

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 402.949 - SP (2017/0136795-3)**

**RELATORA** : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**  
**IMPETRANTE** : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI  
**ADVOGADOS** : THIAGO LUÍS R TEZANI - SP214007  
LUCIANA VIDALI BALIEIRO - SP161838  
MARIANE DESTEFANI DE SOUZA - SP365079  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOSE CARLOS BARROS AMARAL

## **EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL QUE VENDE OS BENS EM SEU PODER. ATIPICIDADE PARA O DELITO DE PECULATO. DESCRIÇÃO FÁTICA QUE PODE SER SUBSUMIDA A OUTROS CRIMES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL SEM PREJUÍZO DE NOVA DENÚNCIA POR OUTRO CRIME.

1 - O crime de peculato exige para a sua consumação que o funcionário público se aproprie de dinheiro, valor ou outro bem móvel em virtude do "cargo".

2 - Depositário judicial não é funcionário público para fins penais, porque não ocupa cargo público, mas a ele é atribuído um *munus*, pelo juízo, em razão de bens que, litigiosos, ficam sob sua guarda e zelo.

3 - Embora a narrativa da denúncia não possa ser subsumida ao tipo penal do peculato, descreve aquela peça acontecimentos que, em tese, podem ser enquadrados em outras molduras abstratamente definidas pela lei penal.

4 - Ordem concedida para trancar a ação penal, sem prejuízo de o órgão acusatório apresentar nova denúncia por outro tipo penal.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 13 de março de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
Relatora

# Superior Tribunal de Justiça

## HABEAS CORPUS Nº 402.949 - SP (2017/0136795-3)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI  
**ADVOGADOS** : THIAGO LUÍS R TEZANI - SP214007  
LUCIANA VIDALI BALIEIRO - SP161838  
MARIANE DESTEFANI DE SOUZA - SP365079  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOSE CARLOS BARROS AMARAL

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSE CARLOS BARROS AMARAL, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 2155296-25.2016.8.26.0000).

Consta dos autos que o ora paciente foi denunciado, em 8.4.2016, como incurso no art. 312, *caput*, c.c. o art. 327, ambos do Código Penal - Processo n.º 0000170-80.2016.8.26.0302, da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP.

Na data 22.6.2016, o juiz de primeiro grau recebeu a incoativa e determinou a citação do réu e a intimação da defesa para apresentar a resposta à acusação (fls. 138/139).

Após a apresentação da peça processual defensiva, o magistrado ratificou o recebimento da exordial acusatória e designou audiência de instrução para 10.7.2017.

Não se resignando, a defesa ajuizou prévio *habeas corpus* perante o tribunal de origem, que denegou a ordem na data de 22.9.2016.

Referido acórdão foi impugnado nesta Corte por meio do HC 378.396/SP, no qual proferi decisão, em 16.2.2017, não conhecendo do *writ* mas concedendo a ordem de ofício "a fim de determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo examine a alegação defensiva de atipicidade da conduta, fulcrada na indevida equiparação do depositário infiel a funcionário público".

Em 1.6.2017, foi então prolatado novo acórdão, denegando a ordem.

Daí este *mandamus*, no qual o impetrante alega que "a responsabilidade civil do depositário infiel em nada deve ser comparada à responsabilidade penal por crime contra a Administração Pública, motivo pelo qual é absolutamente atípica a conduta do paciente - e, portanto, não constitui crime o fato narrado, devendo ser trancada a ação penal".

Defende que "aquele que exerce uma atividade transitória de auxílio ao aparato estatal, o MUNUS PUBLICO, não é considerado para efeitos penais, como funcionário público. Assim, afastado da incidência típica está, por exemplo, o síndico, o inventariante, o DEPOSITÁRIO, dentre outros".

Entende desarrazoado equiparar o depositário infiel ao funcionário público.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Invoca o art. 327 do Código de Processo Penal. Aduz que tal interpretação visa alcançar, em âmbito penal, sujeito que não seria passível de punição, dada a atipicidade da conduta.

