

DESCLASSIFICAÇÃO DE DELITO

PECULATO PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Recurso 08000306020204058201
Tribunal TRF5
Relator Desembargador Federal Rubens De Mendonça Canuto Neto
Julgado em 20/09/2021

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DOS ARTS. 171 E 312, CP.

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DOS ARTS. 171 E 312, CP. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE PECULATO. RESPONSÁVEIS POR CASA LOTÉRICA. DESVIO DE VALORES DEPOSITADOS PELOS CLIENTES DESTINADOS À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. UTILIZAÇÃO EM BENEFÍCIO PRÓPRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS CARACTERIZADO COMO SERVIÇO PÚBLICO TÍPICO. MATERIALIDADE E AUTORIAS CONFIRMADAS. ADMINISTRADOR DE FATO DA LOTERIA. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE PECULATO. POSSIBILIDADE. PRÁTICA DE 82 (OITENTA E DOIS) DESVIOS. REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA CORRETAMENTE APLICADA. DOLO DE DESVIO PRESENTE. BOA-FÉ NÃO CONFIGURADA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA DE "PECULATO-DESVIO". PLEITO MINISTERIAL PARA NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS. DESCABIMENTO. APELOS IMPROVIDOS.

01. Apelação interposta pelo Ministério Público Federal e pelos réus em face de sentença que julgou procedente em parte a pretensão deduzida na denúncia para condenar os últimos como incurso nas penas do art. 312, caput, do Código Penal Brasileiro, por oitenta e duas vezes, na forma do art. 71 do CP, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e a 10 dias-multa para cada crime, no valor de 1/20 do salário mínimo vigente à época do crime.

02. A denúncia imputou aos réus a prática dos crimes previstos no art. 171, caput, e 312, caput, do CP, por haverem, entre os anos de 2006 e 2011, no município de Alagoa Grande/PB, na qualidade de administradores da Agência Lotérica CAMISA 7, obtido para si vantagem ilícita em prejuízo alheio, mantendo os clientes da lotérica em erro mediante a entrega de comprovantes bancários falsos, fazendo-os acreditar que os valores por eles repassados seriam efetivamente depositados em suas contas quando, na verdade, o dinheiro estava sendo utilizado pelos denunciados para saldar dívidas e como capital de giro da lotérica.

03. Na sentença, após considerar presentes a materialidade e autoria delitivas em relação ao crime de peculato-desvio, o magistrado singular entendeu que não se fazia possível a incidência da norma que trata do estelionato, visto que os réus receberam os valores na condição de prestadores de serviço público e os desviaram para fins diversos, sendo tal delito - peculato - especial em relação ao crime de estelionato.

04. O Ministério Público Federal alega, em seu recurso, que a pena base deve ser majorada, negativando-se as consequências do delito, pois, além do grande número de vítimas - oitenta e duas - , a descoberta da fraude praticada, em município pequeno, acarretou desconfiança e descrédito da população nos serviços prestados pela Agência e, em última análise, pela própria Caixa Econômica Federal.

05. A apelante R.B.O defende, em seu recurso, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal e, no mérito: a) a ausência de comprovação da materialidade delitiva, mormente porque não houve qualquer exame pericial por parte da acusação, com o intuito de constatar a suposta apropriação dos valores ou das supostas falsificações de recibos bancários; b) a inexistência de autoria, já que o magistrado não teria individualizado a sua conduta; c) ser indevida a equiparação da funcionária da lotérica como funcionária pública; d) inoportunidade da prática do crime do art. 312, CP vez que este pressupõe que o desvio do dinheiro seja em proveito próprio ou alheio, mas, no caso dos autos, o montante foi utilizado para pagamento de dívidas da lotérica com a própria Caixa Econômica; e) a exclusão do aumento de pena na fração de 2/3 referente à continuidade delitiva, já que, embora o Ministério Público Federal tenha apresentado 82 vítimas do crime de peculato, apenas 01 (uma) foi ouvida em juízo.

06. É de se afastar a preliminar de incompetência da Justiça Federal, visto que, além de as loterias funcionarem sob regime de permissão, consideradas unidades de execução do serviço público federal de exploração de loterias, o crime em tela foi praticado também contra a Caixa Econômica Federal, empresa pública da União, a ensejar a incidência da regra de competência prevista no art. 109, IV, CF/88.

07. A materialidade restou comprovada pelos documentos carreados pela Caixa Econômica Federal, nos quais foram noticiadas as irregularidades praticadas, tais como a abertura de contas fictícias e os depósitos e saques sem registro, com recibos emitidos aos clientes pela própria Unidade Lotérica, fora dos padrões fixados pela instituição financeira e sem seu respectivo lançamento nos sistemas da Caixa.

08. Também corroboram a materialidade delitiva as representações efetuadas pelos clientes, juntadas aos autos, nas quais relatam - juntamente com o recibos das transações que teriam sido entregues pelos réus - terem se dirigido à referida lotérica para abertura de contas bancárias e a realização de depósitos que nunca se concretizaram.

09. Consta, ainda, nos autos, que, para controlar o fluxo financeiro da lotérica, os réus mantinham um sistema paralelo de contabilidade, através de uma planilha de Excel, onde eram anotados todos os depósitos realizados pelos clientes, bem como os saques por eles efetuados, a fim de permitir eventual movimentação caso solicitado posteriormente pelos clientes, impedindo que estes desconfiassem do esquema criminoso. Havia clara situação de desvio de bens havidos pela condição de permissionário/prestador de serviço público.

