

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.020 - MT (2021/0388156-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : **DJALMA ERMENEGILDO**
ADVOGADO : **ALEXANDRE DE SANDRO NERY FERREIRA - MT005768**
AGRAVADO : **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por DJALMA ERMENEGILDO contra a decisão da Presidência do Superior Tribunal de Justiça que, sob o fundamento da intempestividade, não conheceu de recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição da República, dirigido contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso na Apelação Criminal n. 59.511/2019.

Consta dos autos que, reformando a sentença absolutória, o Tribunal estadual condenou o Agravante às seguintes reprimendas: a) 1 (um) ano de reclusão (art. 288 do Código Penal); b) 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa (art. 312 c.c. o art. 71 do referido Estatuto Criminal). Pelo concurso material, as penas foram somadas, totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 22 (vinte e dois) dias-multa. O acórdão ficou assim ementado (fl. 1426):

"APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E PECULATO (ART. 288 C/C ART. 312, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - APELADO ABSOLVIDO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ART. 386, INCISO VII, DO CPP - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E PECULATO POR OITO VEZES (EM CONCURSO MATERIAL) - PARCIAL PROCEDÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E PECULATO - PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS DO ART. 71, DO CP (CONTINUIDADE DELITIVA) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Impõe-se a condenação por associação criminosa e peculato, em continuidade delitiva, ao apelado investido ora no cargo de Gerente de Patrimônio, ora como Secretário de Administração e Patrimônio da Assembleia Legislativa de Mato Grosso, o qual, na esfera de suas atribuições teve papel relevante na engenharia criminosa arquitetada, ao atestar recibos de notas fiscais frias de empresas de fachada, com o fito ilícito de desviar recursos públicos que retornavam em proveito do próprio grupo comandado pelo ex-Deputado Estadual e réu confesso, José Geraldo Riva."

Opostos embargos de declaração defensivos, foram rejeitados. No recurso

Superior Tribunal de Justiça

especial, alegou-se a ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal, ao argumento de inexistir provas aptas para dar suporte à condenação, motivo pelo qual pediu-se o restabelecimento da absolvição.

Oferecidas contrarrazões (fls. 1643-1649), admitiu-se o recurso na origem (fls. 1662-1671).

Nesta Corte Superior, a Presidência proferiu decisão não conhecendo do apelo nobre pela sua intempestividade (fls. 2423-2424).

No presente agravo regimental, alega-se ser tempestivo o recurso especial, em razão da suspensão dos prazos processuais no Tribunal de origem, em razão da Pandemia da Covid-19, a qual teria sido devidamente comprovada no momento da interposição da insurgência. Pede a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do regimental ao Colegiado.

O Ministério Público Federal, por meio da Subprocuradora-Geral da República, Samantha Chantal Dobrowolski, manifesta-pelo provimento do agravo regimental a fim de que, sendo reconhecida a tempestividade do recurso especial, dele não se conheça por fundamento diverso. O parecer tem a seguinte ementa (fl. 2447):

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E PECULATO (ARTIGOS 288 E 312, AMBOS DO CP). CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA À PENA DE 05 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME SEMIABERTO. APELO NOBRE NÃO CONHECIDO ANTE A SUA INTEMPESTIVIDADE. COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE QUE SE DEU NO ATO DA INTERPOSIÇÃO. MÉRITO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 07. PRECEDENTES. PARECER PELO PROVIMENTO DO AGRAVO PARA QUE SEJA NEGADO CONHECIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, POR MOTIVO DIVERSO."

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.020 - MT (2021/0388156-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. APELO NOBRE. TEMPESTIVIDADE. SUSPENSÃO DOS PRAZOS NO TRIBUNAL LOCAL. COMPROVAÇÃO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PECULATO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. PROVAS. INDICAÇÃO. AUSÊNCIA. CONDENAÇÃO. PRESUNÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Deve ser reconhecida a tempestividade do recurso especial quando devidamente comprovada, na sua interposição, a suspensão dos prazos no Tribunal local.

2. É possível a esta Corte Superior verificar se a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias é juridicamente idônea e suficiente para dar suporte à condenação, o que não configura reexame de provas, pois a discussão é eminentemente jurídica e não fático-probatória.

