

FACULDADES ICESP – PROMOVE DE BRASÍLIA

JACKELINE MORAIS PEREIRA

**Artigo 359-D do Código Penal Brasileiro: Ordenar despesa não
autorizada por Lei.**

**BRASÍLIA, DF
2014**

JACKELINE MORAIS PEREIRA

Artigo 359-D do Código Penal Brasileiro: Ordenar despesa não autorizada por lei.

Anteprojeto: apresentado ao curso de nível superior em Direito - os crimes contra as finanças públicas, como requisito da matéria de Direito Penal IV na Faculdade Icesp – Promove de Brasília.

Matéria: Dos crimes contra as finanças públicas – Direito Penal

Professora: Kenia Carina J. S. A. Nogueira

BRASÍLIA, DF
2014

Sumário

Introdução.....	4
Justificativa.....	5
Problemática.....	6
Marco Teórico.....	7
1. O Estado Democrático de Direito e o surgimento da Administração Pública.....	7
2. O princípio da Legalidade na Administração Publica.....	7
2.1 Finanças Públicas no âmbito da Administração – Bases legais.....	8
2.2 Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (A Lei de Responsabilidade Fiscal).....	9
3. Improbidade Administrativa.....	10
4. Da ordenação de despesas.....	10
5. A consideração dos ilícitos penais nos atos de improbidade administrativa.....	11
6. Crimes contra as finanças públicas – O reconhecimento e a inclusão no Código Penal (Lei nº 10.028 de 19 de outubro de 2000).....	12
7. Ordenar despesas não autorizadas em leis – Código Penal, art. 359-D.....	13
7.1 Classificação doutrinária.....	14
Jurisprudência.....	17
Decisão.....	18
Bibliografia.....	19

Introdução

Versa o presente estudo sobre os fatos relevantes que norteiam os crimes contra as finanças públicas, especificamente o exposto no art. 359-D do Código Penal Brasileiro, que menciona ser crime o ordenamento de despesas não autorizadas por lei.

A princípio é interessante expor o surgimento da Administração Pública e enfatizar o fato de que todos os seus atos dependem de previsão legal para serem planejados, executados ou homologados de diversas maneiras, desde que estas estejam em conformidade com a legislação específica para aquele fim, bem como a aplicação dos princípios constitucionais, especialmente ao que exprime no princípio da legalidade.

Considerando que, dentre muitos outros fatores, a atividade financeira do Estado depende também do ordenamento de despesas, este então torna possível a expedição de atos a fim de satisfazer os anseios e os interesses coletivos e, também, a contribuição ativa dos chamados agentes públicos com sua responsabilidade sob a sequência de fatos acima mencionados.

Expõe-se sobre a origem e os motivos das quais houve a necessidade de expedir leis específicas para reger os dispêndios públicos como a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Improbidade Administrativa da qual subordinam toda a Administração Pública, onde, a partir de atos previstos, se elevam os conceitos nela elencados até o alcance do reconhecimento de atos ímprobos acabarem se tornando ilícitos penais.

Então, estabelecida a conexão entre as leis citadas, com o tipo penal descrito no art. 359-D, o ordenamento de despesas sem previsão legal, recebe seu destaque e tem o seu conceito exposto, assim como a sua classificação doutrinária demonstrada, envolvendo um caso concreto, e o respaldo jurisprudencial.

Justificativa

É interessante observar que a Administração Pública que detém de autonomia absoluta, subordina-se às leis específicas para expedir cada um de seus atos em respeito à obrigatoriedade de prestar contas à sociedade, principalmente quando mencionadas questões financeiras podem colocar em cheque o caráter de um bom gerenciamento governamental.

Quando reconhecida as condutas que ferem diretamente a ética, a moral e os bons costumes, sendo estes requisitos básicos de uma boa administração, e quando a legislação destinada a coibir tais comportamentos não se prova suficiente, a norma Penal surge no intuito de contribuir e aperfeiçoar a aplicabilidade de um dos princípios mais recorridos no âmbito administrativo público, o princípio da legalidade.

O motivo principal de discorrer o estudo, dos crimes contra as finanças públicas, em particular o ordenamento de despesas não autorizadas por leis, é o sentimento de confiabilidade que esse tipo de pesquisa pode trazer à sociedade que por sua vez tem a obrigação de fiscalizar e se fazer ciente de todos esses pontos, principalmente quanto e como é aplicado as verbas públicas, colocando em prática o papel social que objetiva a fiscalização de ilícitos como enriquecimento proibido que tendem a ocorrer no âmbito administrativo, bem como é dever reconhecer que essa atitude é a origem da democracia e cidadania que regem o Estado Brasileiro.