10. Com relação à possibilidade de imputação do crime aos apelantes, a sentença foi clara quando consignou que o permissionário e o administrador de fato encarregados da gerência da unidade lotérica se equiparam a funcionários públicos para fins penais, na forma do art. 327, § 1º, do Código Penal, uma vez que contratado para a execução de atividade típica da Administração Pública (exploração do serviço público federal de loteriais).

11. Irrelevante, para a configuração do crime do art. 312, CP, que o dinheiro desviado tenha sido utilizado para pagamento de dívidas da lotérica com a própria Caixa Econômica, porque, em verdade, o montante foi utilizado em proveito dos próprios apelantes, para saldar débitos que possuíam diretamente com a instituição financeira. Configurado, portanto, o desvio em proveito próprio, elementar do tipo penal.

12. Não prospera a alegação de que não seria cabível o aumento de pena na fração de 2/3 (dois terços) referente à continuidade delitiva dos crimes citados porque, segundo defende, apenas uma, das 82 (oitenta e dois) vítimas apontadas, prestou depoimento. Na verdade, constam, nos autos, vários documentos que

comprovam as movimentações financeiras ilícitas praticadas pela dupla, além dos depoimentos de outras testemunhas, não se fazendo obrigatório que todas prestassem testemunho a fim de se reconhecer as várias movimentações financeiras ilícitas realizadas, nos mesmos moldes.

13. O apelante E.G.S. argumenta, em suas razões recursais, que não haveria que se falar em crime de peculato visto que o desvio informado na sentença não se deu em bem ou valor originariamente público, mas sim de particular, vez que os valores só pertenceriam à autarquia federal se fossem depositados. Não prospera tal assertiva. Com efeito, o crime contra a Caixa Econômica Federal ocorreu justamente porque lhe foi subtraído todo o montante depositado por particulares, que deveriam ser enviados à referida instituição financeira. A ausência de depósito não pode ser levantada para afastar a prática delitiva de peculato, mas, em verdade, para reafirmá-la.

14. Defende o recorrente que está ausente o dolo de desviar valores da CEF vez que o montante deslocado fora utilizado, momentaneamente, para pagamento de dívidas perante a própria instituição financeira, e que boa parte dos valores por ele retidos foram devolvidos aos interessados, devidamente corrigidos, quando estes requereram a retirada parcial ou total dos valores depositados.

15. As alegações do apelante não afastam a conclusão pela presença do dolo de desvio em sua conduta. Isso porque, restou demonstrado, pelas provas dos autos, que os administradores da Lotérica Camisa 7, agiam de forma consciente e volitiva, desviando valores a eles entregues para depósitos em contas da Caixa, utilizando-os para benefício próprio. Para tanto, emitiam recibos falsos e mantinham uma contabilidade em paralelo, entregando valores quando sacados por alguns clientes, impedindo a descoberta da fraude e permitindo a continuidade do ilícito.

16. Não há que se falar em boa-fé na conduta do réu, mormente em se considerando que, embora tenha afirmado que a intenção era restituir os valores dos clientes, a devolução não ocorreu na integralidade, tendo sido a Caixa obrigada a efetuar um alto valor como ressarcimento para aqueles que não conseguiram reaver o patrimônio desviados pelos réus - quantia em torno de R\$ R\$ 421.666,50 - quatrocentos e vinte e um mil, seiscentos e sessenta e seis reais e cinquenta centavos.

17. O fato de haver a possibilidade de cobrança da CEF na seara civil não afasta a possibilidade de punição no âmbito penal, em razão da independência das instâncias.

18. Não há que se acolher o pleito de desclassificação do crime para apropriação indébita. Isso porque, além de demonstrada a possibilidade de imputação do crime de peculato ao administrador de fato de uma lotérica, o núcleo do tipo do art. 312, CP, praticado pelos réus foi o do "peculato-desvio", e não o de "apropriação", como busca fazer crer o apelante.

19. Não procede a tese defendida pelo apelante de que a consumação do crime apenas se daria quando o réu tivesse decidido, deliberadamente, não devolver o importe financeiro do cliente. O crime de peculato na modalidade "desvio" se consome justamente quando o dinheiro deixa de receber a sua destinação correta, sendo desviado para finalidade diversa - in casu, para saldar dívidas dos próprios apelantes.

20. O Ministério Público Federal alega, em seu recurso, que a pena base deve ser fixada levando em consideração a gravidade das consequências do delito, já que, além do número de vítimas - oitenta e duas - , a descoberta da fraude praticada, em município pequeno, acarreta desconfiança e descrédito da população nos serviços prestados pela Agência e, em última análise, pela própria Caixa Econômica Federal. Indevida a negatização dessa circunstância judicial visto que a ocorrência de 82 (oitenta e dois) crimes já foi utilizada

para incidência da regra da continuidade delitiva em seu patamar máximo, qual seja, 2/3, e os reflexos causados à imagem da instituição bancária não foram graves a ponto de justificar a valoração negativa desse vetor.

21. Apelações dos réus e do Ministério Público Federal improvidas.

FMD