Assevera que "o sujeito ativo do crime de peculato há de ser essencialmente o funcionário público" e que "a posse do bem móvel apropriado no crime de peculato deve estar diretamente ligada ao cargo exercido". Invoca o enunciado nº 9 da Procuradoria-Geral de Justiça, aprovado em 2013, no sentido de ser inadmissível equiparar o devedor a funcionário público.

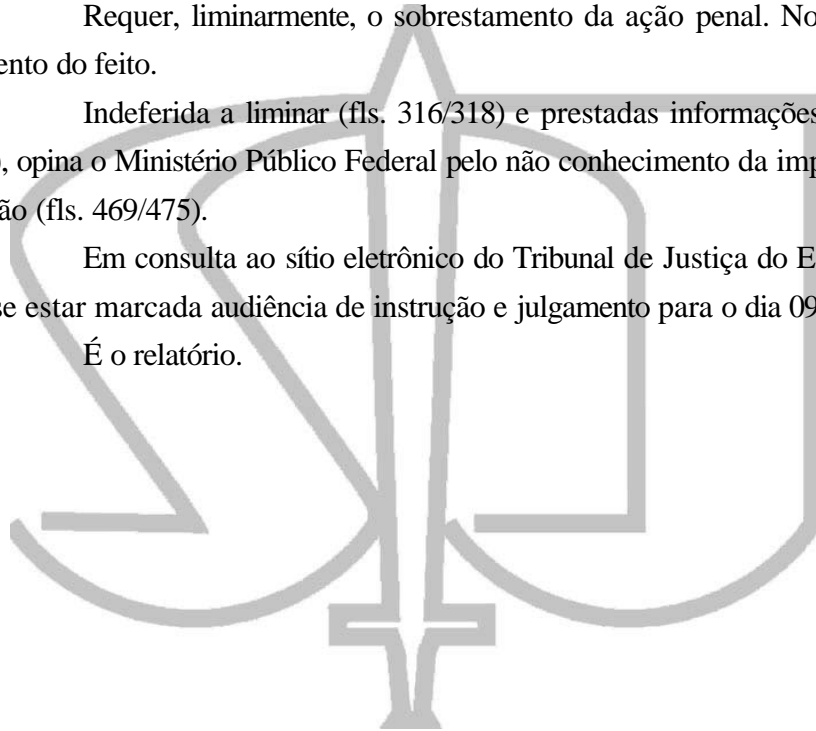
Informa que a audiência de instrução está marcada para 10.7.2017, o que indica o perigo da demora.

Requer, liminarmente, o sobrestamento da ação penal. No mérito, pugna pelo trancamento do feito.

Indeferida a liminar (fls. 316/318) e prestadas informações (fls. 403/453 e fls. 456/466), opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento da impetração ou pela sua denegação (fls. 469/475).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apurou-se estar marcada audiência de instrução e julgamento para o dia 09 de abril de 2018.

É o relatório.



**HABEAS CORPUS Nº 402.949 - SP (2017/0136795-3)**

**EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL QUE VENDE OS BENS EM SEU PODER. ATIPICIDADE PARA O DELITO DE PECULATO. DESCRIÇÃO FÁTICA QUE PODE SER SUBSUMIDA A OUTROS CRIMES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL SEM PREJUÍZO DE NOVA DENÚNCIA POR OUTRO CRIME.

1 - O crime de peculato exige para a sua consumação que o funcionário público se aproprie de dinheiro, valor ou outro bem móvel em virtude do "cargo".

2 - Depositário judicial não é funcionário público para fins penais, porque não ocupa cargo público, mas a ele é atribuído um *munus*, pelo juízo, em razão de bens que, litigiosos, ficam sob sua guarda e zelo.

3 - Embora a narrativa da denúncia não possa ser subsumida ao tipo penal do peculato, descreve aquela peça acontecimentos que, em tese, podem ser enquadrados em outras molduras abstratamente definidas pela lei penal.

4 - Ordem concedida para trancar a ação penal, sem prejuízo de o órgão acusatório apresentar nova denúncia por outro tipo penal.