3. O Tribunal estadual, ao reformar a sentença absolutória e condenar o Agravante pelo crime de peculato e associação criminosa, não indicou nenhuma prova, baseando o decreto condenatório em presunção de que a participação do Recorrente em esquema de fraudes decorreu dos cargos e funções por ele ocupados.

4. Não se admite a condenação lastreada em mera presunção ou mesmo em responsabilização objetiva.

5. Crime de associação criminosa cuja punibilidade está extinta, pela prescrição da pretensão punitiva.

6. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial a fim de restabelecer a sentença absolutória.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Tem razão o Agravante em relação à tempestividade do recurso especial, diante da suspensão dos prazos processuais por ato do Tribunal local, devidamente comprovada quando da interposição do apelo nobre (fls. 1518-1558), segundo precisamente pontuou o parecer do Ministério Público Federal, em trecho que incorporo aos fundamentos da presente decisão (fl. 2450; grifos diversos do original):

"Na hipótese dos autos, em que pese o entendimento da Presidência

Superior Tribunal de Justiça

dessa Corte Superior, constata-se a tempestividade do apelo nobre restou demonstrada no ato da interposição do recurso, tendo a defesa comprovado a suspensão dos prazos na origem em razão da pandemia da COVID-19.

Nessa linha, verifica-se que o ora agravante foi intimado do acórdão recorrido em 21/01/2021 - quinta-feira (e-fl. 1489), tendo o recurso especial sido protocolado somente em 25/02/2021 - quinta-feira (e-fl. 1491). Mas, foi comprovada, no momento da interposição do nobre apelo, a suspensão do expediente forense local, no período de 20/12/20 até 20/01/21 (Provimento 53/2020-CM – e-fls. 1518-1520) e de 15/01/21 a 15/02/21 (Portaria Conjunta nº 89/2021 – PRES – efls. 1556-1557), para processos físicos (caso dos autos). Assim, deve ser reconhecida a tempestividade do apelo nobre, nos termos do art. 994, VI, c/c os artigos 1.003, § 5º e 1.029, todos do CPC, bem como art. 798 do CPP."

Prossigo na análise do recurso especial.

O Juízo de primeiro grau absolveu o Agravante, trazendo os seguintes fundamentos (fls. 1246-1251; grifos diversos do original):

"São procedentes as razões da defesa quanto à alegação de insuficiência de provas para a condenação do acusado Djalma Ermenegildo.

Após análise das provas constantes nos autos, embora haja indicação da existencia de fraude a processo licitatório, recebimento de propina, superfaturamento de contrato dentro da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, não ha provas seguras para vincular a participacao do acusado DJALMA ERMENEGILDO no esquema delituoso.

A testemunha Edna Aparecida de Mato, em juízo (fls. 460), afirmou que não conhece DJALMA. Esclareceu que trabalhava no Ministério Público e participou da auditoria do levantamento do patrimonio da Assembleia Legislativa e constatou excessivo acervo no patrimonial no almoxarifado da Assembleia Legislativa, atraves de documentos. Mencionou que o levantamento foi feito por meio das notas. Esclareceu que não foi até a Assembleia para conferir a existência dos materiais no local.

A testemunha Arlindo Santos Macedo, policial que participou das investigações, em juízo (fls. 461), declarou que fizeram a investigação para apurar o suposto desvio de patrimônio da Assembleia Legislativa, através de empresas fictícias. Esclareceu que foi possível verificar que as empresas não existiam e posteriormente identificaram os proprietários. Mencionou que havia o revezamento de saques de dinheiro entre ELIAS JUNIOR e JEAN CARLOS. Outro saque foi realizado por LEONARDO. Constataram que os suspeitos realizaram saques e se dirigiram ate o Edificio Monreale e que foi possível identificar o morador como sendo EDEMAR que era Secretário da Assembleia Legislativa. Aduziu que presenciaram varias vezes o dinheiro sendo entregue no edificio e que todos os saques eram realizados e entregues para ELIAS, que por sua vez entregava para EDEMAR. Sustentou que não realizou nenhuma diligência com relação ao acusado DJALMA ERMENEGILDO, mas que só participou da prisão dele. Não

Superior Tribunal de Justiça

soube dizer se DJALMA trabalha na Assembleia ainda. Afirmou que em momento algum viu ELIAS, JEAN CARLOS. LEONARNO ou EDEMAR em contato com a pessoa de DJALMA (minuto 28:40).

