

Jurisprudência da Corte Especial

AÇÃO PENAL N. 391-MS (2004/0166122-8)

Relator: Ministro José Delgado

Autor: Ministério Público Federal

Réu: José Ancelmo dos Santos

Advogados: Vladimir Rossi Lourenço e outros

Sustentação oral: José Eduardo Rangel de Alckimin, pelo Réu

EMENTA

Penal. Denúncia. Peculato-desvio. Rejeição.

1. Não se configura o delito de peculato-desvio quando o agente público destina verba pública para outro elemento que o determinado por lei.

2. Verba para o FUNDEF que foi emprestada ao Estado para resolver déficit de caixa.

3. Ausência de configuração do tipo previsto na parte final do art. 312 do CP

4. Denúncia rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, após a renovação da leitura do relatório, por unanimidade, rejeitar a denúncia, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Francisco Falcão e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro José Delgado, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Ministério Público Federal, em data de 19.11.2004, apresentou denúncia contra José Ancelmo dos Santos, exercendo, atualmente, as funções do cargo de Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, imputando-lhe infringência do art. 312, *caput*, 2ª parte, do Código Penal.

A referida peça é do teor seguinte (fls. 2/23):

“O Ministério Público Federal (MPF), pela Subprocuradora-Geral da República ao final assinada, designada pela Portaria PGR n. 61, de 26 de fevereiro de 2004 (DOU 27.02.2004, Seção 2, p. 45), para atuar em matéria criminal perante a Corte Especial, vem apresentar, com fundamento na CF — art. 105, I-a, c.c. a Lei n. 8.038/1990, art. 1º e ss., no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça — RISTJ, art. 217 e ss.,

1. o Sr. José Ancelmo dos Santos, brasileiro, casado, Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, ex-Secretário de Finanças, Orçamento e Planejamento (período de 31.03.1998 a 28.12.1998), RG 00119.8816 SSP-MS, CPF 012.202.841-49, residente à Rua Mar Cáspio, 158, Bairro Cachoeira, Campo Grande-MS, com endereço funcional no Parque dos Poderes, Bloco 29, Cep: 79031-902, Campo Grande (MS);

no Governo do Governador Sr. Wilson Barbosa Martins, ex-Governador do Estado do Mato Grosso do Sul (período de 1º.01.1995 a 1º.01.1999), maior de 70 (setenta) anos.

Os fatos ocorreram no ano de 1998, tendo em vista a possível prática de Crime de Peculato-desvio em relação à não transferência de recursos financeiros para a Conta Única e Específica do FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) — para possibilitar sua aplicação, de acordo com a Lei n. 9.424/1996, em consonância com o disposto no ADCT, art. 60, *caput*, §§ 1º e 2º, c.c. o art. 212, *caput*, da CF [não tendo havido complementação de recursos pela União, *ex vi* do § 3º do art. 60 do ADCT] — entrando, indevidamente, os recursos no caixa do Tesouro do Estado do Mato Grosso do Sul (FUNDEF: Estados e Municípios).

Os fatos apreciados constam dos autos do Ministério Público Federal — Procuradoria Geral da República n. 1.00.000.009138/2001-16 (Autuado em



14.11.2001, 13:55), trazidos com o Ofício n. 113/2004 MPF-PR-MS-TC-RNBM, de 28.06.2004, em razão do Despacho (de fls. 30/31) do Procurador da República Ruy Nestor Bastos Meio (de 09.06.2004). Pelo Despacho de fls. 30/32, a solicitação de informações sobre a adoção de medidas de responsabilização dos envolvidos.

Em face do termo de declaração — do Sr. José Ancelmo dos Santos, a fls. 3/6, do Apenso I — foi feita pesquisa no *site* do Superior Tribunal de Justiça e no Sistema de Acompanhamento Processual da Procuradoria Geral da República, sendo encontrados: a Notícia-Crime n. 190-MS (Noticiados: José Ancelmo dos Santos e Nelson Barbosa Tavares) e o Inquérito n. 342-MS (Indiciados: José Ancelmo dos Santos, Plínio Soares Rocha, Jair Serratel Nogueira, Nelson Barbosa Tavares, Dioscoro de Souza Gomes Filho, Roberto Faustino Ney, Elizeu Tabosa e Wilson Barbosa Martins).

II - Da Conduta

Dispõe o Código Penal:

‘(...)

Art. 312. 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*:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

(...)’ (destacamos).

Consta dos autos, por fatos ocorridos em 1998, o desvio de recursos financeiros em favor do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul — pela não transferência direta para Conta Única e Específica dos recursos ao FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) — para a posterior aplicação dos mesmos, de acordo com a Lei n. 9.424/1996, em consonância com o disposto no ADCT, art. 60, *caput*, §§ 1º e 2º, c.c. o art. 212, *caput*, da CF [não tendo havido complementação de recursos pela União, *ex vi* do § 3º, do art. 60, do ADCT, no de 1998] (FUNDEF: Estados e Municípios).

Pela não transferência dos recursos, houve alteração da destinação econômica dos recursos financeiros. Atingida a Administração Pública, no seu duplo aspecto: o da moralidade administrativa e o do aspecto patrimonial. Independentemente do *animus*, da intenção de restituição dos valores, a conduta será apreciada.

No 'desvio' ou na 'distração' (CP — art. 312, *caput*, na apropriação-desvio), a utilização dos valores não exige, necessariamente, a intenção de não restituí-los, sendo a ocorrência do desvio na 'posse de administração, sem tal detenção'. Orientação doutrinária de acordo com J. de Magalhães Drummond, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1944, vol. 9 — arts. 250 a 361, p. 267/273 (270) [verbetes: 493, 494, 495, 496, 497, 498].

Em face do desvio ocorrido, pela não transferência do montante a integrar o Fundef, os limites de aplicação constitucionalmente fixados ficaram modificados em face da modificação da base para cálculo.

Procedida, assim, a distinção entre a aplicação de recursos financeiros do FUNDEF e a transferência de recursos para que pudessem ter aplicação, verifica-se, cf. o Relatório n. 22/1999 — do Estado do Mato Grosso do Sul — Auditoria Geral do Estado, firmado pelos Srs.: Solange de Fátima S. Martelli, Analista de Controle Interno; Luciene Esteves de Almeida, Analista de Controle Interno; e Aparecido Ferreira Rodrigues, Assessor II, em 1º.06.1999, aprovado pelo Sr. Almir Silva Paixão, Auditor-Geral do Estado em 14.06.1999, a fls. 156/179 (158):

'Dos Recursos — A Constituição Federal define que a União deve aplicar, anualmente, pelo menos 18% e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita que resulta de impostos, incluídas as transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 CF).

O FUNDEF é composto pelas seguintes fontes de recursos:

— Dos Estados e do Distrito Federal, 15% de cada uma das seguintes fontes: ICMS, FPE, QP e IPI. Exportação devida aos Estados e Lei Complementar n. 87/1996.

— Dos Municípios, 15% de cada uma das seguintes fontes: QP e ICMS transferida aos Municípios; FPM, QP e IPI. Exportação devida aos Municípios e Lei Complementar n. 87/1996.

Os recursos serão repassados automaticamente, para contas únicas específicas, dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculados ao Fundo, instituídas para este fim e mantidas no Banco do Brasil S/A, sendo essa a única forma de transferência prevista na Lei. Porém, R\$ 271.565.274,11, que representam aproximadamente 41% do total de ICMS (R\$ 652.640.439,88) arrecadado, não foram recolhidos e repassados automaticamente por estarem fora



da Planilha (Fita Magnética), como exemplo, citamos os recolhimentos efetuados fora do nosso Estado, através das GNRE (Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais). Sendo assim, 100% (cem por cento) desses pagamentos foram creditados diretamente na conta do Tesouro do Estado.

Somente quando chegam na Secretaria de Fazenda os documentos referentes aos recolhimentos desses impostos depositados na conta do Tesouro, é que são feitas as transferências para os Municípios e o FUNDEF através de TB's (Transferências Bancárias), que é o meio usado para contabilizar e legalizar os repasses dos valores não transferidos a eles. Sendo assim, existem 2 (duas) formas de repasses para os Municípios e o FUNDEF, uma realizada automaticamente e outra através de TB's. Vale ressaltar que esta última forma de repasse levou o Estado a contrair uma dívida de R\$ 22.797.444, 68, em vista das manipulações nas transferências bancárias efetuadas pelo Tesouro do Estado.

(...)'.

Assim agindo, consideramos haja o Denunciado infringido o art. 312, *caput*, do CP, na modalidade Peculato-desvio.

A não transferência de recursos para a Conta única e Específica importou em desvio dos valores em proveito alheio, alheia à sua destinação — ao Tesouro do Estado — para sua posterior aplicação.

Assim, entende-se, conforme o termo de declarações do Sr. José Ancelmo dos Santos, como Secretário de Finanças, Orçamento e Planejamento no período de 31.03.1998 a 28.12.1998, quando, *verbis*:

'(...)

16. Existiram outras transferências similares a essa?

Houve alguns problemas com relação ao FUNDEF?"

A declaração se encontra relacionada com o desvio de recursos da Secretaria de Saúde do Estado da verba do Convênio n. 1100/1997.

(...)'.

O acima nominado exercia à época dos fatos cargo relacionado ao gerenciamento dos recursos orçamentários no Estado.

