

RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.753 - ES (2019/0005877-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : FLAMINIO GRILLO
ADVOGADOS : RAPHAEL TEIXEIRA SILVA MARQUES - ES026424
FELIPE LOURENÇO BOTURAO FERREIRA - ES022070
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, interposto em desfavor de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 312 c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal (peculato), à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa.

Irresignados, defesa e acusação interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem negou provimento aos recursos, por acórdão assim ementado:

APELAÇÕES CRIMINAIS - PECULATO (ARTIGOS 312 C/C 327, § 2º, AMBOS DO CP) - NULIDADE DA SENTENÇA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO. PROCESSO LEGAL - PRELIMINAR REJEITADA - PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO RESPALDADA - DOSIMETRIA - PENA-BASE - COMPORTAMENTO DA VÍTIMA - RECONHECIMENTO INVIÁVEL - REPRIMENDA MANTIDA - REGIME SEMIABERTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que esgotado o período de cumprimento da carta precatória sem devolução do juízo deprecado, pode o Magistrado proferir sentença, especialmente quando está convencido da prática ilícita pela farta prova documental e testemunhai presente nos autos. Preliminar rejeitada.

Comprovadas a materialidade delitiva e sua respectiva autoria, a condenação pela prática do crime de peculato majorado é medida que se impõe.

Afasta-se o reconhecimento da circunstância judicial do comportamento da vítima, quando os elementos indicados pelo Parquet já configuraram as conseqüências do crime, as quais, somadas à

culpabilidade e às circunstâncias, autorizam a preservação da pena-base no importe arbitrado.

Preservada a redução da reprimenda pela incidência da atenuante de confissão espontânea, ainda que parcial.

Conservada a causa de aumento, prevista no artigo 327, § 2º, do CP, eis que o recorrente desempenhava a função de Presidente da Câmara de Vereadores Municipal, na data dos fatos.

Mantido o regime inicial semiaberto, em atenção ao artigo 33, § 2º, alínea "b", do CP, já observado o artigo 387, § 2º, do CPP. •

Vedada a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, por não terem sido atendidos os pressupostos do artigo 44, do CP.

Recursos conhecidos e improvidos.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Na petição de recurso especial, a parte recorrente aponta violação ao disposto nos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal e arts. 381, III, 396-A, 410, 411, todos do Código de Processo Penal. Sustenta, em síntese, nulidade por cerceamento de defesa, pois não realizada a oitiva de testemunha crucial para elucidação dos fatos e, subsidiariamente, a redução da pena-base, afastando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Contrarrazões às fls. 754/766.

Admitido o recurso (fls. 777/780), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial pugnando pelo não conhecimento do recurso (fls. 825/839).

É o relatório. Decido.

A irresignação não merece prosperar.

O Tribunal de origem concluiu pela não ocorrência da nulidade, mediante fundamentação que ora se destaca (fls. 476/477):

Do exame dos autos, verifico que, às fls. 126 e verso, foi expedida carta precatória para a Comarca de Vila Velha, para fins de oitiva da mencionada testemunha, em atendimento ao pleito de fls. 120/121 a qual foi devolvida pelo juízo deprecado, ante a "insuficiência de endereço para intimação de testemunha" (fl. 139).

À fl. 141, foi determinada nova expedição de carta precatória com indicação do endereço de fl. 125, a qual não foi devolvida cumprida em tempo hábil pelo Juiz deprecado, o que levou ao Magistrado deprecante a apresentar a seguinte manifestação:

[...] com fulcro no artigo 222, § 2º, do Código de Processo Penal e, segundo esse entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é possível a prolação de sentença após o decurso do prazo para devolução da Carta Precatória, sem que a devida providência nela determinada tenha sido efetivada [...].

(...)

Ademais, do exame da sentença de fls. 241/245, constato que o Magistrado formou o seu livre convencimento pela indicação de várias provas testemunhais e documentais, de maneira que a eventual oitiva da testemunha Rosana Có Barros não seria capaz de alterar a substância do édito condenatório, fato que afasta a ocorrência de prejuízo ao acusado.

Conforme entendimento desta Corte Superior, no que tange à expedição de carta precatória, "se esgotado o período para a sua devolução, sem que a providência nela determinada tenha sido efetivada, é possível até mesmo que o magistrado profira sentença nos autos, sem que se cogite de eiva a contaminar o feito" (HC 277.376/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 23/04/2014).

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÂNSITO. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DE INQUIRIRÃO PREVISTA NO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OFENDIDOS OUVIDOS POR CARTA PRECATÓRIA. ATO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM A NORMA PROCESSUAL. NULIDADE INEXISTENTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O art. 400, caput, do CPP, com a redação conferida pela Lei n. 11.719/2008, revela a sistemática instrutória do procedimento ordinário do processo penal, segunda a qual se faz necessária a ouvida prévia das testemunhas da acusação e, depois, aquelas indicadas pela defesa. Entrementes, para viabilizar a instrução processual, ressalva explicitamente a ordem ritual, com o apontamento do art. 222 do CPP. 2. A prescindibilidade de observância da ordem ordinária da ouvida de testemunhas que estejam fora da competência territorial do juízo é, pois, corolário do impedimento legal de suspensão da instrução processual, por ocasião da expedição de carta precatória ou rogatória (CPP, arts. 222, § 1º, e 222-A, parágrafo único). **Outrossim, em consonância com essa premissa e em homenagem ao princípio da razoável duração da prestação jurisdicional, o magistrado pode dar prosseguimento na instrução com a ouvida das demais testemunhas, até, inclusive, sentenciar, malgrado ainda pendente a devolução da carta pelo juízo**

