e não resolvia as questões. Disse que quem efetivamente cumpria as funções de coordenador financeiro era a servidora efetiva "Dona Neuza", sendo que o Acusado Antônio nada fazia, pois não "tinha noção do serviço". Relatou que Antônio era visto no início do expediente e não mais ao longo do dia, sendo que todas as vezes em que foi à sala do Acusado Antônio, ele não estava presente. Acrescentou que como diretor administrativo, Antônio comparecia às reuniões ordinárias, mas como coordenador financeiro ele não era visto no local (fl. 184).

Bruno Peixoto de Resende, assessor parlamentar da Presidência da Câmara, afirmou que Antônio tinha uma mesa na Presidência da Câmara enquanto nomeado no cargo de Diretor Administrativo, mas como Diretor Financeiro não havia mesa para ele trabalhar. Disse que quem exercia as funções do diretor administrativo eram os demais servidores do setor, que tudo funcionava bem sem Antônio, sendo que este não exercia suas funções por não ter conhecimento técnico, sendo que nunca o viu efetivamente cumprindo suas funções. Relatou que há boatos de que Antônio foi nomeado porque quando era Presidente da Câmara nomeou a mulher do atual Prefeito para um cargo comissionado (fl. 185).

Neuza Aparecida Ribeiro Martins, servidora municipal, quando perguntada em juízo se o Acusado Antônio efetivamente prestava serviços à Câmara, afirmou que "ele ia lá assinar papel, que aparecia lá no setor e perguntava se tinha algo para assinar e ia embora". Acrescentou que o cargo de Coordenador Financeiro não exige que o servidor permaneça o tempo todo na Câmara.

Em sede administrativa afirmou que já presenciou vereadores exigindo providências nas sessões plenárias, nas quais o Presidente da Câmara sempre estava presente. Acrescentou que Antônio possui o ensino médio e não tem formação contábil. Destacou que Michelângelo pertence ao mesmo grupo político do Prefeito.

As declarações prestadas em juízo e na fase administrativa permitem concluir que Michelângelo nomeou Antônio para os cargos de Diretor Administrativo e de Diretor Financeiro, assim como que Antônio não exercia as funções referentes aos dois cargos, fato que gerou diversas reclamações durante as sessões daquela Câmara Municipal.

Lado outro, a informação de que Michelângelo nomeou Antônio para os cargos como forma de retribuição à nomeação da mulher do Prefeito para um cargo comissionado quando aquele estava no cargo de Presidente da Câmara foi denominada pelas próprias testemunhas como boatos. Donde se conclui que não passam de meras conjecturas.

Ainda que assim não fosse, e que se pudesse afirmar que houve a paga de um favor político, é certo que esta transação teria como beneficiários o Acusado e o Prefeito, e não a pessoa do nomeante, Michelângelo e, por si só, não caracterizaria o peculato.

Firme na mencionada "informação", a sentença concluiu que houve conluio por parte dos acusados, e que Michelângelo nomeou Antônio em cargos para os quais não teria conhecimento técnico, em prejuízo à Administração Municipal.

Assim, entendeu pela nulidade das nomeações e, por conseguinte, indevido o recebimento das respectivas remunerações, sendo que todos os pagamentos recebidos pelo Acusado Antônio seriam ilícitos, o que, no entender do Sentenciante, consuma o crime de peculato.

Frisou, ainda, que Antônio se valeu das nomeações para o fim específico de apropriação de verba pública e que, ainda que possam ser consideradas válidas as nomeações, Michelângelo faltou com o cuidado de fiscalização, o que também caracterizaria o crime de peculato.

Permissa venia, não comungo das conclusões, pois entendo que as condutas dos acusados não se subsomem ao tipo penal descrito na denúncia.

Cabe lembrar que por força do princípio da correlação a condenação deve guardar correspondência com a imputação descrita na denúncia.

O Julgador monocrático enveredou-se pelo direito administrativo de forma a garantir a interpretação de nulidade das nomeações, o que tornaria indevido o respectivo pagamento.