Problemática

1. Por que a aplicação de sanções administrativas previstas em leis específicas no âmbito da Administração Pública não são suficientes para coibir os atos de improbidade administrativa no que diz respeito às finanças públicas?
2. Por que o ordenamento de despesas não previstas em leis precisou estar sob tutela do Direito Penal?

Marco Teórico

1. O Estado Democrático de Direito e o surgimento da Administração Pública.

O Estado Brasileiro caracteriza-se pela participação ativa de todos e cada um na vida política do País. Essa é uma das prerrogativas que qualificam a soberania popular no sentido de que se manifeste a cidadania prevista na Constituição Federal de 1988, onde *“todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”*¹. Assim, o Brasil é definido como um Estado Democrático de Direito, pois governa através de normas democráticas, e é obrigado a basear todos os seus atos em leis promulgadas.

Então, nasce uma relação absoluta entre a sociedade e o Estado. Essa relação é capaz de se materializa nas ações da Administração Pública, onde esta por sua vez, existe e destina-se a trata dos assuntos coletivos dos quais objetivam principalmente o bem estar da população, o seu crescimento e a sua evolução em todos os aspectos.

O exercício da função administrativa do Estado é integralmente atribuído às leis e somente assim, poderá cumprir com a sua finalidade principal que é manter sob o seu gerenciamento todo o conjunto de elementos que possibilitam a produção de benfeitorias e serviços dos interesses da coletividade, sob a luz dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem exceção de qualquer um deles.

2. O princípio da Legalidade na Administração Pública

O princípio da legalidade encontra-se previsto no rol de Direitos e Garantias fundamentais, em seu art. 5º, II,² do qual exprime a necessidade de um dispositivo legal a fim de atribuir alguma obrigação ou isentar-se dela. De maneira implícita, é possível extrair e atribuir uma vantagem do particular ao exercício livre e assegurado de qualquer iniciativa, onde se pode fazer qualquer coisa da qual a lei não proíba.

O estimado doutrinador Alexandre de Moraes (2010, p. 41) foi categórico em afirma em sua obra, que:

¹ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, parágrafo único

“o princípio da legalidade mais se aproxima de uma **garantia constitucional** do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas **assegura ao particular** a prerrogativa de **repelir as injunções** que lhe sejam **impostas** por uma outra via **que não seja a da lei** (...).” Grifo meu

Entretanto, a Legalidade no âmbito da Administração Pública funciona de uma forma taxativamente rigorosa visto que os requisitos para a sua aplicação são impostos de maneira antagônica aos requisitos do particular, haja vista que, na Administração Pública só é permitido fazer o que impreterivelmente a lei autorizar, ao contrário do particular. Na Administração Pública Federal (que se divide em direta e indireta) há uma exclusão necessária de toda a manifestação de vontade subjetiva e passa a existir uma relação de subordinação perante a lei. Tal ideia alcança o conceito do jurista Seabra Fagundes, resumido na seguinte frase: “*administrar é aplicar a Lei de ofício.*”²

2.1 Finanças Públicas no âmbito da Administração – Bases legais

Partindo da premissa de que o poder do Estado é exercido pelo povo e o alvo principal e contínuo desse exercício se incorpora na busca incansável de atender aos interesses coletivos, o resultado desse trabalho está intimamente ligado à atividade financeira do País. Em respeito ao Estado Democrático de Direito, todos os interesses que norteiam a qualidade da coletividade, devem ser planejados, custeados e executados pelo Estado de maneira eficaz. Assim, a CF/88 confiou todos esses atos à Administração Pública, que providencia os trâmites legal de todas essas realizações.

Para isso, há a necessidade de adotar um sistema financeiro nacional estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País abrangendo as cooperativas de crédito, e este deverá ser regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

A presciência legal que respalda os fatos acima mencionados está no Art. 192 da CF/88 *in verbis*: “*O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o*

² Central Jurídica – a evolução do conteúdo jurídico: Princípio da legalidade

compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

2.2 Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (A Lei de Responsabilidade Fiscal)

Em meados do ano de 1997, logo após as fortes crises econômicas e falta de credibilidade dos administradores públicos, foi dado o primeiro passo para a reforma da economia e o controle das contas públicas com o Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal dos Estados.

