

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.321 - ES (2019/0369084-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI  
**AGRAVANTE** : CLERISMAR LYRIO  
**ADVOGADOS** : RENAN SALES VANDERLEI - ES015452  
NAIARA NUNES LOUREIRO DE ARAÚJO - ES023765  
JAMILLY PACHECO MOREIRA FAVATO - ES026122  
MENARA COUTINHO CARLOS DE SOUZA - ES029670  
CAROLINE ZAMBON MORAES - ES030672  
**AGRAVANTE** : MARIA JULIA ROSA CHAVES DEPTULSKI  
**ADVOGADOS** : SEBASTIÃO RIVELINO DE SOUZA AMARAL - ES008963  
MARCIO AZEVEDO SCHNEIDER - ES016291  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**DECISÃO**

Trata-se de agravo em recurso especial de LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI e CLERISMAR LYRIO em desfavor de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que as rés foram condenadas às penas do art. 312 (peculato) c/c art. 71 (crime continuado), ambos do Código Penal, em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa, a serem cumpridas no regime inicial semiaberto.

O recurso da defesa foi desprovido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, por acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 4014):

*APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO. CONTINUIDADE DELITIVA. DO RECURSO INTERPOSTO POR MARIA JÚLIA ROSA CHAVES DEPTULSKI, LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI E CLERISMAR LYRIO: (I) DECLARAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, POR VIOLAÇÃO AO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. (II) REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. (III) DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA, ANTE A ILEGALIDADE DAS PROVAS COLHIDAS, CONSIDERANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. (IV) DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, BEM COMO EM DECORRÊNCIA DA*

INEXISTÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO IPSIS LITTERIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. (V) DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL OFICIAL. IMPOSSIBILIDADE. (VI) MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (VII) SUBSIDIARIAMENTE, PUGNA PELA REDUÇÃO DA PENA -BASE PARA O MÍNIMO LEGAL COMINADO. IMPOSSIBILIDADE. (VIII) DECOTE DA MAJORANTE ALUSIVA AO CRIME CONTINUADO, OU QUE SEJA APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). IMPOSSIBILIDADE. (IX) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, OU O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL: (I) CONDENAÇÃO DE MARIA JÚLIA ROSA CHAVES DEPTULSKI, LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI E CLERISMAR LYRIO, DE FORMA AUTÔNOMA PELOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 299 E 304 DO CÓDIGO PENAL BEM COMO NOS TERMOS DO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. (II) CONDENAÇÃO DE CARLOS MAGNO FACHETTI, FABÍOLA KARLA FACHETTI CRISTO, ADRIANA CAETANO PARPAIOLA, ANDRÉIA RODRIGUES CAETANO E ROBSON CAETANO POR TODOS OS CRIMES DELINEADOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores segue no sentido de que irregularidades acerca da denúncia são superadas em razão da superveniência de sentença condenatória, pronunciamento judicial de natureza exauriente que aprecia o mérito da persecução criminal, evidenciando que a inicial acusatória é apta, atende aos requisitos legais e encontra-se imbuída de justa causa.

2. O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos os Advogados, sem prejuízo da possibilidade do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14).

3. A degravação integral das interceptações não é imprescindível, podendo, ademais, ser dispensada, desde que as partes tenham possibilidade de analisar as mídias que compõe o procedimento.

4. Eventualmente, o agente público encarregado de transcrever os diálogos necessita operar alguma correção linguística, considerando as peculiaridades da linguagem empregada pelos sujeitos investigados, sem que isso signifique, necessariamente, que ele tenha alterado ou distorcido o conteúdo dos diálogos.

5. A perícia contábil realizada pelo Ministério Público, na

*fase extraprocessual, é perfeitamente válida, uma vez que, embora se trate de uma prova obtida unilateralmente, possui natureza documental e foi produzida por servidores públicos no legítimo exercício das suas atribuições, praticando atos sobre os quais recaem os atributos da presunção de veracidade e legitimidade, em nenhum momento infirmada pelas defesas, que teve a possibilidade de contraditá-la em juízo, em evidente exercício do contraditório diferido ou postergado.*

*6. Considerando os elementos probatórios delineados nos autos, resta sobejamente comprovado que as Recorrentes arquitetaram e executaram o desvio de dinheiro público, tendo cometido, pois, o delito de peculato, previsto no artigo 312 do Código Penal.*

*7. É irrelevante, do ponto de vista técnico, que o crime -meio tenha sido praticado em momento posterior ao crime fim, conquanto perpetrado específica e unicamente para viabilizar o objetivo criminoso principal.*

*8. In casa, os atos materiais de falsidade ideológica e documental, mesmo quando praticados após a obtenção da vantagem ilícita, se destinavam a justificar as fraudes perpetradas, caracterizando-se, desta forma, com verdadeiro veículo para a consecução do crime -fim, então pretendido originalmente, ensejando a ocorrência do fenômeno a bso divo.*

*9. A redação do art. 288 do CP, vigente à época dos fatos (antes do advento da Lei n.º 12.850 de 2013), exigia a associação de no mínimo 04 (quatro) pessoas para a configuração do tipo penal, sendo, portanto, mais favorável as acusadas, devendo ser aplicada em razão da chamada ultratividade benéfica.*

*10. Em vista que o insigne Julgador proferiu sentença condenando apenas 03 (três) pessoas, não lhe restou opção, a não ser absolvê-las do crime tipificado no artigo 288 do Código Penal (antiga redação).*

*11. Muito embora alguns dos denunciados tenham percebido valores oriundos da Entidade investigada, na condição de prestadores de serviços, à míngua de provas acerca da ilicitude dos recebimentos, inviável a sua condenação, uma vez se tratar de ônus do qual não se desincumbiu a acusação.*