**VOTO**

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):**

A denúncia está assim redigida (fls. 92/93):

Consta nos inclusos autos de inquérito policial (nº 70/16) que, em data incerta, ocorrida entre os dias 06 de outubro de 2011 e 22 de novembro de 2013 (fls. 06 e 09), na Rua Rui Barbosa, nº 1.988, nesta cidade, JOSÉ CARLOS BARROS AMARAL, qualificado a fls. 21, valendo-se da condição de funcionário público por equiparação (para fins penais), apropriou-se de 3.550 pares de calçados, avaliados em R\$ 213.000,00 (fls. 06), os quais possuía na condição de depositário judicial, uma vez que foram penhorados em ação de execução que tinha curso junto ao juízo da 1ª vara cível local (execução fiscal n. 0012881-30.2010.8.26.0302, n. de ordem 3552/10 - fls. 05/13), tendo como exequente a Fazenda do Estado de São Paulo e como executada a empresa J. C. Barros Amaral Calçados – ME.

**Consoante se apurou, o denunciando assumiu, nos autos da execução fiscal sobredita, o encargo de fiel depositário dos bens acima referidos (ver auto de penhora e intimação de fls. 06). Não obstante, demonstrando grande ousadia e verdadeiro descaso para com a Justiça, ele simplesmente vendeu, em data incerta (ocorrida no período acima referido), os objetos penhorados, apropriando-se do valor correspondente e tornando inócua a decisão judicial. Depois, quando foi expedido mandado de constatação e reavaliação dos aludidos bens, o oficial de justiça certificou ser inviável o cumprimento da determinação judicial porque o estabelecimento comercial encontrava-se fechado (fls. 08). Houve, então, determinação judicial para que o indiciado apresentasse os bens**

**penhorados ou o dinheiro correspondente, quando então ele informou que não estava mais na posse deles (fls. 12).**

Ouvido nos autos do inquérito policial, o denunciando disse que vendeu os pares de calçados porque eles não tinham sido especificados pelo oficial de justiça quando da penhora e necessitava de dinheiro para pagar seus funcionários (fls. 21/22).

Impende ressaltar que, após o STF decidir pelo não cabimento da prisão civil em casos tais, aumentou muito o número de depositários infieis, certamente pela crença da inexistência de sanção. Entretanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo se posicionou no sentido de que tal conduta configura o crime de peculato, já que o depositário judicial exerce função pública por equiparação para fins penais (CP, artigo 327).

Ante o exposto, denuncio JOSÉ CARLOS BARROS AMARAL como incurso no artigo 312, "caput", combinado com o art. 327, ambos do Código Penal. Requeiro seja a presente recebida, citando-se o denunciando para oferecer resposta escrita em 10 dias (CPP, artigo 396), seguindo-se o rito ordinário (CPP, artigos 399 a 405), de forma que ele seja processado e condenado, ouvindo-se a testemunha do rol abaixo.

A acusação é de peculato, porque o paciente, na condição de depositário judicial de calçados, para garantia de execução fiscal ajuizada pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a sua empresa, teria vendido os bens.

Diz a denúncia que o depositário judicial, como auxiliar do juízo, é funcionário público para os fins penais e, portanto, viabilizada está a sua condição de réu no processo penal em que se apura possível cometimento de peculato.

A questão que se coloca é saber se o depositário judicial pratica o crime de peculato.

O tipo do art. 312 tem a seguinte redação:

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:

O acórdão atacado entendeu que sim, ou seja, o depositário judicial, como auxiliar do juízo e, pois, no exercício de uma função pública, pode, para fins penais, ser tido como funcionário público e cometer o crime de peculato.

Confira-se (fls. 54/56):

O artigo 149 do novo Código de Processo Civil estabelece que "São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias".

E, conforme dispõe o artigo 327 do Estatuto Repressivo "considera-se

# Superior Tribunal de Justiça

funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

(...)

Portanto, não há se falar em atipicidade da conduta imputada a JOSÉ CARLOS, e nem - menos ainda - em trancamento da respectiva ação penal.