Esse passo se deu com o nascimento da Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, popularmente conhecida como a Lei de responsabilidade fiscal (LRF). Um grito da necessidade de se impor um controle sobre os gastos dos estados e municípios. Em seu preâmbulo ela *“estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”*.

Quanto a sua finalidade, a LRF se preocupou em expor em seu texto o motivo real de seu nascimento. Aprecia-se no parágrafo 1º do art. 1º:

“Lei complementar nº 101/00

Art. 1º (...)

§ 1º - A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”

Sua estrutura buscou o foco no planejamento, na transparência, no controle e na responsabilização, logo, o controle dos gastos poderá ser visivelmente monitorado e controlado. Esse é um dos benefícios e dentre outros é possível abordar o fato de que a referida lei trouxe um novo modelo de domínio nas contas públicas para a Administração Pública.

3. Improbidade Administrativa

Em se falando de improbidade administrativa, é possível falar em legalidade em sentido amplo, para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico. Então, a improbidade administrativa norteia no pressuposto de repelir a ação dos agentes públicos em favor do Estado.

No conceito de Maria Sylvia Z. Di Pietro (2009, p.816) a improbidade administrativa já foi reconhecida no direito positivo já há algum tempo, enquadrando-se como crime de responsabilidade, pois já denotava preocupação com o combate à corrupção, ao falar de enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função pública.

Além disso, a CF/88 respaldou a criação de um dispositivo que suportasse também os resultados desses atos, e no ano de 1992, foi sancionada a lei popularmente conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/92. A mencionada garante a coibição de atos de natureza civil e devidamente tipificados em leis federais que ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais dispostos do art. 37 da CF/88.

De acordo com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Delgado, *“a lei de improbidade, portanto, não pune a mera legalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção”*.

Alexandre de Moraes (2010, p. 370) explica que os atos de improbidade administrativa exigem um desvio de conduta do agente público, que, no exercício indevido de suas funções, afasta-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, é importante esclarecer que esses atos não precisam de um resultado naturalístico ao exemplo do enriquecimento ilícito, assim sendo de mera conduta.

A Lei nº 8.429/92 disponibiliza o rol dos atos de improbidade que compreendem três modalidades sendo os que importam enriquecimento ilícito (art. 9), os que causam prejuízos ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

4. Da ordenação de despesas

Ordenação de despesas são todas as ações derivada de um levantamento de necessidades que precisam ser supridas com base em Leis específicas. Essas ações se homologam pela a

emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União.

Os agentes públicos dotados de responsabilidade administrativa controlam o dinheiro, os bens públicos dos quais os atos exigem a prestação de contas e, além disso, são competentes para ordenar a execução de despesas orçamentárias, envolvendo a emissão de empenho e autorização de pagamento com a obrigação de prestar contas desses atos .

O conceito legal para ordenador de despesas é proveniente do Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe:

“Decreto-Lei nº 200/67

Art. 80 (...)

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.”

Um exemplo de despesas ordenadas por Leis específicas são todas aquelas derivadas da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estabelece as normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

A importância dessa lei é destacada por Sanches (2004, p. 207) quando afirma que a Lei nº 4.320/64 “*constitui a mais importante lei sobre matéria orçamentária já produzida no País e um dos diplomas legais melhor articulados do direito financeiro pátrio*”. Ainda, para Angélico (1995, p. 15) “*a Lei nº 4.320/64 constitui a carta magna da legislação financeira do País*”. Posto isso, reconhece-se a intervenção do Estado, ainda que mínima e supervisionada na economia do país.

O ato de ordenar despesas, bem como os agentes públicos dotados dessa função, os denominados ordenadores de dispêndios públicos, subordinam-se às Leis nº 8.429/92 e a Lei-Complementar nº 101/00.

5. A consideração dos ilícitos penais nos atos de improbidade administrativa

Após reiterados conceitos sobre improbidade administrativa e todas as bases legais que devem reger a ordenação de despesas públicas como a mencionada (LRF), o primeiro ponto a

ser considerado é a no sentido de que um ato de improbidade administrativa pode corresponder à um **ilícito penal**, desde que esse ato concorrentemente esteja definido em lei.

Além das sanções previstas no art. 37, §4º da CF/88, os atos de improbidade administrativa não fogem ao padrão do conceito que decorre da própria redação em um dispositivo constitucional que, quando, depois de indicar as medidas sancionatórias cabíveis, acrescenta que “*a lei estabelecerá sua forma e gradação sem prejuízo da ação penal cabível*”.

Ressalta-se que o Direito Penal somente pode ser recorrido quando o Estado não apontar outra forma de coibir atos, ou seja, a função penal do Estado deve somente ser utilizada em último caso, “*ultima ratio*”³, ou em situações excepcionais. Portanto, quando não usado para este fim, o direito penal acaba por se maximizar, adotando postura em que qualquer conduta assume caráter lesivo.

Então, além das sanções administrativas que são obrigatórias para todas as esferas do governo aplicadas pela lei de improbidade quando se definem os sujeitos ativos (art.s 1º a 3º) os atos de improbidade (art.s 9º, 10 e 11) e as penas cabíveis (art. 12) e nos casos concretos recebem a classificação na esfera penal (art. 19) devem receber o seu devido tratamento na respectiva instância sem qualquer prejuízo.

6. Crimes contra as finanças públicas – O reconhecimento e a inclusão no Código Penal (Lei nº 10.028 de 19 de outubro de 2000)

Até o ano de 2000, os ilícitos penais no âmbito da administração eram punidos com base no art. 315 do Código Penal que prevê pena de detenção de um a três meses ou multa, caso os agentes públicos dessem às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei, ou em outros casos, usava-se a legislação extravagante (Decreto Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 – crimes praticados por prefeitos e vereadores).

Ainda, é possível considerar que em outros casos essas condutas eram conhecidas como

³ *Ultima ratio* é uma expressão em latim frequentemente usada no Direito. Diz-se que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito, por exemplo, civil, trabalhista, administrativo, etc.

crimes de peculato (art. 312) e falsidade ideológica (art. 299), ambos tipificados no do Código Penal.

O código penal é incisivo quando dispõe em seu texto a necessidade de um dispositivo que caracterize como crime as condutas das quais os estado tem a obrigação de coibir. (*CP – art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*).

Quando reconhecido o limite de aplicação de normas diversas, aos casos específicos que causavam prejuízos relevantes às verbas públicas pela sua insuficiência de descrição em termos legais, foi sancionada a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 que incluiu o **capítulo IV** no Código Penal intitulado como **“Dos crimes contra as finanças públicas”**. A referida lei descreve os fatos lesam a regularidade da administração pública no que diz respeito às contas públicas. Protege-se assim o normal desenvolvimento das operações financeiras e econômicas do Estado.

Além disso, é importante deixar claro a figura do sujeito ativo de todos os crimes tipificados nesse novo capítulo do Código Penal. São os funcionários, empregados, servidores ou agentes públicos que tenham como atribuição a destinação de verbas públicas e são doutrinariamente considerados como especiais, qualificado. É absolutamente indispensável que o sujeito ativo de todos os crimes contra as finanças públicas pratique uma das ações típicas descritas com disponibilidade sobre as finanças, as quais serão o objeto material do crime.

7. Ordenar despesas não autorizadas em leis – Código Penal, art. 359-D

O novo capítulo IV do Código Penal, tipificou 8 (oito) condutas diversas e na sua individualidade são responsáveis por tutelar as finanças públicas.

Dentre essas condutas, o art. 359-D incrimina a procedimento de ordenar despesa infringindo a lei. Sob a análise do tipo, o doutor Paulo José C. Jr (2009, p. 1293) defende que *“é a boa administração pública que haverá de zelar pelas finanças públicas e pela gestão eficiente da receita tributária. Num plano acessório, procura-se resguardar a probidade administrativa.”*

Com a inclusão dos tipos penais, é a redação do art. em exame:

“Decreto-Lei no 2.848/1940.

(...)

Art. 359-D – Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

De acordo com o anteriormente exposto, as finanças públicas estão regidas pelas leis orçamentárias, que disciplinam as despesas que podem ser efetuadas pelo administrador. Com o art. 359-D a lei procura proteger a regularidade da aplicação das rendas e verbas públicas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é a norma autorizadora, dispondo sobre a geração da despesa. Embora não esclareça quais sejam as despesas autorizadas, visto que, seria impossível enumerar todas as despesas permitidas, atentando inclusive contra os princípios da boa administração, a LRF elenca os casos em que as despesas serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público (arts. 15 a 17).

