

**Peculato - Crime próprio - Advogado - Prestação de serviços - Contrato com o município - Funcionário público - Equiparação - Apropriação de valor público - Honorários advocatícios - Exercício regular de direito não caracterizado - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões - Inadmissibilidade - Condenação - Procedimento especial - Inobservância - Nulidade não configurada**

Ementa: Peculato. Rito processual. Inobservância. Nulidade inexistente. Contrato de prestação de serviços. Advogado. Cobrança de tributos municipais. Função pública caracterizada. Retenção de valores. Exercício regular de um direito e exercício arbitrário das próprias razões. Situações não verificadas.

- A eventual inobservância do rito processual apropriado é irregularidade que não conduz à sua nulidade, visto que, adotado o rito ordinário, não se verificou qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, em face do disposto no art. 563 do CPP, consagrado no brocardo: *pas de nullité sans grief*.

- O advogado, que é contratado pelo município para efetivar a cobrança de tributos atrasados, exerce função pública, pelo que, aos efeitos penais, é equiparado a funcionário público, a teor do art. 327 do CP.

- Demonstrado que os valores apropriados pelo acusado pertencem ao município e não espelham os alegados honorários advocatícios, resulta que tal apropriação é ilícita e afasta a alegação do exercício regular de um direito e do uso arbitrário das próprias razões.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0144.03.000925-8/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Apelante: João Salustiano Magalhães - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de julho de 2008. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Registro, de início, ter recebido e lido o memorial enviado pelo Dr. Felipe Fagundes Cândido. Determinei sua juntada aos autos.

Cuida-se de apelação intentada por João Salustiano Magalhães contra sentença que julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando-o a cumprir a pena de dois anos e seis meses de reclusão, em regime aberto, além de pagar vinte dias-multa, por incurso no art. 312, *caput*, do CP. O acusado foi beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes no pagamento de pecúnia e na prestação de serviços à comunidade.

As razões recursais das partes e o pronunciamento da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explanados, sinteticamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por submeter-se aos seus pressupostos de admissibilidade.

Em preliminar, o apelante aponta a nulidade do processo, pois o seu trâmite rege-se por rito especial, obedecendo-se o disposto nos arts. 513/518 do CPP. Assim, a inobservância de quaisquer das exigências neles estabelecidas vicia o processo, especialmente o que dispõe o art. 514 do aludido Código. Nesse sentido, afirma que a nulidade apontada tem natureza absoluta e foi argüida em tempo oportuno, por isso deverá ser decretada por este Tribunal.

À minha ótica, embora seja correto que o presente feito deveria ter sido impulsionado no rito previsto nos arts. 513/518 do CPP, essa irregularidade não conduz à sua nulidade, pois, ao ser adotado o rito ordinário, nenhuma ofensa houve ao princípio constitucional da ampla defesa. Essa circunstância atrai o disposto no art. 563 do CPP, que consagra o princípio insculpido no brocardo: *pas de nullité sans grief*.

A propósito, leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

Negando o excesso de formalismo, estabeleceu o sistema da prevalência dos impedimentos de declaração ou argüição das nulidades. Seu princípio básico é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não existe nulidade desde que da preterição da forma legal não resulta prejuízo para uma das partes. (*Processo Penal*, 8. ed., Atlas, 1998, p. 593).

Outrossim, registre-se que a providência do art. 514 do CPP se revela desnecessária quando o processo é precedido por inquérito policial. É o entendimento solidificado nos Tribunais pátrios, conforme demonstra Alberto Vilas Boas, *verbis*:

A formalidade do art. 514 do CPP, de outra parte, é de ser observada, quando é instruída com documentos ou justificação a que se refere o art. 513 do mesmo diploma legal, sendo dispensável no caso de a denúncia basear-se em inquérito policial (HC nº 70.536-7-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 28.09.93, DJU de 03.12.93) (*Código de Processo Penal anotado e interpretado*, Ed. Del Rey, 1999, p. 419).

Por conseguinte, rejeita-se a preliminar em epígrafe.

No âmbito meritório, o apelante aduz que a sua conduta é penalmente atípica, visto que ficou com o numerário como pagamento dos seus honorários advocatícios oriundos do contrato de prestação de serviços pactuado com a Prefeitura Municipal de Carmo do Rio Claro. Essa situação fática, a seu ver, é demonstrativa da ausência de dolo no seu ato, pelo que não se há de falar na prática do crime de peculato. Nesse sentido, assevera que não é ilícita a sua posse do numerário da referida prefeitura, pois originária do exercício regular de um direito, a teor do art. 23, III, do CP. Ademais, considera ser plenamente aplicável na espécie vertente a discriminante putativa definida no art. 20, § 1º, do CP, visto que

as circunstâncias envolvidas do caso concreto o convenceram de estar praticando ato idôneo, o que gera a sua absolvição ou, pelo menos, responder só pela culpa.