Contudo, é certo que a denúncia não cuidou da invocada nulidade das nomeações e dos pagamentos em prol do Acusado Antônio. Pelo contrário, a peça acusatória descreve, quanto ao crime de peculato, um suposto "esquema" oriundo da não assiduidade do funcionário público, com a aquiescência do nomeante, de forma a proporcionar o "desvio do dinheiro público em favor do primeiro denunciado" (fl. 01Dv), no caso o nomeado.

E diferente não poderia ser, visto que a validade das nomeações pode caracterizar ilícito civil-administrativo, mas não o ilícito penal descrito na denúncia, excedendo, portanto, o objeto da imputação penal.

Como dito, o núcleo do peculato-desvio está na destinação empregada pelo funcionário público do dinheiro ou bem público, que deve ser diversa daquela exigida por lei. É dizer, deve haver alteração do destino originário do dinheiro ou bem público.

Portanto, o tipo penal não avalia a validade formal do ato, prendendo-se à validade da destinação empregada ao dinheiro público.

Afastada a questão referente à suposta nulidade das nomeações, verifica-se que na espécie, o dinheiro dotado pela Administração Pública não teve sua destinação modificada. A verba percebida pelo Acusado Antônio era a de fato destinada à remuneração do ocupante do cargo para o qual foi nomeado.

Cumprir destacar que a situação dos autos já foi objeto de apreciação pelo STJ, no julgamento da ação penal nº 475, de Relatoria da Min. Eliana Calmon, no qual restou assentado que o servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato:

"PENAL E PROCESSO PENAL. DENÚNCIA GENÉRICA. PECULATO: TIPICIDADE. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PROVIDÊNCIAS. 1. A jurisprudência repudia denúncia genérica, mas restringe a qualificação quando a imputação penal não é imprecisa, impedindo a exata compreensão da acusação. 2. O crime de peculato exige, para sua configuração em qualquer das modalidades (peculato furto, peculato apropriação ou peculato desvio), a apropriação, desvio ou furto de valor, dinheiro ou outro bem móvel. 3. Servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato. 4. Configuração, em tese, de falta disciplinar ou ato. 5. Denúncia rejeitada. 6. Encaminhamento de peças ao Conselho Nacional de Justiça e ao Ministério Público Estadual". (STJ, Apn 475/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 444).

Em evolução, o STJ passou a considerar, seguindo a esteira do posicionamento do STF, como bem pontuou o Ministério Público em suas contrarrazões, que "a depender da realidade fática subjacente", a conduta conhecida como "funcionário fantasma" pode ser entendida como peculato:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. PECULATO. ATIPICIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. AUSÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, a agravada obteve atestados falsos de frequência, percebendo a remuneração do cargo de Agente Legislativo sem a devida prestação de serviços. Em razão disso, foi denunciada pela suposta prática do crime de peculato, descrito nos art. 312, caput, c/c art. 327, § 1º, do Código Penal. 2. Contudo, o respectivo Tribunal de Justiça verificou a inexistência de tipicidade formal na imputação atribuída à agravada, trancando a ação penal. 3. O trancamento da ação penal - especialmente em habeas corpus, como se fez na instância de origem - é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. 4. A servidora em questão não se apropriou de verba ou dinheiro do Estado, porquanto a remuneração do cargo público lhe pertencia. Apenas, segundo a acusação, não efetuou a devida contraprestação de serviços. 5. Quanto ao elemento subjetivo, cumpre ressaltar o entendimento da Corte estadual, segundo a qual "o fato de a funcionária não

comparecer ao trabalho (mesmo percebendo a remuneração devida ao cargo) não parece configurar a vontade deliberada, a vontade consciente em apropriar-se, desviar ou subtrair dinheiro público, em proveito próprio ou alheio, mas tão somente de não exercer as funções inerentes ao cargo". 6. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça considera que "servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato" (Apn 475/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/5/2007, DJ 6/8/2007, p. 444). No mesmo sentido: RHC 60.601/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 19/8/2016. 7. O Supremo Tribunal Federal, no Inq 3.006, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/6/2014, DJe 22/9/2014, distinguiu, de um lado, os casos em que o objeto material da conduta reside na apropriação ou no desvio de valores pecuniários consistentes na remuneração de funcionário "fantasma" (p.ex. Inq 1.926, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 9/10/2008, DJe 21/11/2008; e Inq 2.449, Rel. Ministro AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 2/12/2010, DJe 18/2/2011) e, de outro lado, a situações análogas às destes autos, nas quais o fato imputado à servidora consiste em se apoderar de sua própria remuneração, embora sem prestar os serviços atinentes ao cargo que ocupava na Assembleia Legislativa, o que poderia, em tese, configurar infração disciplinar ou ato de improbidade administrativa, mas não configura fato típico. 8. A mesma distinção feita pela Suprema Corte é necessária entre o caso destes autos e a APn 702/AP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/6/2015, DJe 1º/7/2015, porquanto, na referida APn, Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Amapá e um Membro do Ministério Público atuante junto àquela Corte desviaram recursos públicos, entre os quais verbas de ajuda de custo, despesas médicas e outras, de funcionários "fantasmas". Na espécie em julgamento, em vez disso, trata-se de servidora pública que, segundo consta, embora apresentasse ausências sem justificativa, continuava a perceber seus vencimentos. 9. Sendo correto o fundamento utilizado pela Corte estadual para encerrar a persecução penal - isto é, a "inequívoca comprovação da atipicidade da conduta" -, não há falar em trancamento prematuro da ação penal nem em ofensa ao princípio in dubio pro societate ou de violação dos arts. 41, 395 e 651 do Código de Processo Penal. 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1244170/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 22/08/2018).

Ocorre que do exame do contexto fático, verifica-se que **o suposto conluio por parte dos acusados para desvio do dinheiro público não restou devidamente comprovado, vez que não há quaisquer indícios de que o nomeante tenha sido beneficiado ou recebido parte do salário do nomeado.**

Pelo contrário, as testemunhas ouvidas nos autos, quando indagadas, afirmaram não ter conhecimento de supostos ajustes neste sentido, tampouco verificaram acréscimo financeiro e patrimonial desproporcional do nomeante.

Também não se pode concluir, ao contrário do que considerou o Sentenciante, que o nomeante tivesse prévio conhecimento acerca da alegada ausência de expertise do acusado Antônio para os cargos para os quais foi nomeado, sendo certo que Antônio já havia, inclusive, ocupado o cargo de Presidente da Câmara Municipal em mandato pretérito, não se podendo descartar que tal experiência tenha sido avaliada pelo nomeante.

Assim, o que se tem dos autos é que o Acusado Antônio foi regularmente nomeado para cargos em comissão pelo Presidente da Câmara Municipal e, não obstante, de forma desidiosa, deixou de prestar os serviços inerentes à sua função, apropriando-se da verba destinada à remuneração do cargo, o que não deve ser entendido como crime de peculato, conforme reiterada jurisprudência do STJ, conspirando-se que não houve alteração da destinação da verba, impondo-se sua absolvição.

No tocante ao Acusado **Michelângelo**, ainda que se possa reconhecer a reprovabilidade da conduta do nomeante do ponto de vista moral e do direito administrativo, pois se descurou do seu dever de fiscalização, tal conduta não se subsume ao tipo penal imputado, indiscutivelmente, visto que **não houve desvio de destinação da verba pública, tampouco restou beneficiado com o valor.**

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. FUNCIONÁRIO FANTASMA. SUPERVENIENTE DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL AO JUÍZO DE DIREITO PARA PROCESSAR E JULGAR O CASO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS E DAS DECISÕES TOMADAS. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O trancamento de ação penal no âmbito do habeas corpus é procedimento excepcionalíssimo, que merece a mais cuidadosa apreciação para que se evite, tanto quanto possível, a supressão da instância naturalmente competente para o deslinde da causa na sua inteireza. 2. Caso em que o Ministério Público estadual ofereceu denúncia contra prefeito municipal e contra o ora paciente, ambos pela prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, por doze vezes (art. 71 do CP). Segundo a peça, no período de 2/1/2015 a 30/12/2015, apesar de o primeiro réu ter nomeado o segundo para exercer cargo em comissão, este, mesmo tendo recebido as remunerações correspondentes ao período mencionado, jamais desempenhou qualquer serviço público para o Município. 3. Muito embora a Corte estadual, após o recebimento da

denúncia, tenha, em decisão superveniente à impetração deste writ, declinado da competência e determinado o encaminhamento do feito ao Juízo local, em razão de o suposto crime atribuído na denúncia aos acusados não ter sido cometido no exercício do atual mandato do Prefeito (2017-2020), este habeas corpus não está prejudicado. Isso porque foi preservada a validade de todos os atos praticados e decisões proferidas até então. 4. No caso, a conduta do paciente não se subsume à do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a não prestação de serviços pelo servidor público não configura o crime indicado. A descrição apresentada na denúncia contra o paciente não poderia condizer - em uma eventual emendatio libelli - nem com o tipo do art. 312 do Código Penal. Afinal, está pacificado o entendimento de que servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços atinentes ao cargo que ocupa não comete peculato. Configuração, em tese, de falta disciplinar ou de ato de improbidade administrativa. Precedentes. 5. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação ao paciente e excluir o seu nome do polo passivo da demanda. (HC 466.378/SE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 04/11/2019).

Emerge dos autos apenas o pagamento da remuneração devida a servidor público regularmente nomeado, embora este tenha se mostrado negligente com suas atribuições.

Importa registrar que tal entendimento não afasta possível caracterização de atos de improbidade administrativa, os quais poderão ser objeto de decisão na seara apropriada.

Assim, diante da atipicidade da conduta, impõe-se a absolvição dos Acusados pela imputação do delito de peculato.

Por fim, registro que o Acusado Antônio foi absolvido em primeiro grau quanto ao crime de falsidade ideológica, não havendo insurgência ministerial quanto ao ponto, o que impede que esta Instância Revisora se manifeste acerca do tema.

DIANTE DO EXPOSTO, DOU PROVIMENTO AOS RECURSOS, para reformar a r. sentença, julgando improcedente a pretensão punitiva, para absolver Michelângelo de Melo Correa e Antônio Batista Pereira, nos termos do art. 386, inciso III, do CPP.

Sem custas.

DES. MAURÍCIO PINTO FERREIRA (REVISOR)

Acompanho o eminente Desembargador Relator quando dá provimento ao recurso e absolve os acusados do crime de peculato, na modalidade desvio.

No entanto, importante registrar que, nas hipóteses em que se contrata o popularmente denominado "funcionário fantasma", há precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça que permite a condenação da autoridade nomeante que "embolsa" a verba relativa ao pagamento do "servidor nomeado", daí decorrendo efetivo desvio de dinheiro público punível sob a rubrica do artigo 312, caput, do Código Penal (REsp 1.723.969/PR, rel. ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª turma, julgado em 16/5/19, DJe 27/5/19).

Inclusive a mesma razão de decidir ocorre no popularmente caso das "rachadinhas", já que o nomeante toma posse de parte do salário do nomeado mediante acordo às ocultas, dando outra destinação a este dinheiro.

Ainda assim a condenação resta inviabilizada no caso concreto, seja porque a denúncia não imputou ao acusado Michelângelo a conduta de apropriar-se do salário destinado ao imputado Antônio, seja porque as provas apontam para a efetiva destinação do salário a quem de "direito". E embora este último não prestasse efetivamente nenhum serviço, conduta extremamente imoral e ímproba, o fato não se amolda ao tipo penal de peculato, pelos motivos expostos no brilhante voto condutor.

Então, não resta saída que não seja a absolvição, motivo pelo qual acompanho o eminente Desembargador Relator, mediante esta breve consideração.

É como voto.

DES. HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PROVIMENTO AOS RECURSO"



Tribunal de Justiça de Minas Gerais