Portanto, pratica o referido crime, o administrador federal, estadual ou municipal que ordenar a despesa não autorizada por lei, nada vedando a participação criminosa por instigação.

7.1 Classificação doutrinária.

O comando destinado a ordenar despesa não autorizada já configura o crime, sendo assim caracterizado como **crime de mera conduta**, causando, ou independente de causar qualquer prejuízo efetivo para o Estado e por isso não é possível a **tentativa**. Em outras palavras, trata a lei de uma forma genérica, que abrange a **ação de qualquer administrador** que tenha em suas imputações a possibilidade de ordenar despesa pública, e assim, reconhece também a qualidade de um **crime próprio**.

A vontade de ordenar a despesa, tendo conhecimento de sua tipicidade, é uma **conduta dolosa** e alguns doutrinadores reconhecem também a admissão do **dolo eventual**, em que o agente público atua quando há dúvidas sobre a existência ou não de autorização legal. A **modalidade culposa** não foi prevista em lei.

Trata-se de **norma penal em branco**, pois, para sua aplicação esse tipo penal depende de leis que definam quais são as despesas previstas. Instrumento já considerado, são as leis orçamentárias.

É a classificação:

- a) Crime próprio
- b) Mera Conduta
- c) Sujeito Ativo: agente público (funcionário público *lato sensu*)
- d) Sujeito Passivo: a União, o Estado, Distrito Federal e Municípios
- c) Elemento Subjetivo: dolo
- d) Elemento Objetivo: **“ordenar”**
- e) Norma Penal em Branco
- f) Bem jurídico protegido: a Administração Pública
- g) Objeto material: despesas não autorizadas
- h) Unissubsistente
- i) Não transeunte: deixa vestígios

Caso Concreto

O juiz da Segunda Vara Criminal de Brasília condenou o ex-Secretário de Estado da Fazenda Valdivino José de Oliveira e o ex-Subsecretário de Estado da Fazenda Afrânio Roberto de Souza Filho, ambos do Governo Roriz, por ordenamento de despesas não autorizadas por Lei (art. 359, do CPB). Os réus foram condenados a 4 anos e 10 meses de reclusão, em regime semi-aberto, e, a 3 anos e vinte e dois dias de reclusão, em regime aberto, respectivamente. Ambos poderão recorrer da sentença em liberdade.

A denúncia do MPDFT afirma: "No ano de 2001, os denunciados, cada um a seu tempo, ordenaram despesas não autorizadas por lei, ao destinar recursos públicos para cobrir déficits de pessoa jurídica (Codeplan), sem a previsão em lei específica (Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei Orçamentária Anual, ou, se tratando de crédito adicional, Lei ordinária autorizando-o), em desrespeito ao previsto no artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Durante 2001, o então Secretário de Fazenda do DF Valdivino Oliveira ordenou, por 21 vezes, a transferência de um total de R\$ 8.840.792,03 da Secretaria de Fazenda do DF para a Codeplan. Do mesmo modo, Afrânio Roberto de Souza Filho, em 18 de abril de 2001, na qualidade de Secretário Adjunto da Fazenda do Distrito Federal ordenou, por 4 vezes, o repasse de R\$ xxx à empresa Codeplan para o pagamento de "despesas diversas "e de" despesas contraídas com terceiros ".

Consta dos autos que os recursos saíam de uma rubrica do orçamento referente à Modernização do Sistema de Processamento de Dados da Secretaria de Fazenda, eram repassados à Codeplan, no entanto não eram destinados a ela, mas utilizados para cobrir débitos com outras empresas sem contraprestação direta em bens ou serviços, classificada como subvenção econômica e vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal (§ 2º, Art. 26).

De acordo com a sentença condenatória, o dinheiro liberado à Codeplan não estabelecia qualquer contraprestação da empresa para com a Administração. Em todas as notas de empenho constava expressamente, no seu texto, a inexistência de fundamento legal, afirmando a suposta desnecessidade de licitação. O montante de mais de 10 milhões de reais transferidos à Codeplan visava cobertura das seguintes despesas: pagamento de serviços prestados pelo Instituto Candango de Solidariedade - ICS; pagamento de serviços prestados pelas empresas Politec, Computer Association, Poliedro, Manchester e Adler Engenharia Ltda; despesas de custeio e despesas compulsórias.

Nº do processo: 2007011025129-9

Jurisprudência

EMENTA

Ação penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Tipo previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67. Denúncia. Tipificação inadequada. Emendatio libelli. Possibilidade. Ausência dos elementos objetivos do tipo. Mera ordenação de despesas não autorizadas por lei. Tipificação de crime diverso (art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67), a ensejar definição jurídica distinta daquela constante da queixa ou da denúncia (CPP, art. 383). Possibilidade. Prescrição em perspectiva. Inadmissibilidade. Dolo configurado. Infração reconhecida. Continuidade delitiva. Não ocorrência. Pena restritiva de direitos. Aplicação. Prescrição intercorrente consumada. Extinção da punibilidade decretada. 1. A peça acusatória, deixa claro que o primeiro denunciado, quando prefeito de Marília/SP, teria ordenado irregularmente a realização de despesas não autorizadas por lei. 2. Possível, no caso presente, aplicar a norma do art. 383 do Código de Processo Penal, que cuida da emendatio libelli, afastando, assim, a norma do inciso II do art. 1º do DL 201/67, indicada na denúncia, a qual define crime equiparado ao peculato de uso. Pode-se enquadrar, assim, o crime praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo no tipo penal previsto na norma do inciso V do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC nº 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19/5/95; HC nº 71.991-1/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 3/3/95; RHC nº 73.210-1/PA, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1º/12/95). 3. Descabida a análise antecipada sobre a ocorrência de prescrição sob a perspectiva de aplicação aos réus de pena inferior a dois anos pelas infrações que lhes são imputadas. Precedentes. 4. A incidência da norma que se extrai do inciso V do art. 1º do DL 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de ordenar ou executar despesa não autorizada por lei. Garante-se, assim, a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar a vontade livre e consciente dos agentes em realizar a conduta típica. 5. O crime em tela consumou-se de forma instantânea, mediante subscrição do contrato de locação e a consequente autorização para a realização das despesas não autorizadas por lei, conduta única, ainda que a situação antijurídica dela decorrente tenha se prolongado no tempo. 6. A perda de cargo ou a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação "não é automático, nem depende tão-só desses elementos objetivos; ao motivar a imposição da perda de cargo, função ou mandato, o juiz deve levar em consideração o alcance do dano causado, a natureza do fato, as condições pessoais do agente, o grau de sua culpa, etc., para concluir sobre a necessidade da medida no caso concreto". Doutrina. 7. Prescrição da pretensão punitiva intercorrente a ensejar a declaração da extinção da punibilidade dos agentes pela pena concretamente estabelecida (CP, art. 107, IV c/c os arts. 109, VI, e 110, §§, com a redação anterior à Lei nº 12.234, de 2010).

Decisão

O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação penal, reconhecendo a prática do delito previsto no artigo 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) que, concordando com a tipificação da denúncia, julgava improcedente a ação penal, e contra os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, que reconheciam a prática do delito previsto no artigo 1º, inciso II do referido decreto. Condenados os réus a 4 (quatro) meses de detenção, convertida em 13 (treze) dias-multa e, em consequência, reconhecida a prescrição, contra os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio, que os condenavam a 6 (seis) anos de reclusão, e Celso de Mello, que os condenava a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, e aplicavam a pena de inabilitação temporária para exercício da função pública. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República e, pelo réu, o Dr. Cristiano de Souza Mazeto. Plenário, 08.03.2012.

(STF - AP: 441 SP , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 08/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 06-06-2012 PUBLIC 08-06-2012)

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*: parte geral. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JÚNIOR, Paulo José da Costa; COSTA, Fernando José. *Código penal comentado*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva; 2011.

Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Ordenar+despesas\)\(DIAS+TOFFOLI\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Ordenar+despesas)(DIAS+TOFFOLI))
Acesso em: 25 de mai. 2014.

Disponível em:
<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaOlhoVivo/Arquivos/ControleSocial.pdf>
Acesso em: 15 de mai. 2014.

Disponível em: <http://ligacaoconcurso.files.wordpress.com/2011/03/crimes-contras-financ3a7as-pc3bablicas.pdf>
Acesso em: 16 de mai. 2014.

Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/168.htm>
Acesso em: 16 de mai. 2014.

Disponível em:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7511
Acesso em: 19 de mai. 2014.

BRASIL, BRASÍLIA. Lei Complementar número 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília 4 de maio de 2000.

BRASIL, BRASÍLIA. Lei número 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília 3 de junho de 1992.

BRASIL, BRASÍLIA. Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília 27 de fevereiro de 1967.