

HABEAS CORPUS - CRIME DE PECULATO-FURTO (§ 1º DO ART. 312 DO CP) - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - CONDIÇÃO ELEMENTAR DO TIPO - COMUNICAÇÃO AO PARTICULAR, CO-AUTOR DO DELITO (ART. 30 DO CP) - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA: IMPOSSIBILIDADE

- O particular pode figurar como co-autor do crime descrito no § 1º do art. 312 do Código Penal (Peculato-furto). Isto porque, nos termos do artigo 30 do CP, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

- Se a condição de funcionário público é elementar do tipo descrito no artigo 312 do Código Penal, esta é de se comunicar ao co-autor (particular), desde que ciente este da condição funcional do autor. Precedentes: *HC 74.588*, Relator o Ministro Ilmar Galvão; e *HC 70.610*, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

- A firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repele a alegação de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Precedentes: *HC 88.087*, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; *HC 82.155*, Relatora a Ministra Ellen Gracie; *HC 83.458* e *RHC 86.950*. Relator o Ministro Joaquim Barbosa; *RHC 76.153*, Relator o Ministro Ilmar Galvão; entre outros.

- *Habeas corpus* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 90.337-1/SP - Relator: Ministro CARLOS BRITTO

Paciente: Vagner Sarro. Impetrante: Cláudio A. Salgado. Coatores: Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo; Relator do *HC* nº 37.568 do Superior Tribunal de Justiça.

Brasília-DF, 19 de junho de 2007. -
Carlos Ayres Britto - Relator.

Relatório

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

O Senhor Ministro Carlos Ayres Britto (*Relator*) - Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Decisão que, ao denegar a ordem ali impetrada, afastou a ocorrência de prescrição antecipada (ou em perspectiva) e entendeu que o particular (comerciante) pode ser co-autor do crime de peculato (§ 1º do art. 312, combinado com o art. 30 do CP).

2. Pois bem, o impetrante sustenta não haver justa causa para a acusação de peculato contra o paciente, por absoluta ausência de provas. Argumenta que a empresa administrada pelo paciente ainda vende mercadorias à Sabesp, a demonstrar, portanto, que, se houvesse alguma ilegalidade nos procedimentos de venda, a referida sociedade sofreria descrédito. O que não aconteceu.

3. Por outra volta, argúi o impetrante a ocorrência da prescrição em perspectiva. Informa que os fatos narrados na denúncia ocorreram em maio de 1999 e o inquérito que visava à apuração desses mesmos fatos tramitou durante mais de quatro anos e quatro meses. Aduz que a pena mínima, cominada em abstrato pelo crime de peculato é de 2 (dois) anos de reclusão, podendo chegar ao máximo de 12 (doze) anos, e multa.

4. Diante disso, entende que eventual sentença penal condenatória resultaria em pena máxima de 2 (dois) anos. Isto porque seria necessariamente descartado o crime continuado (art. 71 do CP) e também porque o acusado é primário, desempenha trabalho lícito no mesmo local há mais de 20 anos, tem residência fixa, possuindo família constituída (f. 13).

5. Presentes estas considerações, pontua a defesa pela aplicação do inciso V do art. 109 do Código Penal brasileiro. Dispositivo que estabelece o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, quando a pena é de, no máximo, um ano, e não excede a dois anos. Período de tempo (ou seja, de 4 anos) que já se escoou, considerada a data dos fatos e o recebimento da denúncia. Pelo que requer a extinção da punibilidade pela prescrição antecipada da pretensão punitiva estatal.

6. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Carlos Ayres Britto (*Relator*) - De saída, leio trechos da denúncia (f. 16/31):

(...)

Consta nos inclusos autos de inquérito policial que, no período entre os meses de maio e dezembro de 1999, conforme a seguir será explicitado, nesta Capital, o denunciado Marcelo Adriano Ferreira, funcionário público lotado no departamento de compras da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp, adrede concertado e agindo em concurso com os demais denunciados, subtraíram em proveito próprio e/ou alheio, as importâncias em dinheiro adiante especificadas, valendo-se o primeiro da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de funcionário.

Apurou-se que o denunciado Marcelo Adriano Ferreira era um dos integrantes do departamento de compras da Sabesp, sendo que, nos termos da lei, estava autorizado a empreender compras até o valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), solicitando, via fac-símile, pelo menos três orçamentos relativos ao produto a ser adquirido.

Valendo-se dessa liberdade, Marcelo Adriano, malgrado não tivesse a posse do dinheiro da empresa pública que servia, teve a idéia de subtraí-lo dos cofres da Sabesp valendo-se das facilidades proporcionadas pelo seu cargo.

Para tanto, irmanou-se a vários comerciantes desta Capital, aos quais propôs a fraude nos seguintes termos: os comerciantes encaminhariam à Sabesp propostas com os preços dos produtos superavaliados em até 2.250% (como aconteceu, por exemplo, na compra de escovas com cerdas de aço), sendo que haveria um rodízio de supostos vendedores e, posteriormente, o numerário atinente ao superfaturamento da mercadoria seria rateado entre Marcelo Adriano e o fictício vencedor da cotação de preços encenada. A negociata foi prontamente aceita pelos comerciantes denunciados.