Nestas condições, DENEGO a ordem.

*Data venia*, assim não penso.

Como se colhe da leitura do tipo em análise, comete peculato o **funcionário público** que se apropria de bem móvel de que tem a posse **em razão do cargo**.

A definição legal de cargo público é fornecida pela Lei nº 8.112/1990, *litteris*:

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Cargo, segundo Nucci, nos comentários ao art. 327 do Código Penal, "*é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, ocupado por servidor com vínculo estatutário (ex.: cargo de delegado de polícia, de oficial de justiça, de auditor da receita etc.); (Código penal comentado, 13ª edição, São Paulo, 2013, página 1203)*

E prossegue o mesmo autor definindo emprego público e função pública:

emprego público é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, embora seja ocupado por servidor que possui vínculo contratual, sob a regência da CLT (ex.: escrevente judiciário contratado pelo regime da CLT, antes do advento da Constituição de 1988); função pública é a denominação residual, que envolve todo aquele que presta serviços para a Administração, embora não seja ocupante de cargo ou emprego (ex.: servidor contratado temporariamente, sem concurso público; servidor que exerce função de chefia, embora sem a existência de cargo).

E ainda Mauro Roberto Gomes de Mattos (Lei 8.112/90 interpretada e comentada, 4ª edição, Editora América Jurídica, 2008, página 09, citando doutrinadores administrativas de escol, discorre sobre cargo público, assim:

- Os cargos públicos, como visto alhures, se destinam aos servidores estatutários, abrangendo o de caráter efetivo ou em comissão, caracterizando-se como um conjunto de responsabilidades e de atribuições.
- O inciso I, do art. 37, da CF declara a acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros e estrangeiros que preencham os requisitos estabelecidos em Lei.
- A inserção dos estrangeiros no presente artigo de lei deu-se após a promulgação da EC nº 19, em 5 de junho de 1998, sendo vedada qualquer

discriminação abusiva tanto a eles como aos brasileiros.

- Em cumprimento ao estipulado na citada Emenda Constitucional n° 19, a Lei n° 9.515/97 inseriu o § 3°, do art. 5°, da Lei n° 8.112/90, que permite às Universidades e às Instituições de pesquisas o provimento de técnicos, cientistas ou professores estrangeiros.

- A criação de cargos públicos se dá pela Lei, responsável por sua denominação, número de ocupantes, a natureza de seu provimento (se efetivo ou em comissão), os vencimentos, a carga horária e demais requisitos legais que sejam importantes para a caracterização do conjunto de atribuições e de responsabilidades do respectivo cargo.

- **Para Celso Antônio Bandeira de Mello**, cargo é "a denominação dada a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente."

- **José Maria Pinheiro Madeira**, deixou assente que: "Cargo é, pois, o lugar instituído dentro da organização do funcionalismo da Administração Direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei, com denominação própria, número certo, funções específicas e remunerações fixadas na lei ou diploma a ela equivalente. O titular do cargo caracteriza como servidor público estatutário."

Ora, depositário judicial não ocupa cargo criado por lei, muito menos recebe vencimento e nem tem vínculo estatutário.

Trata-se de uma pessoa que, embora tenha que exercer uma função no interesse público do processo judicial, é estranha aos quadros da justiça e, pois, sem ocupar qualquer cargo público, exerce um encargo por designação do juiz (*munus* público).

Não ocupa, de igual modo, emprego público e nem função pública. É, na verdade, um auxiliar do juízo que fica com o encargo de cuidar de bem litigioso.

Não se satisfaz, em tal caso, a figura típica do art. 312 do Código Penal, porque não há funcionário público, para fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal, em razão da ausência da ocupação de cargo público.

Não basta, como se vê, à caracterização do peculato, o fato de o agente ser considerado funcionário público. É preciso mais. Que ele se aproprie do bem **em razão do cargo público** que exerça. Essa relação entre o agente e o cargo público é inarredável no crime de peculato.

Luiz Regis Prado é claro quanto a isso:

(...) **Não basta a posse do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel pelo agente, sendo essencial que esta advenha do cargo ocupado** pelo funcionário público, impondo-se, assim, uma relação de causa e efeito entre este e aquela. (Comentários ao código penal, 5ª edição, São Paulo, Editora Revisa dos Tribunais, 2010, página 878) (grifei)

E, Rogério Greco, também com muita percuciência, deixa assente a necessidade de o agente do peculato ocupar um cargo público, aplacando qualquer nesga de

dúvida que ainda exista:

**Dessa forma, posse e cargo devem ter uma relação direta, ou seja, uma relação de causa e efeito. Não é pelo fato de ser funcionário público que o sujeito deve responder pelo delito de peculato se houver se apropriado, por exemplo, de uma coisa móvel, mas, sim, pela conjugação do fato de que somente obteve a posse da coisa em virtude do cargo por ele ocupado.** Aquele que não tinha atribuição legal para ter a posse sobre a *res* pode praticar outra infração penal que não o delito de peculato, podendo, até mesmo, responder pelo delito de apropriação indébita, furto ou mesmo peculato-furto, já que, se não tinha qualquer poder sobre a coisa, pois que ocupante de cargo que não lhe proporcionava essa condição, a liberdade sobre ela exercida poderá ser considerada como vigiada, importando, dependendo da hipótese concreta a ser apresentada, em subtração e não em apropriação.

O agente deverá, ainda, ocupar legalmente um cargo público, ou seja, ter sido nele investido corretamente, de acordo com as determinações legais, pois, caso contrário, não se configurará o delito em estudo.

Código penal comentado, 5ª edição, Niterói, RJ, Impetus, 2011, página 876)

Note-se que mesmo aquele que ocupe cargo público, mas nele não esteja investido dentro dos ditames legais, não comete o crime de peculato, quanto mais alguém como o ora paciente, que, nem de longe, é ocupante de qualquer cargo público.

Isto não quer dizer, entretanto, que não possam os fatos ter outra capitulação legal.

Nesse sentido, o parecer do Ministério Público Federal (fl. 472):

A denúncia atende aos requisitos previstos no art. 41 do CPP, descreve o fato em tese delituoso com todas as circunstâncias e está fundada em procedimento investigatório que apurou a conduta imputada ao acusado, ora paciente.

Há, todavia, evidente equívoco na classificação penal do fato. A denúncia diz que os bens foram penhorados em execução movida pela Fazenda Pública contra a microempresa do acusado. A condição do particular depositário dos bens penhorados não se equipara a de funcionário público a que se refere o artigo 327 do CP. Portanto, não há crime de peculato.

**Contudo, se a condição do próprio executado como depositário dos bens penhorados não se equipara a de funcionário público (CP art. 327), não é possível afirmar, na via do habeas corpus, a atipicidade da conduta.**

**A conduta pode configurar, em tese, os tipos penais dos artigos 168, II, 171 ou 179 do Código Penal. Todavia, não é possível aprofundar o exame das circunstâncias do caso concreto para chegar-se à conclusão pretendida pelo impetrante. (fls. 169/170)**



# *Superior Tribunal de Justiça*

Frise-se, o que se está reconhecendo na presente impetração é, apenas e tão-somente, que o depositário judicial que vende os bens sob sua guarda não comete o crime de peculato, pois não é funcionário público e não ocupa cargo público. Assim, nada impede que o Ministério Público apresente nova denúncia com capitulação legal diversa.

Ante o exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal pelo crime de peculato, sem prejuízo de o órgão acusatório apresentar nova denúncia por outro tipo penal.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2017/0136795-3

**HC 402.949 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001708020168260302 1708020168260302 20170000391713 21552962520168260000

EM MESA

JULGADO: 13/03/2018

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI

ADVOGADOS : THIAGO LUÍS R TEZANI - SP214007

LUCIANA VIDALI BALIEIRO - SP161838

MARIANE DESTEFANI DE SOUZA - SP365079

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSE CARLOS BARROS AMARAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.