*12. Quanto ao núcleo contábil então denunciado, não se observa qualquer prova de sua participação no esquema de desvio de recursos públicos, uma vez que, ao que tudo indica, eles apenas redigiam formalmente os RPA's e cuidavam da prestação de contas com base nos dados que lhes eram fornecidos pela associação.*

*13. Obviamente, cada desvio de verbas realizado configura um crime de peculato, de modo que, uma vez praticadas várias condutas dessa natureza, nas condições previstas no art. 71 do CP, há de ser reconhecido o instituto da continuidade delitiva, cuja fração será aplicada em seu patamar máximo, considerando o alto volume de crimes perpetrados.*

*14. Analisando a dosimetria realizada, percebe-se que foram consideradas em desfavor das acusadas as vetoriais atinentes à*

*culpabilidade e às circunstâncias, as quais foram devidamente fundamentadas com base em elementos concretos, extraídos dos autos.*

*15. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante ao não preenchimento dos requisitos contidos no art. 44 do CR 16. Ainda que realizado o desconto da fração atinente ao crime continuado para fins de cálculo do prazo prescricional, nos termos da Súmula n.º 497 do Supremo Tribunal Federal, este não transcorreu entre nenhum dos marcos interruptivos, previstos no artigo 117 do Código Penal.*

*17. Recurso a que se nega provimento.*

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (e-STJ, fls. 4142/4149).

Na petição de recurso especial de LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI e CLERISMAR LYRIO (e-STJ, fls. 4152/4159), a parte alega que todas as elementares utilizadas para aumentar a pena-base pertencem ao tipo penal.

Sustenta violação ao art. 59, do Código Penal.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial de LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI E CLERISMAR LYRIO, às fls. 4207/4209, afirmando que se encontra presente o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial de MARIA JULIA ROSA CHAVES DEPTULSK, às fls. 4210/4217, afirmando que se encontram presentes os óbices das Súmulas n. 284/STF e n. 7 e n. 83/STJ.

Agravo em recurso especial de LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI e CLERISMAR LYRIO, às fls. 4229/4238.

Agravo em recurso especial de MARIA JULIA ROSA CHAVES DEPTULSKI às fls. 4240/4252.

Contraminuta aos agravos em recurso especial às fls. 4282/4287; 4288/4295.

Parecer ministerial pugnando pelo não provimento dos agravos (e-STJ, fls. 4451/4453.

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo eis que tempestivo e impugnou o fundamento da decisão recorrida.

Passo à análise do recurso especial.

Não merece provimento a pretensão recursal.

A parte recorrente requer que seja revista a pena-base fixada.

Quanto ao tema, o Tribunal de origem destacou (e-STJ, fl. 4054):

*Analizando a dosimetria realizada, percebe-se que foram consideradas em desfavor das acusadas as vetoriais atinentes à culpabilidade e às circunstâncias, as quais foram devidamente fundamentadas com base em elementos concretos extraídos dos autos. Não há dúvidas de que a culpabilidade das acusadas excedeu o grau normal previsto para o tipo.*

*MARIA JULIA ROSA CHAVES DEPTULSKI, conforme consignado na sentença, "era Secretária Municipal à época dos fatos e traiu a confiança em si depositada pelos munícipes, desviando em seu proveito verba que deveria ser empregada na assistência aos necessitados, da cidade, especificamente na proteção a crianças e adolescentes, aos quais a CF/88 estabelece prioridade de amparo e políticas - públicas." Por sua vez, LENIZE LILIA TOZZI FACHETTI, conforme esclarecido na fundamentação, "era mandatária da Associação Damas de Caridade à época dos fatos e, mesmo na função de diretora da instituição, responsável por zelar pelo correto emprego da verba pública, apropriou-se de verba que deveria ter sido empregada na proteção a crianças e adolescentes, aos quais a CF/88 estabelece prioridade de amparo e políticas públicas." Da mesma forma, a conduta da acusada CLERISMAR LYRIO excedeu o grau normal de reprovação, já que "era superintendente da Secretaria Municipal de Assistência Social" à época dos fatos e, mesmo nesta relevante função, responsável por zelar pelo correto emprego da verba pública, traiu a confiança em si depositada pelos munícipes e apropriou-se de verba que deveria ter sido empregada na proteção a crianças e adolescentes, aos quais a CF/88 estabelece prioridade de amparo e políticas públicas." As circunstâncias do delito, comuns a todas as Rés, foram notadamente graves, posto que "para o crime foram utilizados e elaborados dezenas de documentos falsos (RPA's e cheques nominais), tudo para dificultar o controle e fiscalização dos gastos; ilícitos pelo Município quando da prestação de contas, fato só não punível como crime autônomo pelo princípio da consunção." Assim a exasperação da pena -base em apenas 02 (dois) anos e 06 (seis) meses, uma vez que devidamente motivada, revelam-se proporcionais ao caso em testilha devendo ser mantidas.*

Com efeito, a instância primeva fixou a pena recorrida com base em elementos concretos devidamente justificados, que desbordam o tipo penal fixado, não cabendo revisão por esta Corte Superior diante do necessário reexame fático-probatório dos autos, obstado pela Súmula n. 7/STJ.

Neste sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. ART. 384 DO CPP. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*(...)*

*3. Havendo fundamentação concreta para o aumento da pena-base, a revelar maior reprovabilidade da conduta, não há falar em violação das regras atinentes ao cálculo da pena-base.*

*4. Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp 1237162/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020)*

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator