

Peculato - Função pública - Funcionário público - Equiparação - Tipicidade - Apropriação indébita - Exercício arbitrário das próprias razões - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Aumento - Pena restritiva de direitos - Proporcionalidade

Ementa: Peculato. Função e verba de naturezas públicas. Tipo penal configurado. Desclassificação indevida. Pena-base. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixação acima do mínimo legal. Pena restritiva de direitos. Gravidade do crime. Proporcionalidade definida.

- Exercendo o acusado função pública e apropriando-se de verba destinada a órgão público por meios fraudulentos, ao induzir terceiro em erro, resulta caracterizada a prática do delito previsto no art. 312 do CP, afastando-se a pretendida desclassificação àqueles definidos nos arts. 168 e 313 do aludido código.

- Também não se há falar no exercício arbitrário das próprias razões, quando não verificada a existência ou verossimilhança do crédito apropriado.

- A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP deve ater-se à situação fática definida na instrução do feito. Assim, evidenciado que a conjunção de tais circunstâncias é desfavorável ao acusado, resta possibilitada a fixação da sua pena-base acima do mínimo legal.

- A pena restritiva de direitos deve ser proporcional à gravidade do delito praticado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0151.02.000563-4/001 - Comarca de Cássia - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Fernando Maia Arantes Júnior - Apelados: Fernando Maia Arantes Júnior, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2008. - Delmival de Almeida Campos - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo 2º apelante, o advogado Getúlio Cerqueira.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS (convocado) - Registro a presença do ilustre advogado Getúlio Cerqueira, que assiste ao julgamento pelo 2º apelante, em substituição à inscrita para sustentação oral, a advogada Lílian Maria Arantes Bernardino.

Cuida-se de dois recursos de apelação, intentados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e por Fernando Maia Arantes Júnior, respectivamente, contra sentença que julgou procedente a denúncia oferecida pelo primeiro contra o segundo, condenando-se este último a cumprir a pena de um ano, um mês e dez dias de reclusão, em regime aberto, além de pagar seis dias-multa, por incurso no art. 312, na forma do art. 71, ambos do CP. O acusado foi beneficiado pela substituição da sua pena corporal por uma restritiva de direitos, consistente no pagamento de pecúnia a uma entidade beneficente.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram objeto de sucinta reportagem no relatório de f.

Conhece-se de ambos os recursos, por atenderem as suas condições de admissibilidade.

Aprecia-se, inicialmente, o recurso manejado por Fernando Maia Arantes Júnior, por impugnar a classificação jurídico-penal do delito a ele imputado.

O nomeado apelante sustenta que se desconsiderou a intenção do agente, bem como as particularidades do acontecido, por isso, não houve a correta definição jurídico-penal do fato, pois há real dúvida sobre qual seria a sua conduta delituosa, por incidir em vários tipos penais, decorrência de que considera que deveria ser aplicada a mais branda, em face do princípio *in dubio pro reo*. Afirma, mais, que não se apresenta o tipo do peculato próprio, em razão de que o dinheiro não era público e ele não tinha atribuição legal para recebê-lo, circunstâncias estas que determinam a desclassificação do delito para o previsto no art. 313 do CP, ou mesmo, para o de apropriação indébita. Nesse aspecto, alega que as provas coligidas no feito indicam, inclusive, que agiu no exercício arbitrário das próprias razões, mas que nunca praticou o crime de peculato, a exigir a reforma da classificação vertida na sentença.

Compulsando o processado, infiro que a materialidade do delito se estampa nos documentos de f. 09/29 e a autoria do mesmo se encontra demonstrada pela confissão do apelante no seu interrogatório de f. 114 e

pelo disposto na prova testemunhal de f. 132/134 e f. 136/149, pelo que não se há de falar na absolvição do apelante.

Nesse tocante, vislumbro que o conteúdo da aludida prova testemunhal sinaliza que o apelante incidiu na conduta delineada no art. 312 do CP, porquanto, à época dos fatos, trabalhava no Cislap, um consórcio formado por prefeituras de alguns Municípios do sul do Estado de Minas Gerais para fornecer serviços de saúde à população local. Logo, indubitosa é a condição de funcionário público do apelante, a teor do art. 327, *caput*, do referido código, cujo exato alcance é dado pela lição de Celso Delmanto, *verbatim*:

Conceituação: Para efeitos penais, o conceito de funcionário público é diverso do que lhe dá o Direito Administrativo. Para o CP, é funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Para a caracterização, portanto, é desnecessária a permanência ou remuneração pelo Estado. Além de cargo ou emprego, a lei menciona função pública, com o que 'quis deixar claro que basta o simples exercício de uma função pública para caracterizar, para os efeitos penais, o funcionário público' (H. Fragoso, *Jurisprudência criminal*, 1979, II/nº 250). Assim, ainda que a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará incluída no conceito penal de funcionário público, desde que exerça de algum modo, função pública. Para fins penais, são funcionários públicos: o Presidente da República, do Congresso, dos Tribunais, os senadores, deputados, os vereadores, os jurados (CPP, art. 438); os serventuários da justiça; as pessoas contratadas, diaristas ou extranumerárias, etc. (*Código Penal comentado*. 3. ed., Ed. Renovar, p. 492/493).

A prova testemunhal e os documentos de f. 14/29 também demonstraram que o Instituto São Vicente de Paulo endereçava determinada verba ao referido Cislap, por meio de cheques nominais ao mesmo. Estes títulos de crédito eram recebidos pelo apelante, na condição de secretário executivo do mencionado órgão público, sendo certo que os endossava indevidamente para si e os depositava na sua conta bancária. Dessarte, constata-se que o apelante empreendia manobras fraudulentas para se apropriar da aludida verba, não havendo erro do referido Instituto São Vicente de Paulo no repasse da mesma, pelo que se evidencia o acerto do raciocínio vertido na sentença sobre a não-caracterização na espécie vertente do tipo penal inculcado no art. 313 do CP.

Nesse tocante, detecta-se que a condição de funcionário público do apelante e a natureza pública da verba por ele apropriada demonstram que o apelante não praticou o delito de apropriação indébita.

Outrossim, deflui do arcabouço probatório inserto no feito que o apelante não agiu no exercício das próprias razões, pois nem sequer comprovou a existência de eventuais créditos com a sua empregadora ou que, pelo menos, evidenciasse a verossimilhança de tais créditos que pudesse ocasionar a prática da conduta prevista no art. 345 do CP.

Por conseguinte, infiro ser correta a capitulação do crime imputado ao apelante, devendo prevalecer a disposição sentencial correspondente.

Lado outro, o apelante aduz que a sua pena foi aumentada no máximo, quanto ao concurso material, contrariando a análise favorável das circunstâncias que envolveram o delito, a determinar que a referida causa de aumento seja fixada em 1/6, com a decorrente reforma do dispositivo sentencial respectivo.

Essa argumentação do apelante, ao meu aviso, imiscui com o objeto do recurso do *Parquet*, assim o seu exame será realizado conjuntamente com o apelo ministerial.

O RMP alega que a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foi muito branda ao acusado, pois os motivos, as circunstâncias e as conseqüências foram francamente desfavoráveis ao mesmo, em razão de que as suas eventuais dificuldades financeiras não justificam a prática do delito, dado ser um fator comum a inúmeras pessoas. As circunstâncias que envolveram o crime e as suas conseqüências são negativas, haja vista que o numerário apropriado pelo acusado foi repassado pelo SUS, para pagar o atendimento médico da população carente. Portanto, considera que essas circunstâncias judiciais negativas determinam a elevação da pena-base do acusado.

À minha ótica, é de se conceder razão ao RMP, porquanto a análise das circunstâncias do art. 59 do CP, conforme vertida na sentença à f. 257, não acompanhou bem o substrato fático trazido a lume no transcorrer da instrução criminal, em face de que, realmente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime não favorecem o acusado. Vejamos.

Deflui dos depoimentos das testemunhas Miguel Aparecido Rodrigues e Bernardo Valente (f. 149/150) que o acusado possuía um bar à época dos fatos focalizados neste feito e que tal negócio não vingou por problemas financeiros. Portanto, vislumbro que os motivos conducentes à prática do crime não foram exclusivamente baseados nos problemas familiares do acusado, havendo inequívocos laivos de cupidez na sua intenção. Ademais, não se pode ter como favorável a motivação calcada em problemas familiares de caráter financeiro pessoal à prática do crime, em razão de que este tipo de problema é comezinho entre a população e, em regra, não conduz ao delito.

As circunstâncias envolventes do delito em tela são, igualmente, desfavoráveis ao acusado, uma vez que o numerário apropriado era objeto de repasse pelo SUS, cuja finalidade era prover a população carente de atendimento médico.

As conseqüências do crime foram ruinosas, pois o aludido Cislap não teve todo o aporte financeiro a ele destinado, o que, por óbvio, refletiu negativamente no desenvolvimento das suas atividades junto aos seus municípios no período em que o peculato foi praticado.

Portanto, conclui-se que a posterior devolução efetivada pelo acusado não sanou, no seu todo, as conseqüências prejudiciais do crime em apreço.

Por conseguinte, denota-se que a conjunção das circunstâncias judiciais do mencionado art. 59 do CP não favorece o acusado, a exigir a reformulação da sua reprimenda, como se fará a seguir.

Com relação ao delito perpetrado em setembro de 1997, verifico que a culpabilidade do acusado é manifesta, por ter ciência da ilicitude do seu ato; não há prova dos seus antecedentes, como também não o há quanto à sua conduta social e personalidade, o que, na dúvida, nos leva a considerar que tais circunstâncias favorecem o acusado. Entretanto, como examinado acima, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do delito são desfavoráveis ao acusado. Dessarte, fixo a sua pena-base em três anos de reclusão e pagamento de vinte dias-multa.

O acusado beneficia-se da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), reduzindo-se a sua pena em seis meses e cinco dias-multa, a qual passará a ser de dois anos e seis meses de reclusão e quinze dias-multa.

Inexistem agravantes para serem consideradas.

Não há causa de aumento, mas subsiste a de diminuição fixada no art. 16 do CP, determinando a redução da pena em 2/3, ou seja, vinte meses e dez dias-multa. Dessarte, concretizo a pena do acusado em dez meses de reclusão e cinco dias-multa.

No que concerne aos crimes cometidos a partir de outubro de 1997, em número de treze, vislumbro serem idênticas as circunstâncias judiciais, atenuante e causa de diminuição, fixo para cada um dos delitos a pena de dez meses de reclusão e cinco dias-multa.

A pretensão do acusado de que o art. 71 do CP incida no seu patamar mínimo, a meu ver, desmerece guarida, em razão do número de delitos praticados, o largo lapso temporal em que foram praticados e a quantia apropriada. Assim, prevalecerá o dispositivo sentencial que fixou o limite máximo de 2/3 do referenciado texto legal, o que majorará a pena do acusado em seis meses e vinte e dois dias-multa, tornando definitiva a pena do acusado em um ano, quatro meses e vinte dias de reclusão e sete dias-multa.

Prevalecerá o regime prisional estabelecido na sentença, isto é, o aberto.

De outra face, o RMP aduz que a pena restritiva de direitos do acusado deverá ser majorada, pois a prestação pecuniária se revela irrisória ante o ocorrido, a impor a reforma da sentença nesse sentido.

Ponderável se mostra essa asserção ministerial, pois a pena restritiva de direito, ainda que venha a beneficiar o réu, não pode perder a sua natureza retributiva e pedagógica, devendo, assim, guardar proporcionalidade com a gravidade do crime praticado. Em decorrência, considero que a pena restritiva de direito do acusado

deverá ser majorada para dez salários mínimos, cujo montante é mais consentâneo com a gravidade do delito praticado.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo esgrimido pelo RMP e nego àquele manejado por Fernando Maia Arantes Júnior, para reformar a sentença e condená-lo a cumprir a pena de um ano, quatro meses e vinte dias de reclusão, em regime aberto, além de pagar sete dias-multa. Substituo a pena corporal por uma restritiva de direito, consistente no pagamento de dez salários mínimos em favor da instituição beneficente Lar Jesus Maria José, situada na Comarca de Cássia. Permanecem inalteradas as demais disposições da sentença.

Custas, *ex lege*.

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - De acordo.

DES. WALTER PINTO DA ROCHA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

...