Assim, pondo o plano em execução, Marcelo Adriano contactava os comerciantes envolvidos e lhes passava os preços que deveriam informar por meio de fac-símile, preços esses muito superiores àqueles cotados, não raras vezes, pelas mesmas empresas envolvidas, e consignados no Sistema Gerenciador de Licitações (SGL), que era uma espécie de lista de preços dos produtos rotineiramente adquiridos pela estatal e que deveria servir de parâmetro nas compras a serem empreendidas, como se vê em f. 448/478.

Outrossim, valendo-se da confiança que lhe era depositada pelos superiores hierárquicos, mesmo porque Marcelo Adriano gozava da reputação de ser um bom comprador, não teve problemas em encaminhar os processos de compras fraudulentos, ao final obtendo êxito na conclusão das aquisições e consequente liberação do numerário e subtração do dinheiro resultado da superavaliação das mercadorias.

(...)

Consigne-se que as subtrações fraudulentas somente foram descobertas, porque, no mês de dezembro de 1999, um *office boy* de uma das empresas envolvidas, insistentemente, pretendia entregar ao funcionário público Marcelo Adriano, em mãos, um envelope fechado, sendo que, em virtude da insistência de outro funcionário em receber e encaminhar o envelope àquele denunciado, o mensageiro acabou revelando que se tratava de um cheque, motivo porque tinha ordens para entregar o envelope apenas ao funcionário denunciado...

(...)

Ante o exposto, denuncia, como incursos no artigo 312, § 1º, combinado com os artigos 29 e 30, todos do Código Penal: Marcelo Adriano Ferreira (47 vezes, uma delas tentada), (...) Vagner Sarro [ora paciente] (10 vezes) (...), para que se instaure a ação penal...

8. Presente esta moldura, tenho que não há nenhum constrangimento ilegal a sanar. É que, em linha de princípio, o particular pode, sim, figurar como co-autor do crime descrito no § 1º do art. 312 do Código Penal (Peculato-furto). Nos termos do artigo 30 do CP, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

9. Ora bem, se a condição de funcionário público é elementar do tipo descrito no artigo 312 do Código Penal, tal condição é de “comunicar-se ao co-autor ou partícipe, desde que ele tenha conhecimento daquela condição pessoal do autor” (Celso Delmanto. *Código Penal comentado*, 6ª edição. Editora Renovar, página 66). Cumprindo referir que, no caso, não há dúvida de que o paciente tinha plena ciência da função pública exercida pelo co-denunciado (Ilação que não é contestada pela defesa e que

também é corroborada pela denúncia de f. 16/31. Denúncia que descreve, minudentemente, a participação da empresa Galassi Ltda. [que é administrada pelo paciente] em dez operações de venda de mercadorias superfaturadas).

10. Assentadas tais premissas, ponto que esse entendimento já foi perfilhado por esta Primeira Turma (HC 74.588 - Relator o Ministro Ilmar Galvão), ao decidir que “cometem peculato o serventário e o co-autor, mesmo que não tenha este a qualidade de funcionário público, que se apropria indevidamente do dinheiro recolhido a título de depósito judicial mediante falsificação de alvarás...”. Nessa mesma linha, foi que se decidiu no HC 70.610, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Oportunidade em que, frente à acusação do crime de peculato, deve haver “comunicação ao co-autor particular da condição de funcionário público para efeitos penais do *intransiens*, elementar do tipo Cpen., art. 30”.

11. Por outra volta, acentuo a incoerência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Isto porque a pena máxima cominada em abstrato para o crime de estelionato é de 12 anos, a significar um prazo prescricional de 16 (dezesesseis) anos, nos termos do inciso II do art. 109 do CP. Prazo, esse, que ainda não se escoou, dado que os fatos imputados ao paciente datam do ano de 1999. Mais: conforme assentou o Superior Tribunal de Justiça, “a afirmação de que o prazo prescricional será de 2 (dois), se a pena que o regula ainda não foi estabelecida, não passa de mera especulação” (f. 57).

12. Não bastasse, averbo que a jurisprudência desta colenda Corte repele a alegação de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Refiro-me, a título de amostragem, aos seguintes precedentes: HC 88.087, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; HC 82.155, Relatora a Ministra Ellen Gracie; HC 83.458 e RHC 86.950, Relator o Ministro Joaquim Barbosa; RHC 76.153, Relator o Ministro Ilmar Galvão; entre outros.

13. Por tudo quanto posto, acolho o parecer ministerial público e indefiro a ordem.

14. É como voto.

Extrato de ata _____

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. 1ª Turma, 19.06.2007.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Ricardo Dias Duarte - p/ Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 06.09.2007.)

-:-:-