Não há excludente de ilicitude, a despeito da Lei Estadual n. 1.182, de 16 de julho de 1991, cuja Ementa: 'Dispõe sobre a execução das normas

constitucionais que obrigam o Estado e os Municípios a aplicarem percentuais mínimos da Receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino', com a previsão no § 4º:

'Art. 4º (...)

§ 4º As diferenças entre a receita e a despesa prevista e as efetivamente realizadas que resultem no não atendimento dos percentuais mínimos obrigatórios serão apuradas e corrigidas no último trimestre do exercício e, ainda havendo ao seu término, diferença, esta será compensada no exercício seguinte.

(...)'.

Por sua vez, a Lei n. 9.846/1999, que: 'Estabelece critérios para a concessão de empréstimo, pela União, aos Estados e ao Distrito Federal, destinado ao ressarcimento parcial das perdas decorrentes da aplicação da Lei n. 9.424, de 24 de dezembro de 1996'; nem a Lei n. 10.966/2004, que: 'Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País', trouxeram descriminalização de condutas.

Os dados do Relatório n. 22, a seguir transcritos, demonstram os fatos tidos por criminosos.

Verifica-se pelo Relatório n. 22/1999, da Auditoria Geral do Estado a fls. 156/179 (159/164):

Relatório n. 22/1999

Das Transferências dos Recursos

Para a tarefa de demonstrar os valores que realmente deixaram de ser repassados para o FUNDEF e aos Municípios durante o ano de 1998, iniciamos nosso trabalho discriminando todos os recursos que constituíram suas receitas. Para tanto, levantamos minuciosamente todos os dados juntos ao Tesouro do Estado-MS e Ministério da Educação/Brasília-DF (Via Internet, Telefone e Fax).

Assim, identificados os recursos, apresentamos abaixo esquemas esclarecedores para evidenciar de modo sistemático todas as operações realizadas sobre os valores repassados ao FUNDEF e aos Municípios, proporcionando desta forma, uma melhor visualização e principalmente o efeito de tais operações sobre o endividamento do Estado para com o FUNDEF e Municípios ao longo de 1998.



Impostos e Transferências Constitucionais

	Total arrecadado (em R\$)	Valor que deveria ser repassado efetivamente ao FUNDEF - 1998 (em R\$)	Valor repassado ao FUNDEF até dez./98 (em R\$)	Valor devido ao Fundef em dez./98 (em R\$)
Estado (ICMS, FPE, JPI-Exp, ICMS Desoneração)	691.018.449,28	103.652.767,39	92.124.235,57	11.528.531,82
Municípios (ICMS, FPM, JPI-Exp, ICMS Desoneração)	369.542.846,16	55.431.426,92	61.588.583,18	3.842.843,74
Total dos Impostos e Transf. Const.	1.060.561.295,44	159.084.194,31	143.712.818,75	15.371.375,56

(*) O valor devido refere-se apenas ao repasse de ICMS

	Total arrecadado (em R\$)	Valor que deveria ser repassado efetivamente ao FUNDEF - 1998 (15%) (em R\$)	Valor repassado ao FUNDEF até dez./98 (em R\$)	Valor devido ao FUNDEF (Estado e Município) 1998 - Governo passado (em R\$)
Estado (75%)	489.480.348,71	73.422.052,30	61.893.509,84	11.528.542,46
Municípios (25%)	163.160.091,17	24.474.013,68	20.631.169,93	3.842.843,75
Total do ICMS	652.640.439,88	97.896.065,98	82.524.679,77	15.371.386,21

Com a finalidade de estabelecer um esquema que fornecesse informações amplas e minuciosas sobre a dívida do Estado (ICMS-Municípios/FUNDEF), informamos que o valor total da Quota-parte do ICMS/1998 devido aos Municípios, proveniente do percentual fixado por lei, é de R\$ 163.160.091,17, o qual deixou de ser repassado integralmente pelo Tesouro do Estado ao longo do ano de 1998. De posse do valor que realmente foi repassado aos Municípios (R\$ 151.890.178,31), constatamos que durante o ano de 1998 foi transferido indevidamente aos Municípios o valor R\$ 2.152.356,82 em detrimento ao FUNDEF. Sendo assim, resta-nos demonstrar a forma que gerou o desvio que beneficiou diretamente os municípios e que modificou as regras na distribuição automática dos recursos previstos na lei da criação do FUNDEF.

Devemos ainda realçar que com essa interferência arbitrária, o FUNDEF deixou de obter parte dos meios necessários e indispensáveis para manter sua existência e, por conseguinte, cumprir sua finalidade social.

Demonstrativo dos Repasses de ICMS aos Municípios/FUNDEF

	Valor que deveria ser repassado efetivamente aos Municípios - 1998	Valor do ICMS repassado aos Municípios - 1998	FUNDEF (15%) que deveria ser repassado - 1998	Valor líquido do ICMS que deveria ser repassado aos Municípios
Valor repassado	163.160.091,17	151.890.178,31	22.783.526,75 (20.631.169,93)	129.106.651,56 (131.259.008,38)
Valor que deixou de ser repassado ao FUNDEF			2.152.356,82	
Valor do FUNDEF repassado aos Municípios indevidamente				2.152.356,82

Demonstrativo do Saldo de ICMS devido aos Municípios em 31.12.1998

		Repasso indevido do FUNDEF aos Municípios	Saldo de ICMS líquido devido aos Municípios em 1998
Saldo de ICMS devido aos Municípios	11.269.912,86		
Fundef (15%) ICMS devido aos Municípios	(1.690.486,92) 9.579.425,94	2.152.356,82	7.427.069,12

Registrados anteriormente os acontecimentos ocorridos com relação à incorreta distribuição de transferências dos recursos destinados aos Municípios e ao ensino fundamental, informamos com segurança que não houve qualquer acompanhamento, controle e fiscalização de recursos financeiros destinados a eles, provenientes de receitas específicas previstas na lei. Em razão disso, o quadro abaixo demonstra claramente que o endividamento do Estado com os Municípios e o FUNDEF, em 31.12.1998, representou um valor expressivo.



Resumo da Dívida do Estado com os Municípios (ICMS) e FUNDEF (Estado/Municípios)

Em Dezembro de 1998

	ICMS	FUNDEF	Total Geral
Municípios	7.427.069,12	3.842.843,74	
Estado		11.528.531,82	
Total	7.427.069,12	15.371.375,56	22.797.444,68

Reunidos todos os elementos necessários que possibilitaram identificar a dívida contraída pelo Governo passado junto ao FUNDEF/1998 (Estado e Municípios), em vista de transferências deficientes, demonstraremos a seguir que a situação atual da dívida com o FUNDEF/Estado só foi modificada e amenizada em janeiro deste ano, em razão da celebração de um Contrato de Empréstimo junto à União, por intermédio do Banco do Brasil.

Esse Contrato de Empréstimo foi assinado no dia 28.12.1998 (três dias antes de o então Governador deixar o cargo, contrariando o art. 59, § 2º do art. 1º da Lei n. 4.320/1964), com base nos termos da Medida Provisória n. 1.759-7, de 14 de dezembro de 1998, que estabeleceu critérios de concessão de empréstimos pela União, aos Estados e Distrito Federal, destinados ao ressarcimento parcial das perdas decorrentes da aplicação da Lei n. 9.424/1996. O valor pertinente ao débito com o FUNDEF/Estado (R\$ 11.528.531,82) foi amortizado em R\$ 9.503.100,00 (mesmo valor do empréstimo) que foram repassados ao FUNDEF/1998 (Estado), em janeiro deste ano, e mais um valor de R\$ 524.117,54, repassado em fevereiro de 1999, totalizando uma amortização de R\$ 10.027.217,54.

Obs: a dívida com o FUNDEF/1998 (Municípios), de R\$ 3.842.843,74, continua inalterada.

Situação Atual da Dívida do Estado com o FUNDEF/1998 (Estado e Município)

FUNDEF — Estado

	Total das receitas (ICMS, FPE, IPI-EXP - ICMS Desoneração)	Valor que deveria ser repassado efetivamente ao FUNDEF/98	Valor repassado ao FUNDEF/98 (ICMS, FPE, IPI-EXP, ICMS Des.)	Diferença da dívida do FUNDEF/Estado/98
Valor repassado em jan. e fev./99 referente ao FUNDEF/98	691.018.449,28	103.652.767,39	92.124.235,57 10.027.217,54	11.528.531,82
Saldo de ICMS líquido devido aos Municípios		103.652.767,39	102.151.453,11	1.501.314,28

FUNDEF — Município

	Valor Repassado aos Municípios em 1998	Saldo de ICMS Devido aos Municípios em 1998	FUNDEF (15%)	Valor do FUNDEF repassado Indevidamente aos Municípios	Valor Total Devido FUNDEF Municípios - 1998
Total da Receita - ICMS - R\$ 652.640.439,88					
ICMS/Estado (75%) - R\$ 489.480.348,71					
ICMS/Municípios (25%) R\$163.160.091,17	151.890.178,31 (23,27%)	11.269.912,86 (1,73%)	1.690.486,92	2.152.355,82	3.842.843,74

Resumo atual da dívida

FUNDEF — 1998 (Estado e Municípios)

	Valor que deveria ser repassado efetivamente ao FUNDEF - 1998	Total do valor repassado ao FUNDEF referente ao ano de 1998	Valor devido ao FUNDEF Estado e Município Governo atual
Estado	103.652.767,39	102.151.453,11	1.501.314,28
Municípios	55.431.426,92	51.588.583,18	3.842.843,74
Total	159.084.194,31	153.740.036,29	5.344.158,02

Situação atual da dívida do Estado com os Municípios referente a ICMS

Saldo do ICMS Líquido Devido aos Municípios em 1996	Valor Repassado em Janeiro de 1999	Saldo da Dívida
7.427.069,12	990.825,58	6.436.243,54

Informamos que, do saldo devido aos municípios referente a ICMS/1998, foi repassado em janeiro de 1999 o valor de R\$ 990.825,58, e posteriormente, em 06.04.1999, foi firmado um acordo entre o Estado e Assomasul, onde o Estado se comprometeu a pagar o saldo em 6 (seis) parcelas iguais.