deprecado, caso ultrapassado o prazo marcado pelo juízo deprecante para o seu cumprimento, nos termos do § 2º do art. 222 do CPP. Precedentes. 3. Esta Corte Superior de Justiça consolidou jurisprudência no sentido de que não configura nulidade a inversão da ouvida de testemunhas de acusação e de defesa, quando a inquirição for feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal. Entendimento que, mutatis mutandis, deve ser aplicado no caso em exame. 4. Não se pode olvidar que a vítima não pode ser considerada testemunha, contudo, a sistemática processual de sua ouvida pode e deve ser a ela equiparada neste aspecto. Lembrando, ainda, que, embora de grande valia probatória o depoimento do ofendido não se faz imprescindível (art. 201 do CPP). 5. Recurso ordinário desprovido. (RHC 74.223/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 03/03/2017 - Grifo Nosso).

No caso dos autos, foi expedida carta precatória para oitiva da testemunha de defesa, porém devolvida por insuficiência de endereço (fl. 174). Após, foi expedida nova carta precatória (fl. 177), no entanto, após expiração do prazo para cumprimento, o magistrado prosseguiu com o feito (fl. 184). Posteriormente, foi devolvida a carta precatória, novamente, por insuficiência de endereço (fl. 212).

Nesse contexto, "é dever da parte a correta indicação do endereço da testemunha com a qual pretende comprovar as respectivas alegações. Não há nulidade se a testemunha não foi localizada nos locais indicados pela defesa técnica do acusado" (STF, HC 96764, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 08/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012).

Ressalte-se, ainda, que foi consignado que oitiva da referida testemunha não seria capaz de alterar a substância do édito condenatório, que estava apoiado em várias outras provas testemunhais e documentais.

Quanto à dosimetria, para exasperação da pena-base estabelecida na sentença condenatória e mantida pelo Tribunal de origem, o magistrado singular utilizou a seguinte fundamentação (fls. 290/291):

a) verifico que o Acusado agiu com culpabilidade reprovável, inclusive extrapolando a censura imposta pelo tipo penal incriminador. tendo em vista que para apropriar indevidamente de dinheiro público utilizou-se do regular expediente administrativo, maquiando a transparência e licitude do ato, emitindo-se nota de empenho, ordem de pagamento e cheque nominal a ele mesmo fls. 16/18

e 92). agindo o réu de forma afrontosa, na certeza de sua impunidade quanto à prática do delito:

(...)

f) as circunstâncias do crime são negativas, pelo que acolho os argumentos lançados pelo Ministério Público em alegações finais, pois o Acusado agiu de forma arдил, ao utilizar de "notas frias" que não condiziam com a realidade da obrigação de despesa, ressaltando que a fiscalização da veracidade dos documentos que embasavam o pedido de diária era feito pelo próprio Réu;

g) as conseqüências do crime também são desfavoráveis, visto que o Acusado praticou o delito na condição de vereador, quebrando a confiança em relação ao mandato a ele conferido pelo povo, trazendo a sensação de descrédito dos órgãos políticos perante a sociedade, constituindo argumento necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, esclarecendo que a circunstância do Réu ter sido eleito pelo povo não configura elementar do delito de peculato, nem incide em bis in idem em relação a causa de aumento prevista no § 2º do artigo 327 do Código Penal, pois a finalidade deste agravamento de pena decorre da função de direção da Administração Direta;

Assim, as instâncias ordinárias apontaram elementos concretos para justificar a exasperação da pena-base, o que impede a revisão da dosimetria por esta Corte.

A propósito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TIPICIDADE. ELEMENTOS DO TIPO PENAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECONHECIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO PARA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS ULTRAPASSAM AS CARACTERÍSTICAS ÍNSITAS AO TIPO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. SÚMULA 568/STJ. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE. VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS DIVERSAS DA UTILIZADAS NA PRIMEIRA FASE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARREPENDIMENTO EFICAZ. VOLUNTARIEDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

IV - A dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade

vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal. V - Na situação destes autos, a exasperação das penas na primeira fase da dosimetria está, de fato, fundamentada, tendo em vista que a apreciação negativa dos vetores (culpabilidade, consequência do crime e circunstâncias do delito) revelou que as condutas praticadas pelos agentes ultrapassaram as características ínsitas aos tipos penais. Dessa forma, o acórdão da origem consignou expressamente os motivos que acarretaram a exasperação da pena-base, não havendo tampouco desproporcionalidade no acréscimo. Precedentes.

(...)

(AgRg no AREsp 1404659/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019)

A jurisprudência desta Corte destaca que "a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC 408.193/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017).

Ainda, "o fato de o delito de peculato ter sido praticado por um agente político (vereador), no exercício da legislatura, a quem o eleitor depositou confiança, esperando, assim, a lisura de sua atuação, demonstra especial reprovabilidade da conduta, a justificar o incremento da pena pela acentuada culpabilidade" (HC 418.919/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator