

**Peculato - Crime continuado - Escrivão *ad hoc* - Tipicidade - Desclassificação do crime - Peculato de uso - Inadmissibilidade - Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento - Absorção de crime - Fixação da pena - Redução**

Ementa: Penal. Peculato. Escrivão *ad hoc*. Desvio em proveito próprio de bens apreendidos pela polícia. Posse em razão do cargo. Conceito de servidor público. Amplitude. Alegação de peculato de uso. Hipótese não configurada. Crimes demonstrados. Continuidade delitativa. Aplicação do princípio da consunção em relação ao desvio de documentos. Solução que não se materializou na parte dispositiva da sentença. Nova definição jurídica dada ao fato. Aplicação de pena autônoma. Atipicidade da conduta. Retificação da condenação. Exclusão de um dos crimes de peculato. Ajuste da reprimenda. Continuidade delitativa. Hipótese mais favorável. Perda da função pública. Recurso parcialmente provido. Pena reduzida.

- O que não configura ilícito penal (mas infração de natureza administrativa ou civil) é a utilização momentânea do bem, sem *animus domini*, que logo é repostado pelo servidor, intacto, nas mesmas condições em que se encontrava antes, no lugar de onde foi retirado, o que não acontece na espécie.

- O Código Penal tomou o conceito de funcionário público, elemento do crime de peculato, em seu sentido mais amplo. De forma expressa, dispensou os requisitos da permanência e remuneração como característicos e referiu-se a cargo, emprego ou função, sendo irrelevante tenha o servidor prestado compromisso ou tomado posse ou que sua admissão tenha sido irregular.

- Tendo sido desconsiderada na sentença a configuração de crime autônomo em relação à apropriação de docu-

mentos, capitulado na denúncia no art. 314 do Código Penal (extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento), também não se sustenta a sua tipificação como crime de peculato, por faltar à coisa (documentos) algum valor econômico apreciável.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0363.05.017679-3/001 - Comarca de João Pinheiro - Apelante: Airton da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 8 de outubro de 2009. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. HERCULANO RODRIGUES - Trata-se de apelação interposta por Airton da Silva, Escrivão de Polícia *ad hoc*, contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de João Pinheiro, que o condenou como incurso no art. 312, *caput*, c/c os arts. 71 (quatro vezes) e 65, III, *d*, todos do Código Penal, às penas de seis anos, seis meses e vinte e dois dias de reclusão, e sessenta e dois dias-multa, sendo decretada a perda de sua função pública - isso porque, no exercício da função de escrivão de polícia *ad hoc*, desviou em seu próprio benefício diversos documentos públicos e bens móveis pertencentes a terceiros, de que tinha a posse em razão do cargo que ocupava, produtos de crimes contra o patrimônio ou apreendidos pela Polícia em operações realizadas -, bens esses encontrados em sua residência no dia 22 de março de 2005, naquela cidade.

Busca o apelante a sua absolvição. Nega a condição de funcionário público e alega inexistir nos autos prova nesse sentido. Sustenta, por outro lado, a ocorrência de peculato de uso, pois, assim como outros servidores da Delegacia, se servia dos bens para prestar serviços para a própria Polícia e, também, para fins particulares, com a autorização da Autoridade Policial, sem a intenção de se apropriar deles. Afirma que sua conduta poderia caracterizar, quando muito, infração de natureza administrativa.

Bate-se o recorrente, ainda, pelo decote do aumento decorrente do reconhecimento da figura da continuidade delitativa. Alega que levou todos os bens para a sua casa de uma só vez, em janeiro de 2005.

Nega, por fim, a prática do crime previsto no art. 314 do Código Penal, argumentando que teria apenas

levado para a sua residência os documentos públicos apreendidos, a fim de organizá-los.

Contrarrazões às f. 662/667, opinando a douta Procuradoria de Justiça, nesta Instância, pelo desprovemento da apelação, conforme parecer exarado às f. 670/678.

No principal, é o relatório.

Atendidos os pressupostos exigidos à sua admissibilidade, conheço do recurso.

De se assinalar, inicialmente, que as razões expandidas pelo apelante no sentido de afastar a figura típica do art. 314 do Código Penal, não haverão de ser apreciadas - ao menos no que se refere a essa figura típica específica -, na medida em que sua conduta, no tocante ao referido delito, foi considerada na sentença absorvida pelo crime de peculato, não gerando, pois, responsabilização direta.

Quanto à alegação de peculato de uso, a sentença a refutou com propriedade.

De fato, o que não configura ilícito penal (mas de natureza administrativa ou civil) é a utilização momentânea do bem, sem *animus domini*, que logo é repostado pelo servidor, intacto, nas mesmas condições em que se encontrava antes, no lugar de onde foi retirado.

E esse, decididamente, não é o caso dos autos.

O apelante, como ele próprio esclareceu, desviou os bens da Delegacia, dentre eles um veículo Pick'up Fiat Strada e uma motocicleta Honda MX 200, que se achavam depositados no pátio da Delegacia de João Pinheiro, bem como um aparelho de DVD - além de documentos públicos (laudos periciais, autos de infração de trânsito, requisições do Ministério Público etc.) -, valendo-se de sua condição de Escrivão de Polícia *ad hoc*, por longo período, e não os restituiu. A apropriação se deu no início do ano de 2004, tendo o réu permanecido na posse dos bens até março de 2005, quando foram apreendidos em sua residência. Nesse interregno, deles se utilizou não só para executar tarefas relativas à sua atividade pública, mas também para fins particulares, o que ficou bem positivado nos autos.

Acrescente-se que o argumento de que tal procedimento se deu com autorização da Autoridade Policial não restou demonstrado. Ao contrário, o Delegado de Polícia a quem estava o réu subordinado negou peremptoriamente tal concessão.

No que tange à alegação de que não era servidor público, o argumento também não procede.

Sabe-se que o Código Penal tomou o conceito de funcionário público, elemento do crime de peculato, em seu sentido mais amplo. De forma expressa, dispensou os requisitos da permanência e remuneração como característicos e referiu-se a cargo, emprego ou função.

Como anotam Alberto da Silva Franco *et alli*,

[...] adotando a noção extensiva, o nosso Código ainda lhe deu maior elasticidade, não exigindo, para caracterização de

funcionário público, nem mesmo o exercício profissional ou permanente da função pública. Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não é propriamente a qualidade de funcionário que caracteriza o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens* (ex: o jurado, a cujo respeito achou de ser expresso o art. 438 do CPP. O depositário nomeado pelo juiz etc.). Considera-se funcionário público, segundo o texto legal, não só o indivíduo investido, mediante nomeação e posse, em cargo público (devendo entender-se por tal, *ut* art. 2º do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, aquele que é criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres públicos) ou que serve em emprego público (eventual posto de serviço público, fora dos quadros regulares e para o qual não haja necessidade, sequer, de título de nomeação), como também qualquer pessoa que exerça função pública, seja esta qual for (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Parte Especial, 6. ed. São Paulo: RT, v. 1, t. 2, p. 3.652).

Acerca da comprovação de sua condição de servidor, a questão é incontroversa nos autos, destacando a sentença, com propriedade, a confissão do réu, os testemunhos tomados - em especial aquele prestado pelo Delegado, superior hierárquico do acusado - e os documentos acostados, que confirmam que o acusado, contratado pela Prefeitura de Brasilândia de Minas, foi cedido à Delegacia de João Pinheiro, onde vinha exercendo a função de Escrivão *ad hoc* desde o início do ano de 2002.

Demais, como assinala Mirabete, citando lições de Magalhães Noronha e Nelson Hungria, "é irrelevante que o servidor tenha prestado compromisso ou tomado posse ou que sua admissão tenha sido irregular" (*Manual de direito penal*, p. 299).

A decisão merece reparo, contudo, no tocante à apropriação ou desvio dos documentos públicos encontrados em poder do apelante.

Na verdade, tendo sido desconsiderada na sentença a configuração de crime autônomo em relação a esse fato, capitulado na denúncia no art. 314 do Código Penal (extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento), também não se sustenta a sua tipificação como peculato, por faltar à coisa (documentos) algum valor econômico apreciável.

Aliás, o que fez a sentença, em relação aos documentos encontrados em poder do réu, foi dar nova classificação jurídica ao fato, como peculato, tanto que estabeleceu sanção específica para essa conduta. A consunção anunciada na parte expositiva da decisão, com a declaração de que o desvio dos documentos estaria abrangido pelo crime de peculato, não se materializou ao final, quando se fixou para a "apropriação de diversos documentos públicos e particulares" (f. 640) as penas de cinco anos e três meses de reclusão e cinquenta dias multa.

*Data venia*, diante dos fundamentos da sentença, há uma inarredável incongruência na condenação do

réu quanto a esse aspecto, o que impõe a simples desconsideração desse aspecto da condenação, fazendo-se o necessário ajuste na reprimenda.

Finalmente, quanto à continuidade delitiva, restaram bem delineadas nos autos três ações delituosas perpetradas pelo apelante no sentido de desviar os bens da Delegacia, devendo as subsequentes ser havidas, pelas condições análogas de tempo, lugar e modo de execução, como continuação da primeira.

Trata-se de hipótese de concurso mais favorável ao réu, na medida em que confere aos desvios, por razões de política criminal, tratamento unificado e mais moderado do que na outra hipótese possível, a do concurso material de infrações.

As penas-base foram fixadas com criteriosa análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, devendo ser mantidas.

O regime prisional, semiaberto, e o valor unitário mínimo da pena pecuniária devem ser mantidos.

Correto, também, o decreto de perda da função pública, com supedâneo no art. 92, I, a, do Código Penal.

Ante o exposto, provejo parcialmente o recurso interposto para excluir da sentença uma das penas fixadas, relativamente à conduta de apropriação de documentos públicos e particulares, tipificada na denúncia no art. 314 do Código Penal e tida na sentença como absorvida pelo art. 312 do Código Penal, reduzindo, em consequência, para 1/5 o aumento a ser aplicado sobre uma das penas (idênticas) de cinco anos e três meses de reclusão e cinquenta e sete dias-multa, pela continuidade delitiva, reduzindo a reprimenda final, assim, para seis anos e três meses de reclusão e sessenta dias-multa, mantidas, quanto ao mais, as cominações da sentença.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.