Demonstrativo de receita/retorno e despesas pagas — FUNDEF — 1998

Período	Receita retorno	Despesas pagas	Saldo	Saldo em Banco SIMS	Diferença de saldo em Banco
Jan./Dez./98	82.346.050,44	79.367.204,51	2.978.845,93	1.953.576,70	1.025.269,23



Através das informações fornecidas pela Diretoria de Contabilidade Geral, concluímos que o valor da receita/retorno do FUNDEF, menos as despesas pagas no ano de 1988, gerou um saldo de R\$ 2.978.845,93, porém o saldo demonstrado em Banco pelo SIMS é de R\$ 1.953.576,70, existindo portanto uma diferença de R\$ 1.025.269,23

Saldo de empenhos a pagar ref. 1988

Empenhado	Pago	A Pagar
93.446.812,97	79.367.204,51	14.079.608,46

Outro dado a ser registrado ainda conforme informações da Diretoria de Contabilidade é sobre o saldo de empenhos a pagar. Do total empenhado durante o ano de 1998 R\$ 93.446.812,97, foram pagos R\$ 79.367.204,51, tendo como resultado uma diferença em restos a pagar de R\$ 14.079.608,46.

III - Da Legislação

A CF/1988, com a EC n. 14/1996, *verbis*:

‘(...)

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º *A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.*

§ 2º Para efeito do cumprimento do disposto no “caput” deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)

(...)’ (destacamos).

O ADCT, com a Emenda Constitucional n. 14/1996, *verbis*:

‘(...)

Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)

§ 1º *A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito*



Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)

§ 2º *O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas **a** e **b**; e inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)*

§ 3º *A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)*

§ 4º *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)*

§ 5º *Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)*

§ 6º *A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)*

§ 7º *A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996)*

(...)' (destacamos).

A Lei n. 9.424/1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério, diz:

Art. 1º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 1º de janeiro de 1998.

§ 1º O Fundo referido neste artigo será composto por 15% (quinze por cento) dos recursos:

I - da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação — ICMS, devida ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, conforme dispõe o art. 155, inciso II, combinado com o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal;

(...)'.

A Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases [LDB]), que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

(...)

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

(...)

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

(...)

Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.

(...)

§ 6º *A assistência financeira da União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a dos Estados aos seus Municípios, ficam condicionadas ao cumprimento do art. 212 da Constituição Federal e dispositivos legais pertinentes pelos governos beneficiados.*

(...)' (destacamos).



A Lei n. 4.320 de 17.03.1964:

‘(...)

Art. 59. O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos. (Redação dada pela Lei n. 6.397, de 10.12.1976)

§ 1º Ressalvado o disposto no art. 67 da Constituição Federal, é vedado aos Municípios empenhar, no último mês do mandato do Prefeito, mais do que o duodécimo da despesa prevista no orçamento vigente. (Parágrafo incluído pela Lei n. 6.397, de 10.12.1976)

§ 2º Fica, também, vedado aos Municípios, no mesmo período, assumir, por qualquer forma, compromissos financeiros para execução depois do término do mandato do Prefeito. (Parágrafo incluído pela Lei n. 6.397, de 10.12.1976)

(...).’

A Lei n. 9.846, de 26 de outubro de 1999:

Art. 1ª Fica a União autorizada a conceder empréstimo aos Estados e ao Distrito Federal, destinado ao ressarcimento parcial de eventuais perdas líquidas imputadas àquelas unidades da federação, decorrentes da aplicação da Lei n. 9.424, de 24 de dezembro de 1996.

Art. 2ª Nos empréstimos a que se refere esta Lei, serão observados, em relação às perdas líquidas de cada Estado e do Distrito Federal, os limites máximos de oitenta por cento para o exercício fiscal de 1998, quarenta por cento para o exercício fiscal de 1999 e vinte por cento para o exercício fiscal de 2000.

Parágrafo único. O cálculo das perdas líquidas dos Estados e do Distrito Federal será efetuado pelo Ministério da Educação.

Art. 3ª Os empréstimos concedidos com base nesta Lei serão realizados com recursos captados pelo Tesouro Nacional para tal finalidade e serão pagos em até noventa e seis prestações mensais, calculadas com base no Sistema de Amortização Constante — SAC, vencendo-se a primeira no dia 31 de janeiro de 2002 e as demais no último dia útil de cada mês, observadas as seguintes condições:

I - juros: calculados, debitados e capitalizados mensalmente, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para os títulos federais;

II - incidência de juros: sobre o saldo devedor diário das parcelas liberadas;

III - liberação dos recursos: mensalmente, retroativo à competência de janeiro de 1998, em parcelas iguais, juntamente com a primeira parcela da distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados — FPE;

IV - prazos de contratação:

- a) exercício fiscal de 1998: até 31 de março de 1999;
- b) exercício fiscal de 1999: até 31 de outubro de 1999; e
- c) exercício fiscal de 2000: até 31 de outubro de 2000.

Art. 4º Os contratos de empréstimo deverão contar com adequadas garantias, que incluirão, obrigatoriamente, a vinculação de receitas próprias e dos recursos de que tratam os arts. 155, 157 e 159, incisos I, letra **a**, e II, da Constituição.

Art. 5º Fica o Banco do Brasil S/A designado agente financeiro da União para o fim de celebração, acompanhamento e controle dos contratos de empréstimo de que trata esta Lei, fazendo jus à remuneração de zero vírgula dez por cento ao ano, calculada e debitada sobre os saldos devedores atualizados, a ser paga mensalmente pelo devedor a partir de 31 de janeiro de 2002.

Art. 6º A receita proveniente do pagamento dos empréstimos concedidos nos termos desta Lei será integralmente utilizada para abatimento da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional.

Art. 7º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n. 1.861-16, de 27 de agosto de 1999.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, 26 de outubro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

Senador Antonio Carlos Magalhães' (destacamos).

Convalidando a Medida Provisória n. 1.861-16, de 27 de agosto de 1999, pela Lei acima citada.

Na data de 09.11.2004, foi publicada a Lei n. 10.966, cuja ementa 'Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País'.

A Lei Estadual n. 1.182/1991, cuja ementa 'Dispõe sobre a execução das normas constitucionais que obrigam o Estado e os Municípios a aplicarem



percentuais mínimos da Receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino’, diz no § 4º do art. 4º:

‘Art. 4º (...)

§ 4º As diferenças entre a receita e a despesa prevista e as efetivamente realizadas que resultem no não atendimento dos percentuais mínimos obrigatórios serão apuradas e corrigidas no último trimestre do exercício e, ainda havendo ao seu término diferença, esta será compensada no exercício seguinte.’

CP, art. 312, *caput*:

‘Art. 312. 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:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.’ (destacamos)

Verifica-se, outrossim, a Constituição de 1988, no seu Prêambulo, diz:

‘Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo Lei Federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de Lei Federal sobre normas gerais suspende a eficácia da Lei Estadual, no que lhe for contrário.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.’

IV

CPP, art. 40

Verifica-se dos autos, ainda, a infringência de outras figuras penais, em face do Relatório n. 22/1999, dizendo respeito:

I - à Lei n. 8.666/1993:

1.1. indevidas prorrogações contratuais;

1.2. várias tomadas de preço com intervalos de 5 (cinco) dias;

1.3. sobre falta de divulgação de certames licitatórios, publicidade insuficiente de Atas, homologação e adjudicação no mesmo dia e não análise prévia de Editais e Contratos por Assessoria Jurídica;

II - e ao CP:

11.1. desaparecimento de vales-transportes.

Sobre a Lei n. 8.666/1993, que se refere às Licitações, os fatos a seguir.

Sobre prorrogações sucessivas de contrato decorrente da Carta-Convide no ano de 1996, dizendo respeito à violação do art. 57, II, da Lei n. 8.666/1993, o Relatório n. 22/1999, a fls. 169 e 168:

‘(...)

Para tanto, a Secretaria de Educação realizou no ano de 1996, a qual veio tendo o seu prazo de vigência prorrogado sucessivamente até a presente data, amparado indevidamente no inciso II, do art. 57, da Lei n. 8.666/1993.

Dizemos que o amparo foi indevido, porque os serviços contratados não são de natureza contínua, pois estes não podem sofrer solução de continuidade em sua execução tais como os de vigilância, limpeza e manutenção. Hospedagem não se enquadra nessas condições, portanto, a sua vigência não poderia ser prorrogada para além do exercício financeiro, em que foi firmada. Seguindo essa linha de pensamento, conclui-se que findo o prazo de vigilância extinguir-se-ia o contrato e, com a finalidade de buscar condições mais vantajosas, nova licitação obrigatoriamente deveria ser aberta para a escolha do futuro contratado. Note-se ainda que na época da contratação, o valor para a modalidade de Carta-Convide era baixo.

Sendo assim, toda e qualquer prorrogação fatalmente causaria extrapolção do limite estipulado por lei. Portanto, não era possível, pelo menos em termos de legalidade, uma contratação por prazo pequeno e com valor reduzido (como é o caso em questão) sofrer sucessivamente prorrogações.

(...)'.

À fl. 168, os Processos ns. 13/014590/1996 e 13/010549/1998, onde consta, também, o período de 06.08.1996 a 04.11.1998.

Sobre a realização de tomada de preços com intervalos de cinco dias, relativamente às Licitações.

Licitação n. 13/023.360/1997

Tomada de Preços n. 17/1997

Licitação n. 13/023.866/1997

Tomada de Preços n. 20/1997

Licitação n. 13/023.921/1997

Tomada de Preços n. 23/1997

Sobre publicidade nas licitações — não divulgação de certames licitatórios, publicidade por meio de Atas, homologação e adjudicação no mesmo dia, não análise prévia de Editais e Contratos pela Assessoria Jurídica.

Em relação ao Código Penal — o fato a seguir.

Sobre o desaparecimento de Vales — transporte — conforme do Relatório n. 22/1999 — fl. 175 dos autos — foram registrados na Delegacia Especializada de Roubos e Furtos, os Boletins de Ocorrências de ns. 4.506 e 4.571, respectivamente de 15.12.1998 e 22.12.1998, sobre o desaparecimento de 25.800 (vinte e cinco mil e oitocentos) vales-transporte, sendo 24.000 (vinte e quatro mil) adquiridos com recursos do FUNDEF, sem sinal de arrombamento, sendo tida como provável a ocorrência do fato após as 18:00 horas do dia 15.12.1998 e 22.12.1998. Consta haja ocorrido fato idêntico no ano de 1987 (Boletim n. 5.158/1997). Não consta haja sido adotada qualquer providência (sequer troca de segredo do cofre nem mesmo instauração de Sindicância para apuração das responsabilidades).

No ano de 1998, eram servidores da Secretaria de Educação/FUNDEF, cf. o Relatório n. 22/1999:

1. Titular: Sr^a. Maria de Lourdes Maciel;
2. D.E.F.: Sr. Ney Carlos Faustino Marques;



3. D.A.F.: Sr. Luiz Carlos Mandu da Silva;

4. Ord. de Desp.: Sr^a. Ana Lúcia da Silva.

Em face da não existência de maiores elementos para apresentação de Denúncia, inclusive, quanto à competência do STJ para apreciar os fatos, o Ministério Público Federal requer a aplicação do art. 40, do CPP

V - Do Pedido

Considerando os fatos narrados e o direito aplicável à espécie, o Ministério Público Federal denuncia:

José Ancelmo dos Santos, como incurso no art. 312, *caput*, 2^a parte, do Código Penal.

Requerendo o Ministério Público sejam efeitos da condenação a perda do cargo ou da função pública, art. 92, I, a, do CP

Na forma do § 1^o do art. 4^o da Lei n. 8.038/1990, os documentos comprobatórios dos fatos e constantes do Processo Administrativo Ministério Público Federal — Procuradoria Geral da República n. 1.00.000.009138/2001-16, encaminhado com a Denúncia.

Requer o Ministério Público Federal:

a) a notificação do Denunciado (cf. art. 4^o, da Lei n. 8.038/1990), para, querendo, apresente Resposta;

b) se acompanhada de documentos, que seja dada vista ao Ministério Público, para se pronunciar (cf. o art. 5^o da Lei n. 8.038/1990);

c) que seja recebida a Denúncia pelo Tribunal (cf. art. 6^o da Lei n. 8.038/1990);

d) que seja citado o Réu e interrogado.

Requer o Ministério Público Federal seja tomado depoimento antecipado da Testemunha arrolada, do Sr. ex-Governador Wilson Barbosa Martins, tendo em vista tratar-se de pessoa com mais 70 (setenta) anos, nascida em 21.06.1917.

Espera o Ministério Público, observado o devido processo legal, comprovada a verdade material, seja o Denunciado condenado.

Brasília, 19 de novembro de 2004.

Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre

Subprocuradora-Geral da República

(Portaria PGR n. 61, de 26.02.2004, DOU 27.02.2004).

Testemunha:

Sr. Wilson Barbosa Martins, ex-Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, no período de 1^o.01.1995 a 1^o.01.1999, nascido em 21.06.1917, com 87 anos completos, com endereço à Rua XV de novembro, n. 296, Centro, Campo Grande-MS;

Sr. Plinio Soares Rocha, ex-Secretário de Governo, do Governo do Sr. Wilson Barbosa Martins (no ano de 1998).’

O denunciado, em resposta, argüiu:

- a) a inépcia da denúncia;
- b) desclassificação do delito e prescrição;
- c) improcedência da acusação.

As suas razões são as de fls. 92/104:

“Inépcia da denúncia

1. A denúncia de fls. 2/23 narra fatos que teriam ocorrido no ano 1998 — não há nenhuma indicação mais precisa de data — que consistiriam em desvio de recursos financeiros em favor do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul, que deveriam ser destinados ao FUNDEF, e imputa ao acusado, na condição de Secretário Estadual de Finanças, Orçamento e Planejamento (período de 31.03.1998 a 28.12.1998), a improvável prática do crime de peculato-desvio, capitulado no art. 312 do Código Penal.

2. Com efeito, a referida denúncia não preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, impedindo que a mesma seja recebida e, conseqüentemente, se instaure a *persecutio criminis* em face do ora acusado.

3. Apesar de extensa a peça acusatória, inclusive permeada por ininteligível ‘relatório’, não consta a descrição dos fatos em todas as suas circunstâncias de modo a permitir ao acusado o exercício da impostergável garantia constitucional da ampla defesa. Baseado em simples declaração, prestada pelo acusado em procedimento administrativo, no sentido de que ‘Houve alguns problemas com relação ao FUNDEF’, o representante do MPF lhe atribui uma responsabilidade objetiva, vedada na seara penal, em face da manifesta ausência de descrição precisa das circunstâncias em que se deram os repasses dos recursos financeiros. A propósito dos requisitos da denúncia, especificamente com relação à descrição dos fatos em todas as circunstâncias, adverte Fernando Capez que:



‘... a descrição deve ser precisa, não se admitindo a imputação vaga e imprecisa, que impossibilite ou dificulte o exercício da ampla defesa. O autor deve incluir na peça inicial todas as circunstâncias que cercaram o fato, sejam elas elementares ou acidentais, que possam, de alguma forma, influir na apreciação do crime e na fixação e individualização da pena.’ (*Curso de Processo Penal*. Saraiva, 8ª ed., p. 132)

4. A peça pela qual se pretende instaurar a, para apuração do crime de peculato-desvio, não descreve como, quando e de que forma teriam ocorrido as alegadas apropriações ou desvio de dinheiro público, em proveito alheio, a denúncia não cogita de desvio em proveito próprio.

5. Não há a descrição de circunstâncias elementares para a apuração do fato nem para a eventual fixação e individualização da pena, pois não se informa especificadamente a condição de ser o acusado, exclusivamente, o gestor das verbas públicas supostamente desviadas e de ter faculdade de disposição sobre aquelas, nos autos consta a participação do ex-Governador, não denunciado; sequer há a indicação precisa da data dos fatos e o pior: não se descreve a forma circunstanciada como o acusado deliberadamente teria sido o responsável — por ato comissivo exigido pelo *caput* do art. 312 do CP e não decorrente de responsabilidade objetiva — pelos aventados desvios, inclusive porque não se considerou o fato de que parte das transferências ao FUNDEF ocorre automaticamente, através do Banco do Brasil, sem ingerência do ordenador.

6. Sabe-se que o crime de peculato-desvio exige, além do dolo genérico (vontade consciente e livre de empregar a coisa em fim diverso daquele a que era destinado), o dolo específico caracterizado pela manifesta intenção de obter, com o desvio de dinheiro público, proveito próprio ou alheio (RT 412/99), obviamente que em prejuízo patrimonial ou aos interesses da Administração Pública, sujeito passivo do crime capitulado na denúncia. Em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

‘Criminal. HC. Trancamento de. Peculato. Inépcia da denúncia. Falta de descrição da conduta do réu. Prejuízo à defesa. Ausência de justa causa evidenciada de plano. Viabilidade do *writ*. Recurso provido. Hipótese em que a exordial acusatória, ao imputar ao paciente a prática de crime de peculato, em nenhum momento narra a participação do mesmo na atividade criminosa, limitando-se a citar seu nome na parte expositiva. Evidenciando-se o apontado prejuízo à defesa, que se submete a vagas acusações, deve ser reconhecida a inépcia

da denúncia no que concerne ao paciente. O *habeas corpus* presta-se para o trancamento de feito por falta de justa causa se, para a análise da alegação, não é necessário aprofundado exame acerca de fatos, indícios e provas. Trancamento da em relação à paciente determinado. Recurso provido.’ (STJ, RHC n. 14.997-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 26.04.2004, p. 178)

7. Assim, sendo evidente a inépcia da denúncia, pela ausência de descrição circunstanciada dos fatos — a evidenciar a inexistência de justa causa para a instauração da, por ausência de prejuízo e de satisfação de interesse pessoal —, impõe-se haja a rejeição daquela, pelo órgão Colegiado, inclusive como forma de coartar o constrangimento ilegal a que já está submetido injustamente o acusado.

II - Desclassificação e Prescrição

1. É certo que, conforme reiteradas decisões desse Tribunal, a correta classificação do fato imputado não é requisito essencial da denúncia, não ficando o juiz adstrito à capitulação legal do crime feita na peça acusatória, mas sim aos fatos ali narrados (arts. 383 e 384 do CPP), podendo a classificação jurídica da conduta ser alterada até a sentença, tanto por aditamento da denúncia como por ato do juiz.

2. No caso, tenta o representante do MPF classificar a conduta atribuída ao acusado como peculato-desvio, nos termos do *caput* do art. 312 do Código Penal, apenado com reclusão de 2 a 12 anos e multa.

3. Ocorre que a peça inicial narra, em diversas passagens, que a conduta inquinada seria ‘a não transferência de recursos financeiros para a Conta Única e Específica do FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), para possibilitar sua aplicação, de acordo com a Lei n. 9.424/1996...’ (cf. fl. 3); e com relação ao destino da verba pública supostamente desviada, afirma a denúncia: ‘o desvio de recursos financeiros em favor do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul...’ (cf. fl. 4) e ‘a não transferência de recursos para a Conta única e Específica importou em desvio dos valores em proveito alheio, alheia à sua destinação — ao Tesouro do Estado — para sua posterior aplicação’ (sic) (cf. fl. 6).

4. Em suma, acusa a representante do MPF de ser o acusado o responsável pelo desvio de verbas públicas do Estado de Mato Grosso do Sul em proveito do próprio Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul. Explica-se: como bem sabe o *Parquet* federal (cf. despacho de fls. 33/37), a criação



do FUNDEF foi autorizada pela Emenda Constitucional n. 14/1996, tendo sido instituído e regulamentado pela Lei Federal n. 9.424/1996, cujo art. 1º indica a formação do fundo com verbas que, apesar de repassadas pela União, já são pertencentes aos Estados. Tanto isso é verdadeiro que o *caput* do referido art. 1º da Lei atribui ao fundo natureza meramente contábil, e a participação com recursos próprios da União somente ocorre quando não se atinge o valor mínimo fixado por estudante a ser beneficiado (art. 6º da Lei), hipótese que não ocorreu, também no caso do Estado de Mato Grosso do Sul, no ano de 1998 (cf. fl. 35).

5. Assim sendo, pela descrição dos fatos contida na denúncia, não há como se cogitar da classificação da conduta atribuída ao acusado, ainda que em tese, como aquela de que trata o art. 312 do Código Penal, que exige o proveito próprio ou alheio de dinheiro público em detrimento da Administração Pública.

6. A conduta cuja responsabilidade é imputada ao acusado — se admitida como verdadeira, apenas à guisa de argumentação — poderia, no máximo, ser enquadrada como crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, definido no art. 315 do Código Penal como ‘Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei’ e apenado com detenção de um a três meses ou multa.

7. Como o próprio MPF reconhece — inclusive porque decorre de expressa previsão legal — que os recursos supostamente desviados trata-se de verbas públicas que, não obstante se destinarem ao FUNDEF, pertenciam ao Estado de Mato Grosso do Sul, não houve desvio de recursos próprios da União; e ainda afirma expressamente que o beneficiário dos aventados desvios seria o próprio Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul, o enquadramento da conduta inquinada somente poderia ocorrer, ainda que em tese, frise-se uma vez mais, no disposto no art. 315 do Código Penal, pois o desvio teria ocorrido em prol da mesma pessoa jurídica de direito público interno que seria a vítima, sendo impossível a classificação como peculato-desvio. Nesse sentido, Nelson Hungria, citado na obra *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, de Alberto Silva Franco e outros, RT, p. 3.011 e 3.031, adverte que:

‘Não há peculato-desvio se o agente muda o destino da coisa em proveito da própria Administração (ex.: a verba destinada à construção de uma escola rural é empregada na construção de um calçamento da rua em que mora o agente). Em tal caso, o crime que poderá

configurar-se é o de ‘emprego irregular de verbas’ (art. 315)’ (cf. Nelson Hungria, ob. cit., p. 347).

(...)

... diversamente do que acontece no peculato, o sujeito ativo, na espécie (emprego irregular de verba pública), não visa a locupletar-se ou a outrem, em detrimento da Fazenda Pública, pois os dinheiros, embora irregularmente, são empregados em benefício da própria Administração Pública.’

8. Os Tribunais Estaduais têm decidido que:

‘É indispensável para a existência do crime de peculato que o desvio se faça em proveito próprio ou alheio. Se redunda em benefício da própria Administração, incorre a infração.’ (TJSP, RT 490/293)

‘Quando o desvio de verba se verifica em favor do próprio ente público, com utilização diversa da prevista na sua destinação, em desacordo com as determinações legais, o que ocorre é o emprego irregular de verba e não o peculato, delito que não pode mais ser apurado se prescrito.’ (TJSC, RT 520/347)

9. Com efeito, não restando dúvidas de que a conduta imputada ao acusado e da forma como descrita na denúncia, em tese, poderia ser classificada apenas como crime de emprego irregular de verba pública, previsto no art. 315 do CP, apenado com detenção de um a três meses e multa, e tendosos fatos imputados ao acusado ocorrido no ano de 1998, a prescrição da pretensão punitiva também impede que a denúncia seja recebida.

10. A prescrição do *jus perseguendi*, regulado pela pena máxima, *in abstracto*, cominada no crime de emprego irregular de verba pública, é de dois anos, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal e, na presente hipótese, mesmo se considerada qualquer condição de aumento de pena — inócurrenente no caso —, a pretensão punitiva está irremediavelmente prescrita desde o início do ano de 2001, posto que sequer houve o recebimento da denúncia.

11. Desse modo, se superada a inépcia da denúncia, a flagrante prescrição da pretensão punitiva ocorrida no caso, em face da única tipificação possível da conduta (art. 315, CP), também obriga a rejeição da denúncia.

III - Mérito

1. Na remota hipótese de se chegar a apreciar, ainda que perfunctoriamente, a viabilidade da acusação com relação ao mérito, convém ressaltar que a acusação é manifestamente improcedente porque, conforme inclusos



documentos oficiais do Estado de Mato Grosso do Sul, consta repasse a maior para o FUNDEF e não a menor como acusa o *Parquet* federal.

2. A utilização equivocada — para fins penais — do ‘relatório’, pelo MPF, reproduzido à fl. 12, e ‘produzido’ com motivação partidária por prepostos do Governo estadual — de oposição — que sucedeu o anterior, indica que em 1988 o Estado de MS deveria ter repassado ao FUNDEF a quantia de R\$ 103.652.767,39, mas repassou R\$ 102.151.453,11, gerando uma dívida de R\$ 1.501.314,28.

3. Ocorre que, na inclusa cópia do Balanço Geral de 1988, gerada pelo Sistema Integrado de Administração Financeira do Estado de Mato Grosso do Sul — ato administrativo com presunção de legitimidade —, inclusive com comparativo da receita orçada com a arrecadada, consta que, na rubrica ‘3214.0200 Contribuições a Fundos Para Outras Despesas Correntes’ (exclusiva do FUNDEF), teria sido repassado ao referido a quantia de R\$ 105.348.862,72, quando deveria ter repassado R\$ 103.748.568,27 (15% da arrecadação de R\$ 691.657.121,81, que é a somatória do Fundo de Participação do Estado — FPE no valor de R\$ 145.459.087,14; dos recursos da LC n. 87/1996 no valor de R\$ 51.260.701,41; do ICMS — excluído o repasse de 25% aos Municípios — no valor de R\$ 485.911.569,57; dos recursos da dívida ativa no valor de R\$ 2.701.178,83; e dos juros no valor de R\$ 6.324.584,86). Ou seja, consta repasse a maior para o FUNDEF — ressalvadas as usuais diferenças entre valores previstos e arrecadados, as decorrentes de apuração sob regime de competência e de caixa, e ainda divergências sobre valores empenhados, liquidados e pagos, e eventuais restos a pagar, questões essas que fogem da competência e da responsabilidade do acusado, ao contrário do que equivocadamente sustenta a denúncia, lastreada em tendencioso relatório, imprestável para fins penais.

4. E com relação aos Municípios, conforme o mencionado Balanço e consideradas as mesmas ressalvas acima expostas, também consta repasse a maior: R\$ 189.169.265,45, quando o correto seria R\$ 180.798.884,89, considerados o repasse de ICMS (25% = R\$ 161.970.523,19) e os 50% do IPVA (R\$ 18.828.361,70).

5. Não é demais repetir que eventuais divergências, conforme esclarecimentos prestados ao TC-MS, podem surgir da metodologia de cálculo utilizada, posto que os valores repassados e disponibilizados são distintos, sendo as receitas lançadas por regime de competência e os valores repassados

ao FUNDEF pelo regime de caixa. Mais uma razão para que houvesse o devido cuidado na apresentação de denúncia, neste caso fadada ao insucesso.

6. E para que não restem dúvidas com relação à lisura da conduta do acusado e à manifesta ausência de dolo, sequer genérico, na remota hipótese de se considerar ter havido qualquer irregularidade, é relevante informar que o Balanço Geral referente ao exercício financeiro de 1998, do Estado de MS, no qual se encontram os repasses questionados, teve emissão de parecer favorável à aprovação pelo Tribunal de Contas-MS, nos termos do incluso parecer n. 27/1999, o que impede a persecução penal por faltar uma condição objetiva de punibilidade.

7. O Professor, João Marcelo de Araújo Júnior, titular de Direito Penal da UERJ, em artigo comentando a Lei de licitações, sustenta que a decisão dos Tribunais de Contas, efetuando o controle externo dos atos da Administração, e obviamente que constatada alguma irregularidade, é condição de procedibilidade da porque:

‘Antes, o administrador estará sempre coberto pela presunção da legalidade e legitimidade, que envolve os atos administrativos.

(...)

Além disso, a decisão do Tribunal de Contas conterà os elementos que permitirão se a violação à lei foi ou não grosseira, se o dolo é ou não manifesto, se houve ou não lesão ao interesse jurídico protegido.

Fica assim caracterizado, o *espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas. Uma função nova que possui importantes conseqüências na esfera da ordem jurídico-penal. (Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 13, p. 177/179)*

7. Desse modo, sob qualquer aspecto que se examine a denúncia respondida, não se vislumbra, sequer remotamente, a viabilidade da que se pretende instaurar, sendo manifestos também a falta de justa causa e o constrangimento ilegal a que está submetido o acusado.

IV - Pedidos

Diante do exposto, requer o acusado ao Sr. Ministro-Relator e a essa egrégia Corte Especial que:

- a) após a manifestação do MPF sobre os documentos juntados, seja a denúncia de fls. 2/23 rejeitada, por inépcia, conforme acima exposto;
- b) se não acolhido o pedido anterior, a denúncia não seja recebida, em face da desclassificação da conduta para o crime de que trata



o art. 315 do Código Penal e conseqüente ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, determinando-se o arquivamento do feito e as devidas anotações;

c) se não acolhidos os pedidos anteriores, pelo mérito, seja reconhecida e decretada a improcedência da acusação, determinando-se, da mesma forma, o arquivamento do feito e as devidas anotações.’

O Ministério Público sustentou a denúncia na manifestação de fls. 352/356:

‘O Ministério Público Federal (MPF), intimado na forma da LC n. 75/1993 (arts. 18-11, **h**), na data de 04.02.2005, vem, no prazo fixado no Despacho de fl. 350, apresentar sua apreciação quanto, especificamente, à alegação da inépcia da Denúncia.

A Defesa pugna (fls. 91/104):

- 1) pela rejeição da Denúncia apresentada por ser inepta;
- 2) se recebida a Denúncia, seja procedida a desclassificação da conduta para o crime do art. 315 do CP e conseqüente ocorrência da prescrição da pretensão punitiva;
- 3) não acolhidos os pedidos anteriores, seja reconhecida a improcedência da acusação; pugnando nas 2 (duas) hipóteses pelo arquivamento do feito.

Pronunciamento do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul — Parecer Prévio n. 00/0027/99, de 15.06.999 — fls. 347/349.

No juízo de admissibilidade, pelo recebimento da Denúncia, não existindo inépcia na Denúncia.

2. Inicialmente, cumpre observar não se aplicar à Pública o princípio da indivisibilidade, assim, cf. o STF, no RHC n. 57.799-MS, Relator Ministro Cordeiro Guerra, DJ 09.05.1980, cuja ementa, *verbis*:

‘Interpretação do art. 48 do CPP Arguição de nulidade da denúncia. O Ministério Público não tem a disponibilidade da, que é inderrogável, isto, porém, não quer dizer que o Ministério Público não possa, em face das provas de inquérito, concluir e escolher, um incidente que envolva duas ou mais pessoas, aquela ou aquelas contra quem apresentar denúncia. RHC improvido.’ (Destacamos).

Não denunciado o Governador de Estado à época simplesmente por se tratar de pessoa com idade superior a 70 (setenta) anos, como consta de fl. 3, o que faz incidir para a contagem do prazo prescricional a regra do art. 115, do CP, cujo teor, *verbis*:

‘Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.’ (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984)

3. Não há a alegada inépcia da Denúncia, sendo observado o art. 41 do CPP

Os fatos ocorreram no período de 31.03.1998 a 28.12.1998, quando se encontrava o Denunciado como Secretário Estadual de Finanças, Orçamento e Planejamento, exercício de cargo não negado na Resposta Preliminar.

As circunstâncias se referem ao não repasse para o Fundef de recursos a ele destinados. Fato não negado, também, como trazido à fl. 93 dos autos.

Outrossim, não há omissão na Denúncia, quanto à forma em que ‘teriam ocorrido as alegadas apropriação ou desvio de dinheiro público em proveito alheio’ (fl. 93).

Não há na Denúncia a alegada responsabilidade objetiva, sabendo-se a posição do Denunciado no gerenciamento dos recursos públicos.

Data venia, não pertinente a orientação jurisprudencial trazida pela Defesa (à fl. 94), sobre a inépcia da Denúncia, quanto ao dolo específico, pois que este existiu pela não destinação dos recursos para a chamada Conta Única do FUNDEF.

Quanto à desclassificação e a prescrição, não teria razão a Defesa, inclusive, porque não teria a classificação do delito o condão de impedir o recebimento da Denúncia, matéria tranqüilamente assente, inclusive, com destaque feito pela própria Defesa dos arts. 383 e 384 do CPP

Não há, ao ver do Ministério Público, qualquer incompatibilidade entre destinação de verbas para o próprio Governo, a justificar não possa ser recebida a Denúncia.

Em tema como o trazido, a questão da destinação de recursos é crucial, pois quanto menor importância à destinação dos recursos equivalerá a frustrar a política pública com a destinação visada. Estamos em face de frustração de política pública que significa em detrimento da Administração Pública (também).

Não se pode entender a espécie como se tratasse de hipótese do art. 315 do CP

Como consta da própria Denúncia, *verbis*:

‘(...)

Consta dos autos, por fatos ocorridos em 1998, o desvio de recursos financeiros em favor do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul — pela não transferência direta para Conta Única e Específica dos recursos ao FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) — para a posterior aplicação dos mesmos, de acordo com a Lei n. 9.424/1996, em consonância com o disposto no ADCT, art. 60, *caput*, §§ 1º e 2º, c.c. o art. 212, *caput*, da CF [não tendo havido complementação de recursos pela União, *ex vi* do § 3º, do art. 60, do ADCT, no de 1998] (FUNDEF: Estados e Municípios).

Pela não transferência dos recursos, houve alteração da destinação econômica dos recursos financeiros. Atingida a Administração Pública, no seu duplo aspecto: o da moralidade administrativa e o do aspecto patrimonial. Independentemente do *animus*, da intenção de restituição dos valores, a conduta será apreciada.

No ‘desvio’ ou na ‘distração’ (CP, art. 312, *caput*, na apropriação-desvio), a utilização dos valores não exige, necessariamente, a intenção de não restituí-los, sendo a ocorrência do desvio na ‘posse de administração, sem tal detenção’. Orientação doutrinária de acordo com J. de Magalhães Drummond, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1944, vol. 9, arts. 250 a 361, p. 267/273 (270) [verbetes: 493, 494, 495, 496, 497, 498].

Em face do desvio ocorrido, pela não transferência do montante a integrar o FUNDEF, os limites de aplicação constitucionalmente fixados ficaram modificados em face da modificação da base para cálculo.

Procedida, assim, a distinção entre a aplicação de recursos financeiros do FUNDEF e a transferência de recursos para que pudessem ter aplicação, verifica-se, cf. o Relatório n. 22/1999 — do Estado do Mato Grosso do Sul — Auditoria Geral do Estado, firmado pelos Srs.: Solange de Fátima S. Martelli, Analista de Controle Interno; Luciene Esteves de Almeida, Analista de Controle Interno; e Aparecido Ferreira Rodrigues, Assessor II, em 1ª.06.1999,

aprovado pelo Sr. Almir Silva Paixão, Auditor-Geral do Estado em 14.06.1999, a fls. 156/179 (158):

(...)'.

Ao assim se expressar, antecipou-se a Denúncia sobre o enquadramento, resolvendo, de antemão, a questão que, por certo, como ocorreu, viria a ser suscitada.

A destinação é importante porque ao assim não se proceder não haveria possibilidade concreta de tornar realidade as políticas públicas, sendo sempre possível desconhecê-las, restando impune o seu descumprimento.

Prejudicada, assim, a questão de prescrição.

Assim, não se pode ter por inepta uma Denúncia que de forma exaustiva traz os fatos necessários para o exercício da ampla defesa constitucionalmente prevista.

III Pelo recebimento da Denúncia, não havendo inépcia na Inicial apresentada (n. 8.855/ALP).”

Os autos contêm a documentação seguinte:

a) procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal para apurar denúncia de desvios de verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério para o Tesouro Estadual de Mato Grosso do Sul, em 1998;

b) cópia do Balanço Geral de 1998 do Estado de Mato Grosso do Sul;

c) decisão do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul aprovando as contas do Governo do Estado, referente ao exercício de 1998.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A denúncia aponta o acusado como tendo praticado, em 1998, peculato-desvio, conforme descrito no art. 312, *caput*, 2ª parte do Código Penal.

O referido dispositivo legal dispõe:

“Art. 312. 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.”

Pena-reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Interessa, para análise e julgamento, a última parte do *caput* do art. 312, que configura o delito de peculato-desvio.



Segundo a denúncia, o delito está caracterizado por ter o agente praticado, como Secretário de Estado, os seguintes fatos:

a) ter desviado, em 1998, recursos financeiros em favor do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul, quando não os transferiu para a Conta Única e Específica dos recursos ao FUNDEF para sua posterior aplicação, de acordo com a Lei n. 9.424, de 1996, em c.c. o art. 60, §§ 1º e 2º, do ADCT e art. 212, *caput*, da CF/1988;

b) por não ter havido a transferência dos recursos, houve alteração da destinação econômica, atingindo a Administração em duplo aspecto: moralidade administrativa e patrimonial;

c) em face do desvio, pela não-transferência do montante a integrar o FUNDEF, os limites de aplicação constitucionalmente fixados ficaram modificados;

d) a não-transferência de recursos para a Conta Única e Específica importou em desvio dos valores em proveito alheio à sua destinação.

Examino, em face do panorama descrito, se a denúncia descreve, mesmo em tese, os elementos configuradores do delito peculato-desvio ou qualquer outro crime praticado pelo denunciado.

Está certo nos autos, com o reconhecimento do Ministério Público, que os recursos apontados como desviados foram verbas públicas que, não obstante serem destinados ao FUNDEF, foram encaminhadas ao Estado de Mato Grosso do Sul para outras destinações.

O fato de esse desvio ser explicado pelos registros de fl. 24, que assim informam:

“Almir Silva Paixão, no exercício de suas funções de Auditor-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, encaminhou a esta Procuradoria Geral de Justiça o Ofício n. 42/ASSEJUR/SES-MS, datado de 9 de fevereiro de 1999, acompanhado de cópia do Processo n. 22/000.020/1999, em cujo feito investigou-se a realização pelos Ex-Secretários de Estado Nélon Barbosa Tavares e José Ancelmo dos Santos, de transação bancária consistente no empréstimo para o Tesouro do Estado da importância de R\$ 1.700.000,00 (hum milhão e setecentos mil reais), recursos estes oriundos do Ministério da Saúde — Convênio n. 2.100/1997 — destinados à construção do Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados-MS.

Segundo o expediente da senhora Neusa Simabuco, os recursos oriundos do Ministério da Saúde foram recebidos pela Secretaria de Estado de Saúde em cinco parcelas, sendo a primeira no mês de abril de 1998, e depositados na conta n. 000114338-7, agência n. 0048 do Banco do Brasil.

No dia 24 de setembro de 1998, o então Secretário de Estado de Saúde Néelson Barbosa Tavares foi convocado para comparecer ao gabinete do Secretário de Estado da Fazenda José Ancelmo dos Santos para tratar de assunto relacionado a empréstimo financeiro ao Tesouro do Estado, ocasião em que José Ancelmo informou que necessitava urgentemente de empréstimo na ordem de R\$ 2.000.000,00 e explicou que devolveria a quantia em meados do mês de novembro, com o recebimento da parcela de ressarcimento da Lei Kandir.

Como inexistia recurso disponível na fonte 40 — recurso próprios da Secretaria de Estado de Saúde — e a conta/convênio apresentava um saldo de R\$ 1.700.000,00 e as obras estavam paralisadas, o Dr. Néelson Barbosa Tavares concordou em fazer a operação para o que, no dia seguinte (25.09.1998), contatou via telefone o Banco do Brasil e providenciou a transferência que ‘... foi efetuada em 25.09.1998 através da Transferência Bancária (TB) 0026 (anexo II) em favor do DOP na conta-corrente 88.368-9 que é a conta específica para movimentar o convênio. Em seguida, o DOP emitiu a TB número 0869 (anexo III) em favor do Tesouro do Estado, na conta 0003000-7 do Banco do Brasil’.

Até 18 de janeiro de 1999, ‘apesar das promessas feitas ao Dr. Néelson pelo Sr. Governador, juntamente com seus assessores financeiros, de que os recursos seriam devolvidos até o final de dezembro, o mesmo não aconteceu... (fls. 5/6)’ (fls. 75/76). Assim, comprovadamente, tratou-se de operação lesiva aos cofres públicos, ‘por desvio de finalidade na aplicação da verba federal oriunda da União e vinculada ao Convênio n. 21000/1997, firmado com o Estado de Mato Grosso do Sul, pelo qual construir-se-ia o Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados’.”

Em síntese: o desvio apontado consolidou-se em um empréstimo de verba federal destinada a um Fundo específico ao Estado do Mato Grosso do Sul, a fim de cobrir dificuldades de caixa.

A denúncia não aponta ter ocorrido desvio de recursos públicos em proveito de particular.

O peculato-desvio exige, como elemento subjetivo do tipo, que a conduta do agente seja destinada em proveito próprio ou de terceiro. O dolo, no caso, há de ser específico.

Na espécie examinada, não há qualquer alegação na denúncia no sentido de que o agente desviou a verba destinada ao Fundef para proveito próprio ou de outrem.



O STJ, conforme decisão publicada na JSTJ n. 47/288, citada por Júlio Fabrini Mirabete (Editora Atlas, 2004, p. 2.321), assim entendeu:

“originária. Desembargadores. Recursos. Funajuris. Lei estadual n. 4.964/1985. *Finalidade do fundo. Peculato. Modalidade desvio. Art. 312, caput, CP. Objeto e elemento subjetivo do tipo. Verbas ou rendas públicas. Art. 315 do CP. Requisito indispensável. Lei formal. Aplicação.* (...) A incidência penal do crime de peculato, na modalidade desvio ou proveito alheio, art. 312, *caput*, do CP, tem a conduta de desviar como objeto material do tipo, recurso de Fundo. Essa figura desviar em proveito alheio exige a configuração do elemento subjetivo do tipo, ou seja, a vontade de desviar de forma que o terceiro tenha proveito desse desvio do bem. (...) Denúncia rejeitada.”

Essa linha de pensar está defendida na obra de Nelson Hungria, citado por Alberto Silva Franco (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. RT, p. 3.011 e ss.):

“Não há peculato-desvio se o agente muda o destino da coisa em proveito da própria Administração (ex: a verba destinada à construção de uma escola rural é empregada na construção de um calçamento da rua em que mora o agente). Em tal caso, o crime que poderá configurar-se é o ‘emprego irregular de verbas’ (art. 315) (cf. Hungria, Nelson. ob. cit. p. 347).”

Não há de se falar, após não-demonstrada a existência, mesmo em tese, de peculato-desvio, que exista possibilidade de cometimento do crime previsto no art. 315 do Código Penal: “Dar às verbas públicas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena, detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

O núcleo desse tipo e dar aplicação, o que significa empregar ou utilizar. Não se aponta nenhuma conduta do agente em tal sentido.

Isso posto, rejeito a denúncia por não descrever nenhum tipo delituoso praticado pelo acusado.

É como voto.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, mantenho o meu voto, rejeitando a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, recebi um excelente memorial do Dr. Rangel de Alckmin, no qual está bem demonstrado que, de fato, não há como identificar o peculato-desvio. Há um precedente assemelhado da Corte Especial, de que fui Relator, no sentido de que esses repasses relativos ao FUNDEF já configurariam, pelo menos em tese, verba do próprio Estado. Portanto, não haveria como se demonstrar o peculato-desvio.

Por outro lado, como disse o Ministro José Delgado, há o ensinamento de Nelson Hungria mostrando que, no caso concreto, até se poderia falar em irregularidade na aplicação de verbas, mas não em peculato-desvio.

Por essas razões, acompanho o voto do Ministro-Relator, rejeitando a denúncia.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 980-FR (2005/0203080-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Repr. por: M R E (menor)

Repr. por: A M D C

Advogados: Luiz Cláudio Moreira Gomes e outros

Requerido: V E

Advogado: Francisco de Paula Nunes

EMENTA

Sentença estrangeira contestada. Reconhecimento voluntário de paternidade. Adoção à brasileira. Anulabilidade. Impossibilidade. Ação anulatória. Ofensa à soberania nacional.

1. Inviável a homologação de sentença estrangeira quando não comprovada a citação válida da parte requerida, seja no território do país prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória.

2. Necessário à homologação que se trate de sentença proferida por autoridade estrangeira competente que tenha transitado em julgado.

3. O Decreto n. 3.598, de 12 de setembro de 2000, que publica o “Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da



República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa”, dispensa a legalização de documentos públicos franceses quando tenham de ser apresentados no território brasileiro. Todavia, não desobriga as partes em litígio que pretendam fazer prova por meio de documentos de exibi-los em conformidade com os requisitos legais exigidos na legislação pátria.

4. Pedido de homologação indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido de homologação nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon e, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 6 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Melanie Reis Eskenasy, representada por sua mãe, Aparecida Maria da Conceição, requereu a homologação de sentença estrangeira oriunda de ação de anulação de paternidade deduzida contra Viviane Eskenasy — representada por Gessi Ramos de Aguiar — e julgada pelo Tribunal de Grande Instância de Paris.

A requerida foi citada por edital para responder à presente ação, mas não compareceu nos autos, tendo-se-lhe nomeado curador o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin, que, em manifestação, arguiu a ilegitimidade passiva da requerida Gessi Ramos de Aguiar, porquanto a pretensão posta em juízo diz com o estado de Viviane Eskenasy, atualmente com mais de 30 anos de idade.

Instado a se manifestar, o Ministério Público requereu fosse promovida a citação de Viviane.

Assim, devidamente citada, dessa vez ela compareceu e ofertou impugnação ao pedido de homologação, afirmando, em preliminar, que a parte autora é ilegítima e que o pedido é impossível. No mérito asseverou que teve a paternidade reconhecida por Sam Eskenasy mediante “Escritura Pública de Reconhecimento de Paternidade” lavrada no Cartório do 5º Ofício de Notas, no Livro n. 2.667, “cuja averbação de reconhecimento de paternidade e legitimação foi determinada por despacho do M.M. Dr. Juiz em exercício naquela zona judiciária, em 8 de outubro de 1980”, de forma que não pode ser impugnada por outras pessoas que não o próprio Sam Eskenasy.

Em 16.03.2005, em face do disposto na Emenda Constitucional n. 45, o Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, determinou a remessa do feito a esta Corte, tendo os autos sido a mim atribuídos em 1º.12.2005.

Houve réplica, pelo que, nos termos do art. 10 da Resolução n. 9 deste Tribunal, determinei fosse dada vista dos autos ao Ministério Público, que, em sua manifestação de fl. 316, novamente sustentou apenas que a pretensão deduzida nos autos deveria ser contra Viviane Eskenasy, em razão de que, ao tempo da propositura da ação, já era maior de idade, não justificando fosse representada por sua mãe.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O Ministério Público, em sua manifestação de fl. 316, apenas sustentou que a pretensão deduzida nos autos deveria ser em desfavor de Viviane Eskenasy, porque maior de idade, não havendo motivos para ser representada por sua mãe.

Todavia, a regularização processual já foi realizada há muito tempo, porquanto devidamente citada foi Viviane Eskenasy (fl. 212-v), tendo inclusive contestado a presente ação, conforme se constata às fls. 111/114. E, uma vez que foi constituído advogado o Dr. Francisco de Paula Nunes (fl. 115), não mais se justifica a presença de curador.

Relatam os autos que Gessi Ramos de Aguiar contraiu matrimônio com Sam Eskenasy, que, três anos depois, em razão do casamento, reconheceu como sua filha a ora requerida, Viviane Ramos de Aguiar. Porém, em 1982, os esposos divorciaram-se, e, fazendo o caminho de volta, o cônjuge varão postulou ao Tribunal sediado em Paris (França) a anulação do anterior reconhecimento de paternidade em relação a Viviane.



Assim foi que o *Tribunal de Grande Instance de Paris*, apurando que a requerida já era nascida e contava com três anos de idade quando sua mãe conheceu Sam Eskenasy, declarou nulo e sem efeito o reconhecimento de paternidade efetuado por ele no “ofício do Registro civil do 16^a distrito de Paris”.

Agora, pretende a requerente, Melanie Eskenasy, filha de Sam Eskenasy, nascida de seu segundo matrimônio, dessa vez com Aparecida Maria da Conceição, ver homologada por este Tribunal a sentença estrangeira de anulação da paternidade em relação à requerida.

Contudo, há alguns óbices que impedem a referida homologação.

O primeiro deles diz com questões de ordem formal.

Ab initio, observo que a sentença que se pretende seja homologada não está nos autos. A requerente juntou apenas cópia do que parece ser um extrato ou certidão da decisão proferida pelo *Tribunal de Grande Instance de Paris*. Inclusive o tradutor oficial atestou que o documento lhe apresentado era um “Extrato das minutas da Secretaria do Cartório” do Tribunal de Paris, em papel simples, inclusive sem timbre, o que não é comum em documentos oficiais.

Determinei, então, que a requerente fosse intimada para que providenciasse a autenticação pelo cônsul brasileiro da sentença homologanda, requisito exigido no art. 5^o, IV, da Resolução n. 9 deste Tribunal.

Todavia, a requerente apenas juntou cópia do Decreto n. 3.598, de 12 de setembro de 2000, referente a um “Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa”. No art. 23 do mencionado acordo, está estabelecido o seguinte:

“1. Os atos públicos expedidos no território de um dos dois Estados serão dispensados de legalização ou de qualquer formalidade análoga, quando tiverem que ser apresentados no território do outro Estado.”

Conforme se vê, no mencionado acordo não consta — e nem poderia — dispensa às partes de realizarem as provas legalmente exigidas quando postulam ao Poder Judiciário de ambos os países. Assim, se por um lado, nesse acordo, dispensa-se a autenticação de documento público francês pelo consulado do Brasil sediado na França — e autenticação entende-se como legalização —, de outro, a parte ainda continua compelida à observância dos requisitos e da regularidade formal relativos a tais documentos.

Portanto, se a cópia apresentada não parece uma sentença, mas certidão ou extrato de uma, se nela não há carimbo do tribunal nem assinaturas dos

juízes, se ela está consignada em papel simplificado sem timbre (não comum em documentos públicos), e se, apesar disso, deixou a parte de providenciar a autenticação pelo consulado brasileiro, penso que tais fatos são impeditivos da homologação pretendida.

Além disso, não foram comprovados outros requisitos exigidos no art. 5º da Resolução n. 9 desta Corte, quais sejam: a) o trânsito em julgado da mencionada sentença; e b) a citação regular da requerida quando da instauração do processo de nulidade de reconhecimento de paternidade no tribunal de Paris. Não há nos autos sequer menção de que tais requisitos tenham sido cumpridos.

Isso é mais que suficiente para o indeferimento da homologação. Contudo, há ainda outro fator que merece ser mencionado.

Da cópia da peça apresentada como sendo a sentença estrangeira, como fora traduzida, observa-se ter sido decidido que a nulidade do “reconhecimento” da paternidade deveria ser consignado na margem:

“– do ato de reconhecimento anulado, lavrado a 3 de dezembro de 1976 na prefeitura do 15º distrito de Paris;

– se necessário for, do atestado de nascimento da menina Viviane Ramos de Aguiar, transcrito nos registros do serviço do estado civil estabelecido em Nantes.”

Ou seja, aquela decisão contém determinação de anulação do reconhecimento de paternidade efetivado em Paris, uma vez que a paternidade havia sido reconhecida oficialmente naquela cidade.

Se o aspecto formal, por si só, é suficiente, como de fato o é, para o indeferimento da homologação, e fosse cabível, no caso, a análise de mérito, ainda assim o mesmo resultado sobreviria, porquanto consta dos autos que Sam Eskenasy, a par de ter reconhecido perante as autoridades francesas ser pai da requerida, paralelamente fez o mesmo aqui no Brasil. À fl. 262 há registro público de reconhecimento de paternidade, no qual Sam Eskenasy afirmou “que de seu convívio com Gessi Ramos de Aguiar, nascera Viviane Ramos de Aguiar, em 25 de outubro de 1971, (...); pela presente escritura, reconhece como efetivamente reconhecido tem a referida menor como sua filha, e a legitima pelo casamento subsequente, passando a registrada a usar o nome Viviane Eskenasy...”. Tal declaração, entretanto, em conformidade com a documentação apresentada, é inverídica, fundada em falso ideológico, porquanto a requerida Viviane já era nascida e contava com três anos de idade quando sua mãe conheceu Sam Eskenasy.

Valeu-se Sam Eskenasy do que a doutrina denomina de “adoção à brasileira”, que, tecnicamente, é a falsificação do assento de nascimento, e na qual o presente



caso enquadra-se, visto que houve reconhecimento voluntário, à revelia dos procedimentos legais, de pessoa como filho, embora não o fosse na realidade.

Os Tribunais pátrios inclinam-se no sentido de não permitir a anulação do registro de filho de companheira ou cônjuge efetuado por quem sabia não ser o verdadeiro pai, mas que, mesmo assim, por livre vontade, optou pela declaração inverídica, praticando ato ilícito tanto à luz do direito civil, como à do direito penal (art. 242 do Código Penal). Abre-se exceção aos casos em que fica comprovado que o declarante teria agido guiado por algum vício de consentimento.

Entendo que o ato de reconhecimento de filiação é irrevogável, comportando apenas a anulabilidade dos atos jurídicos; portanto, aquele que fez registro falso sem qualquer elemento que represente vício de vontade, tais como erro, dolo, coação, não pode contar com o beneplácito do Judiciário para se retratar, porquanto seria o mesmo que permitir que o autor beneficie-se do ato de sua própria torpeza.

Nesse sentido, a homologação da sentença estrangeira que revogou o ato do reconhecimento da paternidade com base tão-somente no aspecto biológico, ou seja, no fato de o declarante não ser o pai biológico, é o mesmo que permitir a retratabilidade do comportamento ideologicamente falso.

Portanto, o caminho legal a ser seguido é o da ação anulatória com relação ao registro no Brasil, na qual as partes terão oportunidade de aprofundarem-se no contraditório, deduzindo o que for de seus respectivos interesses, e na qual o julgador estará habilitado a investigar todas as nuances que envolveram o ato de reconhecimento de paternidade.

Ante todo o exposto, por não ter sido demonstrado o atendimento aos requisitos exigidos no art. 5º da Resolução n. 9 desta Corte, indefiro a homologação.

Custas a cargo da autora, que também arcará com honorários advocatícios, que fixo em R\$ 3.000,00.

É como voto.