Da devida análise do espectro probatório laborado no feito, infiro que o apelante apropriou-se, conscientemente, do dinheiro da Prefeitura Municipal de Carmo do Rio Claro, conforme ele próprio afirmou no seu interrogatório de f. 146, o que é confirmado pelo depoimento da testemunha Cesário Maldini Neto à f. 275. Dessarte, patenteia-se inequívoco o intento livre e consciente do apelante em apossar-se do dinheiro da aludida municipalidade, ou seja, presente é o dolo do apelante no ato focalizado.

No que concerne às discriminantes delineadas no art. 20, § 1º, e no art. 23, III, do CP, vislumbro que não são aplicáveis na espécie vertente, porquanto o apelante, como profissional do Direito, sabia que não podia assenhorar-se da res pública ao seu exclusivo alvedrio, pelo que se extrai do art. 101 do Código Civil. Além disso, tenho que o apelante não provou que o dinheiro retido espelhava exatamente a verba honorária que lhe era devida pela referida pessoa jurídica de direito público interno. Ao contrário, a cópia da sentença de f. 184/193, exarada na ação de prestação de contas havidas entre eles, demonstrou que os valores retidos pelo apelante não se referiam aos seus honorários, logo verifica-se que não estava exercitando um direito seu. Também ficou demonstrado que o apelante foi instado a devolver ao erário municipal os valores recebidos dos contribuintes, mas se recusou a fazê-lo, conforme narrado pela testemunha Valdirene das Graças Ribeiro (f. 263), fatos estes que retiram qualquer justificativa ao pleito do apelante em apossar-se do mencionado numerário. Assim, infere-se que o apelante não se beneficia das supramencionadas discriminantes.

Lado outro, o apelante, sustenta estar ausente um dos elementos do tipo penal, o qual se espelha na sua não-condição de funcionário público, pois apenas prestava serviços advocatícios a um ente público, por meio de um contrato específico, sem nenhuma relação empregatícia entre ambos. Logo, considera estar afastada a incidência do art. 312 do CP no caso dos autos, a gerar a improcedência da denúncia.

Essa questão, ao meu aviso, é deslindada pelo art. 327, *caput*, do CP, cujo texto estabelece:

Considera-se funcionário, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

O alcance dessa norma legal é dado pela lição de Celso Delmanto, *verbatim*:

Conceituação: Para efeitos penais, o conceito de funcionário público é diverso do que lhe dá o Direito Administrativo. Para o CP, é funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Para a caracterização, portanto, é desnecessária a permanência ou remuneração pelo Estado. Além de cargo

ou emprego, a lei menciona função pública, com o que 'quis deixar claro que basta o simples exercício de uma função pública para caracterizar, para os efeitos penais, o funcionário público' (H. Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, 1979, II/nº 250). Assim, ainda que a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará incluída no conceito penal de funcionário público, desde que exerça de algum modo função pública. Para fins penais, são funcionários públicos: o Presidente da República, do Congresso, dos Tribunais, os senadores, deputados, os vereadores, os jurados (CPP, art. 438); os serventuários da justiça; as pessoas contratadas, diaristas ou extranumerárias etc. (*Código Penal comentado*, 3. ed., Ed. Renovar, p. 492/493).

*In casu*, emerge da cláusula primeira do contrato de prestação de serviços de f. 24/31 que o apelante foi contratado pelo Prefeito Municipal de Carmo do Rio Claro com a finalidade de cobrar, judicial ou extrajudicialmente, os tributos devidos pelos munícipes inadimplentes. Ora, essa cobrança dos tributos atrasados pelo apelante é, a toda evidência, o exercício de uma função pública, porquanto é múnus do referido município efetivar tal cobrança. Dessarte, conclui-se que o apelante na hipótese processada está equiparado ao funcionário público para efeitos penais, sendo decorrência que se sujeita às penas do art. 312 do CP.

Por fim, o apelante pretende a desclassificação da sua conduta àquela prescrita no art. 345 do CP, em face de se apropriar do dinheiro da municipalidade para satisfazer o seu legítimo direito oriundo de um contrato de prestação de serviços.

O ato do apelante sob foco desbordou os limites do mencionado contrato de prestação de serviços, pois, como visto acima, os valores apropriados por ele pertenciam ao Município de Carmo do Rio Claro e não poderiam ser tidos como os seus honorários advocatícios.

A convicção supra-expendida encontra ressonância na perspicaz observação do preclaro Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Lima de Souza, ora transcrita:

O mesmo se diga da pretensão desclassificatória, incabível na espécie. As normas contratuais não deixavam dúvidas sobre os direitos do apelante que, contrariando-as, apropriou-se, indevidamente, dos valores pertencentes ao município (f. 410).

Ante o exposto, nego provimento ao apelo em apreço.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e WALTER PINTO DA ROCHA.

**Súmula** - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

• • •