

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HOMICÍDIO QUALIFICADO

Recurso

Apelação 80

Tribunal

TFR

DEVOLUÇÃO DA SOMA — SE EXCLUI O DELITO

RESUMO

- ... A devolução da soma, não afasta, de pronto, o tipo subjetivo. Neste tópico cabe tornar ao magistério de NORONHA, quando adverte que a caracterização desse crime não reclama lucro efetivo. Ensina o Professor que «o proveito está ínsito no apropriar-se» e que «a intenção de restituir não conta» (ob. cit. pág. 224). A conduta dos réus, como expressa na denúncia, não autoriza a que, em juízo de "habeas corpus" tenha-se por seguro que os réus não agiram visando o proveito próprio e de outrem. - É sem valia a tese de que os réus não tinham poder na disposição do dinheiro em razão do cargo. Tema que reclama tratamento no curso regular da ação penal. - ... Por último, resta o argumento de que os vereadores não tinham a posse do dinheiro em razão do cargo. Neste passo, estimo inabaladas estas razões expressas no aresto recorrido: «Nessa ordem de idéias, aduzem que Câmara Municipal de São Leopoldo não tem contabilidade própria, sendo todas as suas despesas contabilizadas pela contadoria da Secretaria da Fazenda do Município, diretamente subordinada ao Poder Executivo. São eles próprios, no entanto, que referem na petição inicial que a Câmara Municipal, no exercício de 1983 devolveu ao Poder Executivo cerca cento e cinco milhões de cruzeiros. - É verdade, por conseguinte que se a Câmara não tem a detenção material do dinheiro, exerce sobre ele o poder de disposição. Dissertando sobre o delito de peculato, explica HELENO FRAGOSO que «a posse aqui deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo não só poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha ... Tem, assim, a posse, o funci onário a quem incumbe receber, guardar ou conferir a coisa, como também seu chefe e superior hierárquico que dela pode dispor mediante ordens ou requisições» (Lições de Direito Penal, vol. 4, pág. 1071). - Antes, já NELSON HUNGRIA ensinara «a posse, a que se refere o texto legal, deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples detenção, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados). Lembra HUNGRIA, em nota de rodapé, o rumoroso caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal em que se sustentou a tese de que um governador não tenha posse dos bens do Estado e, assim, não pode cometer peculato. Mas a tese - escreve o autor - como não podia deixar de ser foi repelida. Consta de seu voto que «o governador tem a posse dos bens patrimoniais do Estado como um administrador qualquer tenha posse dos bens administrados. Ainda que não possa exercê-la diretamente sobre todos esses bens, exerce indiretamente ou por intermédio dos auxiliares da Administração Pública, isto é, dos funcionários que lhe são hierarquicamente inferiores. Pela lógica do radical ponto de vista do ilustre advogado do paciente, um governador não poderia ser sujeito ativo de peculato, nem mesmo quanto ao patrimônio estatal sob sua imediata posse. Assim, poderia, impunemente, apropriar-se, digamos, da baixela de prata que integra os pertences do palácio governamental» (Comentários, vol. IX, pág. 339). Se acaso existir esse antecedente necessário (a posse do bem) observa FRAGOSO - o crime a identificar-se será o do parágrafo 1º do artigo 312 (peculato-furto) ou o do artigo 155 (furto)». - A assertiva de que sequer em sentido amplo detêm os vereadores a posse do numerário colide, em desvantagem com o que se vê consignar no acórdão do TJ do Rio Grande do Sul. O tema reclama tratamento no curso regular de ação penal. Ac. de 29-11-1985 Revista Trimestral de Jurisprudência, Vol. 119 (Março/87) - Pág. 1.026. NO MESMO SENTIDO: Apelação nº 80 - RJ, Tr. TFR, 2ª T, ac. de 09-11-1949; Hab. Corpus nº 31.407 - SP, STF, TP, ac. de 08-11-1950; Apelação nº 321 -

RS, TFR, 2ª T, ac. de 19-05-1954; Apelação nº 49.813, TJSP - 3ª C, ac. de 14-08-1956; Revisão nº 333 - PA, TFR, ac. de 22-04-1976 e Apelação nº 15.792, TJSC, ac. de 30-05-1980, in «EMENTÁRIO FORENSE», Ns. 39, 33, 84, 105, 345 e 393. NO SENTIDO CONTRÁRIO: Apelação nº 2.287 - SP, TFR, 2ª T, ac. de 30-11-1973, in «EMENTÁRIO FORENSE», Nº 313. EMFOR 474 EMENTA: - A incidência penal no crime de peculato, na modalidade desvio ou proveito alheio, art. 312, caput, do CP, tem a conduta de desviar como objeto material do tipo, recursos do Fundo. Essa figura desviar em proveito alheio exige a configura

EMENTA

A só devolução da soma apropriada não exclui o tipo subjetivo do delito. A caracterização do peculato doloso não reclama lucro efetivo por parte do agente.