A testemunha Wilson da Silva Oliveira, em juízo (fls. 462), declarou que realizada a entrega de materiais para Assembleia Legislativa. Sustentou que conheceu DJALMA ERMENEGILDO e que já conversou uma vez com ele, mas não sabe qual a função dele na Assembleia Legislativa. Confirmou que participou de licitação na Assembleia e que o procedimento era legal e entregou todos os produtos previstos na licitação. Que não recebeu dinheiro para participar de fraude a licitação.

A testemunha Tatiana Laura Guedes Liberdi, em juízo (fls. 463), declarou que nunca viu DJALMA ERMENEGILDO (minuto 11:40).

A testemunha Áurea Maria de Alvarenga Gomes Nassarden, em juízo (fls. 464), declarou que não conhece DJALMA ERMENEGILDO.

A Testemunha Augusto Cesar Menezes e Silva, em juízo (fls. 465), declarou que conhece DJALMA ERMENEGILDO e que ele é funcionário do patrimônio da Assembleia Legislativa. Afirmou que é empresário do ramo de Papelaria e participou de licitação na Assembleia, na modalidade pregão, pelo prazo de 12 meses. Sustentou que houve a compra de materiais em sua empresa, que foi realizado por emissão de cheque por ELIAS. Assegurou que conheceu DJALMA quando fez a entrega de produto para a Assembleia, mas que DJALMA só assinava o documento e o produto era entregue em outro setor. Confirmou que cumpriu seu contrato e entregou todo material para a Assembleia, material de expediente (toner, papel, envelope).

Testemunha PEDRO INÁCIO WIEGERT, deputado estadual, em juízo (fls.803), afirmou que conhece DJALMA, mas não sabe se ele ocupou o cargo na Assembleia Legislativa. Disse que no exercício de seu mandato, utilizava materiais de escritório e que existia um procedimento para aquisição.

A testemunha Jeferson Wagner Ramos, (fls. 800), em juízo declarou que os materiais de escritório eram utilizados nos gabinetes para atender sua base eleitoral que não ficava na Assembleia Legislativa. Esclarece que pedia o material e ele era entregue, mas não sabia de qual empresa era destinado.

A testemunha Sergio Ricardo (fls. 851), em juízo, declarou que passou a ocupar o cargo de secretário da mesa da Assembleia em 2007 até maio de 2012. Sobre a suposta discrepância de entrega de materiais, esclareceu que a necessidade de materiais é muito grande. Não pode quantificar o quanto, mas com base no seu gabinete, o consumo era muito grande. Que todo material que solicitou, efetivamente utilizou. Confirma que todos os documentos que estão nos autos, em que consta a sua assinatura, pode confirmar que houve a utilização de todos os materiais. Mencionou que ocupou a função de direção na mesa diretora da Assembleia Legislativa e que em momento algum participou de esquema fraudulento de aquisição de materiais ou orientou o acusado DJALMA ERMENEGILDO para fazê-lo. Sustentou que todos os procedimentos anteriores de aquisição de materiais, antes de assumir a mesa diretora foram corretos e não existiram

Superior Tribunal de Justiça

irregularidades (minuto 11 a 12 – fls. 851). Nunca ouviu dizer de descarte de material de forma irregular.

Aline Michele da Silva Brunning, em juízo (fls. 849), declarou que trabalhou com Djalma no setor de patrimônio da Assembleia em 2005. Relatou que DJALMA EMERNEGILDO não recebia material no almoxarifado. Aduziu que DJALMA não tinha senha do sistema. Mencionou que o relatório que controlava o estoque de materiais da Assembleia era trimestral, sendo que uma via ficava com o setor que assinava e outro com o setor financeiro. O relatório não ficava com o setor de almoxarifado. Todos os documentos ficavam com o setor financeiro. Sustentou que DJALMA não tinha a guarda dos documentos.

A testemunha Célia de Almeida Pestana, em juízo (fls. 851), assegurou que DJALMA não tinha a senha para lançamento dos materiais. Que o material era entregue mediante um relatório e que uma via ficava com o destinatário e outra via para o setor financeiro. Relatou que ela alimentava o sistema com as notas que chegavam. Explicou que só os funcionários faziam o controle, que DJALMA não fazia esse controle. Em momento algum houve a emissão de nota fiscal sem a entrega de produto e que não houve fraude.

A testemunha Agenor Francisco Bombasaro, em juízo (fls. 873), declarou que trabalhou na Assembleia Legislativa de 1999 a janeiro/2015, no setor de licitação no ano de 2010. Sustentou que em 2010, DJALMA estava na administração de patrimônio, mas nunca ouviu comentário de desvio de patrimônio da Assembleia Legislativa.

Em depoimento prestado por Cleonice Adms (MÍDIA fls. 875), declarou que havia um esquema na Assembleia Legislativa em que determinadas empresas ganhavam licitação para fornecimento de produtos. Esclareceu que quem dava as ordens era o deputado JOSÉ RIVA através de bilhetes. Esclareceu que Ademar Adms era o responsável por prestar as contas para o deputado JOSÉ RIVA. Mencionou que após a ameaça de morte, ele pediu para entregar uma “pen drive” com toda prestação de contas do esquema e que os valores eram altos. Mencionou que seu marido recebia dinheiro das empresas que venciam a licitação (75%).

A depoente CLEONICE em momento algum mencionou o envolvimento do acusado DJALMA ERMENEGILDO.

As testemunhas Guilherme Antônio Maluf, Odanir Bortolini manifestaram às fls. 431, 433, que exerce o mandato de Deputado Estadual desde 2007, mas não conhece o acusado e os fatos narrados na denúncia.

Em interrogatório prestado por DJALMA ERMENEGILDO, em juízo (fls. 892), negou os fatos narrados na denúncia. Esclareceu que chegou atestar algumas notas, mas que foi de boa fé, sem saber o destino. Que as notas vinham do Secretário Ademar. Não sabe dizer quantas vezes atestou as notas, mas era uma vez por mês. Esclareceu que atestava as notas de boa fé, mas não tinha como conferir se o caminhão entregava, porque eles diziam que os produtos eram entregues nas bases eleitorais. Era apresentada a nota, o documento e o relatório para quem seria destinado o produto. O relatório era redigido pela Secretaria Geral que era ADEMAR.

Superior Tribunal de Justiça

Depois que soube dos fatos, mudou a rotina da assembleia, sendo que quem recebia o produto dava o 'atesto'. Disse que acompanhou pela imprensa, mas na época não sabia que isso acontecia, pois não tinha tempo para nada, pois fazia tudo na assembleia, chegava às 6h da manhã e saía 8h da noite, era responsável pelo cafezinho, limpeza, luz, atender todos os deputados, todas as secretarias. Relatou que a manipulação de materiais era realizada entre os deputados e não tinha como saber como funcionava.

Assim, não há como se deduzir que o réu aderiu a organização criminosa ou foi o responsável direto pela fraude a licitação e desvio de materiais da Assembleia Legislativa, não podendo responsabilizá-lo pelo simples fato de ter ocupado a função no setor de almoxarifado do Poder Legislativo.

Atribuir responsabilidade penal à pessoa levando em consideração o cargo que exercia dentro da Assembleia Legislativa sem provas suficientes da sua participação no esquema delituoso configura responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio. Precedentes do STF: HC 85.327-SP, DJ 20/10/2006; e do STJ: HC 65.463-PR, DJe 25/5/2009, e HC 164.172-MA, DJe 21/5/2012.

Logo, não havendo a comprovação sólida da ocorrência de dolo do crime perpetrado entendo que é o caso da incidência do princípio 'in dubio pro reo', ou seja, no caso de insuficiência de provas, a absolvição do réu.'

A Corte *a quo*, ao reformar a sentença para condenar o Agravante como incurso nos arts. 288 e 312 c.c. o art. 71 do Código Penal, trouxe a seguinte fundamentação (fls. 1435-1440):

"Após detida análise dos autos, tenho que assiste razão à acusação quanto aos pleitos pela condenação do réu pelos crimes de associação criminosa e peculato, porém, não em concurso material como pleiteado pelo Ministério Público, mas em continuidade delitiva como passarei a explicar.

De proêmio, impende destacar que o recorrido ocupou cargos e funções públicas na Casa de Leis, por intermédio do ex-Deputado Estadual José Geraldo Riva, além de ser Membro da Comissão Especial de Licitação da ALMT (CF. DOE, de 1.º de abril de 2005, pág. 39, ref. Ato 047/2005).

Aliás, de todos os procedimentos licitatórios que são objeto da presente ação penal, o acusado participou como Membro Permanente da Comissão Especial de Licitação da ALMT (fl. 1003).

Há, portanto, provas cabais da sua presença durante os certames licitatórios, os quais visavam dar movimento ao esquema fraudulento para escolha das empresas selecionadas pelo grupo, objetivando a aquisição simulada de material de consumo e prestação de serviços.

Importante ressaltar que não se faz tal referência para punir o recorrido pelo cargo que ocupou, pois, assim, seria admitir responsabilidade penal objetiva, punido o agente tão-somente pela função que desempenhava na ALMT.

Pelo contrário, tal informação é de suma importância para assevera que o apelado tinha pleno conhecimento dos termos dos editais de licitação,

Superior Tribunal de Justiça

que inadvertidamente previam:

- O recebimento dos produtos ou serviços e atestação das faturas pela Secretaria de Administração e Patrimônio ou servidor designado para esse fim;
- A execução dos serviços será acompanhada e fiscalizada pela Secretaria de Administração e Patrimônio, através da Gerência de material e Patrimônio ou servidor designado para esse fim;
- O local para a entrega da mercadoria era a Secretaria Executiva da Presidência da Assembleia Legislativa;
- A conferência de todos os serviços no ato da entrega.

Como bem apontado pelo Ministério Público, é inescusável o conhecimento das regras pelo apelado de como proceder quanto à execução desses serviços e suas responsabilidades.

Aliás, a própria defesa alega em memoriais finais que 'a única participação de DJALMA ERMENEGILDO foi no sentido de atestar o recebimento de mercadorias que realmente acreditava terem sido alo de diligência conferência), sendo certo que, conforme demonstrado documentalmente e depoimentos em juízo, todas as formalidades legais foram criteriosamente observadas, sendo absolutamente impossível ao ora defendente ter ciência de qualquer vício ou ilicitude em relação a essa contratação. Como os procedimentos eram formalmente confeccionados sem nenhuma mácula e vinham com todas as formalidades exigidas cumpridas, sendo impossível a DJALMA ERMENEGILDO evidenciar qualquer nulidade/ilicitude, apunha sua assinatura acreditando serem os procedimentos legais e terem sido realizados de forma lícita e absoluta consonância com os ditames legais. Em nenhum momento ser quer imaginou que os procedimentos eram fraudados e as aquisições simuladas (...)', ou seja, o mesmo tinha conhecimento do procedimento de recebimento de mercadorias (fl. 939).

Em seguida, o apelado passou a desempenhar justamente o cargo de Gerente de Serviços e de Patrimônio/Divisão de Expediente e Manutenção da ALMT, o qual tinha como função solicitar e conferir a entrega de bens e acompanhar a prestação de serviços contratados pela casa de Leis.

O Ministério Público apontou em razões recursais algumas dessas solicitações feitas pelo apelado enquanto Gerente de Serviços e de Patrimônio, tais como o Memorando 278/2006, de 1.º de dezembro de 2006, referente à Carta Convite 95/2006 (fls. 3423/3424 dos autos Código 127275) e o Memorando 277/2006 (fls. 5113, dos autos Código 127275), de 11 de dezembro de 2006, referente à Carta Convite 096/2006, ambos encaminhados ao Primeiro Secretário da ALMT à época, José Geraldo Riva, dentre outras solicitações.

Também nessa condição de Gerente, o acusado atuou conferindo e atestando o recebimento de materiais e a prestação de serviços referentes a contratos fictícios decorrentes do Pregão Presencial/Registro de Preços n.º 001/2017, conforme os documentos juntados às fls. 3808/3811, 3816/3820, 4928/4931, 4944/4948, 5454/5457 dos autos em apenso registrado sob o Código 127275.

Também procedeu a mesma conduta ao atestar o recebimento de materiais e prestação de serviços referentes a contratos fictícios em relação

Superior Tribunal de Justiça

a Carta Convite 84/2006 (fls. 4488/4563), Carta Convite 95/2006 (fls. 6422/3502), Carta Convite 092/2006 (fls. 3591/3665) e Carta Convite 124/2005 (fls. 4637/4699), documentos estes acostados aos autos em apenso registrado sob o Código 127275.

Importante frisar que sobre a Carta Convite nº 124/2005, o acusado atuou tanto como membro da Comissão Especial de Licitação da ALMT 9fls. 4685/4686 – Código 127275), como Gerente de Material e Patrimônio para atestar o serviço contratado fictamente junto a empresa Servag Comercio Representações e Serviços Ltda - ME (fls. 4637/4699 - Codigo 127275).

No ano de 2017, o apelado deixou o cargo de Gerente de Material e Patrimônio da ALMT e passou a exercer o cargo de Secretário de Administração e Patrimônio da ALMT, conforme publicação no Diário Oficial de Mato Grosso na data de 19/10/2017.

Em conluio com o correu Djan da Luz Clivatti, nomeado Gerente de Material e Patrimônio no lugar do acusado, o recorrido viabilizou a entrega simulada de materiais e serviços que constaram das notas fiscais frias emitidas em razão dos procedimentos licitatórios firmados na modalidade Pregão Presencial nº 001/2007, 002/2008, como se vê dos documentos juntados aos autos em apenso registrado sob o Código 127275 (fls. 3267/3272, 3508/3511, 3516/3521, 3550/3553, 3561/3564, 3571/3574, 3583/3586, 3794/3797, 3859/3862, 3871/3874, 3961/3964, 4797/4800, 5006/5009, 5023/5026, 5034/5038, 5045/5048, 5056/5059, 5084/5087, 5095/5098 e 5465/5468, recebidos e atestados pelo acusado DJALMA; e 3528/3546, 4831/4993, 5069/5074, 5105/5108, 8297/8300 e 9666/9669 recebidos por Djan e atestados por DJALMA.

Apenas a título de exemplo, entre as datas de 05/03/2008 e 12/12/2008, ou seja, num período de 09 (nove) meses, a empresa Hexa Comércio e Serviços de Informática Ltda - ME, em razão da tomada de preço contratada através do Pregão Presencial nº 001/2007, emitiu notas fiscais descrevendo dentre outros produtos a entrega de 126,8 mil caixas de envelope pardo (310 X 410), contendo 500 (quinhentos) unidades/caixa, o que totaliza a quantidade de 63,4 milhões de envelopes, que corresponde ao consumo diário de mais de 234 mil envelopes (ou 468 caixas) - contando sábados, domingos e feriados. Para tal aquisição, foi pago o valor de R\$ 6.578.216,00 (seis milhões, quinhentos e setenta e oito mil e duzentos e dezesseis reais)(fls. 3511/3586 - Código 127275).

Destaco a comparação feita pelo Ministério Público dos gastos realizados pela Assembleia Legislativa no primeiro semestre de 2015 com a compra realizada pela associação criminosa da qual participava o acusado DJALMA (Memorando elaborado pela Secretaria de Administração e Patrimônio da ALMT - fls. 12976 dos autos da ação penal desmembrada, Código 400135).

Durante os seis primeiros meses do ano de 2015, a ALMT gastou a quantia de R\$ 1.549.356,09 (um milhão, quinhentos e quarenta e nove mil, trezentos e cinquenta e seis centavos e nove centavos) com materiais e bens de consumo. Logo, em seis meses a despesa geral da ALMT com material de consume e prestação de serviços foi de aproximadamente 1,5 milhão de reais.

Superior Tribunal de Justiça

Como mencionado em linhas pretéritas, no ano de 2008, em apenas 09 (nove) meses, a ALMT gastou, somente com a aquisição de envelopes, um valor quatro vezes maior que a despesa semestral do ano de 2015 para aquisição de todo material de consumo.

Não bastasse isso, no exercício de 2008 foram gastos mais de 45 milhões de reais e em 2009 mais de 48 milhões de reais somente com material de consumo.

Os documentos acostados às fls. 14262/14276 (autos da ação penal desmembrada, Código 400135), comprovaram que o gabinete do ex-Deputado e réu confesso José Geraldo Riva, no período de 30/09/2009 a 18/12/2009, recebeu entre tonner e cartuchos de impressoras/copiadoras 6.826 unidades, o que corresponde ao consumo diário de 85 unidades/dia, incluindo sábados, domingos e feriados.

Tais dados comprovam de maneira cabal a atuação do acusado DJALMA no esquema criminoso arquitetado e comandado por José Geraldo Riva, que objetivava o desvio de dinheiro público por meio da Secretaria de Administração e Patrimônio da Gerência de Patrimônio da ALMT, por meio do desempenho de funções atribuídas nos editais das licitações fraudadas com a conseqüente simulação de aquisições fictícias tanto de material de consumo como de serviços.

Seguindo entendimento esposado pelo Parquet, 'a tentativa de se afirmar defensivamente que as notas fiscais recebidas correspondem ao fornecimento de materiais e serviços que foram conferidos e entregues a ALMT é manifestamente inverossímil, não apenas por se tratar de contratos fictícios lastreados em atos de corrupção, mas também por envolver empresas de fachada que não tinham condições mínimas de arcar com a realização dos serviços, inobstante as circunstâncias relacionadas ao seu histórico e ao quadro societário.

(...)

Circunstâncias como o período de quatro anos de odioso assalto aos cofres públicos e a grande quantidade de atos fraudulentos relacionados a diversos pagamentos sem causa lícita, que contou com o envolvimento do apelado DJALMA em todas as suas fases, desde a manipulação dos certames licitatórios até o atestado e recebimento de bens de consumo que não foram efetivamente prestados, não deixam nenhuma dúvida acerca da sua ação voluntária e consciente para a prática dos crimes' (fl. 1011).

Esclarecidas as questões relacionadas a materialidade e a autoria delitiva, vejo que o pleito ministerial pelo reconhecimento do concurso material para os atos ilícitos praticados pelo apelado não comporta provimento, pois entendo que os crimes de peculato analisados no presente feito preenchem os requisitos objetivos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva.

Conforme demonstrado as fls. 1013, o acusado incorreu na prática delitiva de peculato-desvio por oito vezes: procedimento licitatório Pregão Presencial n° 001/2007 e 002/2008; Cartas Convite n° 005/2006, 095/2006, 092/2006, 084/2006 e 124/2005."

Em primeiro lugar, ressalta-se ser possível a esta Corte Superior verificar se a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias é juridicamente idônea e suficiente para dar

Superior Tribunal de Justiça

suporte à condenação, o que não configura reexame de provas, pois a discussão é eminentemente jurídica e não fático-probatória.

No caso concreto, o Tribunal estadual, ao reformar a sentença absolutória e condenar o Agravante pelo crime de peculato, não indicou nenhuma prova. Mas, presumiu que o Agravante participaria do esquema de fraudes na licitação e de desvio dos bens adquiridos, efetivado no Gabinete de um deputado estadual da Assembleia Legislativa de Mato Grosso, tão-somente em razão de cargos e funções por ele ocupados no referido órgão e da narrativa dos fatos feita pelo Ministério Público estadual em sua apelação.

Aliás, o Tribunal de origem lastreou a condenação do Agravante, inclusive, em cargo ocupado também em data bem posterior aos fatos imputados na denúncia. Com efeito, os fatos delituosos todos aconteceram antes 2010 e, na fundamentação do acórdão condenatório, foi mencionado cargo que o Agravante passou a ocupar apenas em 2017.

Destarte, o acórdão condenatório não mencionou nenhum elemento concreto de prova demonstrando que o Agravante tinha ciência das fraudes nos procedimentos licitatórios e do desvio dos bens comprados, e a eles aderiu dolosamente.

Na verdade, constata-se que a Corte Estadual entendeu que a quantidade de material de escritório comprado por meio dos procedimentos fraudulentos, que seria bem acima do necessário, evidenciaria que o Agravante teria conhecimento e participaria do esquema de fraudes nas compras e desvio dos materiais. Em outras palavras, presumiu a existência do dolo, em razão da função por ele ocupada na Gerência de Patrimônio e na Comissão de Licitação. Todavia, a condenação criminal exige prova do conhecimento das elementares do tipo penal pelo Acusado, e não apenas presunção.

Para condenar, repito, não trouxe a Corte estadual nenhum elemento de prova indicando que o Agravante tinha conhecimento de que os bens eram comprados por meio de fraude e que seriam posteriormente desviados por terceiros.

Portanto, mesmo que o Tribunal tenha afirmado, expressamente, que não estava responsabilizando objetivamente o Agravante pelo cargo por ele ocupado, na prática, foi o que o julgado condenatório fez. Contudo, não se admite a condenação sem provas, ou lastreada em mera presunção, ou mesmo em responsabilização objetiva.

Sobre o tema:

"RECURSO ESPECIAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. VANTAGEM ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO PROVIDO.

1. O tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 pressupõe, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação (STF. AP 700, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 26/04/2016).

2. Não havendo elementos acerca da ocorrência de prejuízo ou de dolo específico de causar dano ao erário, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta relativa ao delito do art. 89 da Lei 8.666/93.

3. **A condenação em direito penal exige a comprovação da existência do fato criminoso, não bastando ilações de que o agente, simplesmente pela condição de gestor público, deve ser responsabilizado pela conduta inserta no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67, sendo necessária a aferição indevida de vantagem econômica.**

4. O mero fato de ter o prefeito as contas referentes a período de sua gestão rejeitadas pelo Tribunal de Conta do Estado não é suficiente à verificação do tipo penal, impondo-se a individualização da conduta, sob pena de responsabilização objetiva (HC 48.700/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 25/02/2008, p. 361).

5. *Recurso especial provido.*" (REsp 1.837.365/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020.)

"AÇÃO PENAL. CONTRABANDO E DESCAMINHO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS. SÓCIO-RESPONSÁVEL POR EMPRESA DE TRANSPORTE. DOCUMENTO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA (MIC). ASSINATURA QUE SE COMPROVOU NÃO SER DO RÉU. SÓCIO QUE NÃO PARTICIPA DOS NEGÓCIOS DA SOCIEDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

O fato de o réu constar como sócio da empresa indicada participante da trama delituosa correspondente a contrabando de mercadorias e internalização de medicamentos não autoriza, por si só, sua condenação, já que não se é possível a mera responsabilidade objetiva para o âmbito da condenação, a qual requer a prova efetiva e certa da participação do agente no crime a ele imputado.

Ademais, restou comprovado com a instrução que a assinatura aposta no documento conhecido por Manifesto Internacional de Carga Rodoviária (MIC) não era do réu e não correspondia à sua rubrica reconhecida por órgão competente.

Ação penal improcedente e réu absolvido por falta de provas." (APn n. 833/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/04/2017, DJe 09/05/2017; sem grifos no original.)

"RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ARTIGO 1º, INC. I, DA LEI N. 8.176/91. REVENDA DE GASOLINA ADULTERADA. NORMA PENAL EM BRANCO. NECESSIDADE DE

Superior Tribunal de Justiça

INDICAÇÃO NA DENÚNCIA DO ATO REGULADOR. INEXISTÊNCIA. SÓCIO GERENTE DO POSTO DE ABASTECIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÍNIMA RELAÇÃO ENTRE A CONDUTA DO ACUSADO E O FATO NARRADO. SENTENÇA NULA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. RECURSO PROVIDO.

I - O art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.176/91, que responsabiliza expressamente os administradores de pessoas jurídicas cujas atividades atentem contra a ordem econômica, é norma penal em branco devendo, a fim de viabilizar compreensão dos elementos do tipo, ser complementada por meio de ato regulador, não indicado na proemial acusatória.

II - O órgão acusatório deve provar, além da ocorrência de irregularidades na comercialização de combustível, a mínima relação entre a conduta do acusado e os fatos narrados na denúncia.

III - O édito condenatório deixou de demonstrar efetivamente a autoria delitiva, limitando-se a afirmar que 'A responsabilidade do réu decorre da sua condição de sócio das empresas 'Rede SS Participações e Negócios Ltda.' e 'Auto Jemina I Ltda.', cuja denominação social foi posteriormente alterada para 'Posto de Serviços Teotônio Vilela Ltda.'

IV - O Direito Penal repele a chamada reponsabilidade penal objetiva. A condição de sócio gerente do posto de abastecimento responsável por comercializar o combustível, por si só, não autoriza a condenação pela prática de crime previsto na Lei n. 8.176/91.

V - Recurso provido para absolver o recorrente." (REsp n. 1.222.243/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016.)

Além disso, observa-se estar extinta a punibilidade do crime do art. 288 do Código Penal, pela prescrição da pretensão punitiva. Destarte, a reprimenda aplicada para o referido crime, com trânsito em julgado para a Acusação, foi de 1 (um) ano de reclusão. Assim, prescreve em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal.

No caso concreto, o referido lapso se consumou entre o recebimento da denúncia, em 19/02/2015 (fls. 109-128), e a publicação, em sessão de julgamento, do acórdão condenatório, em 10/03/2020 (fl. 1445).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo regimental para **DAR PROVIMENTO** ao recurso especial a fim de restabelecer a sentença absolutória.

É o voto.