

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ (RELATOR):

Cuida-se de apelação interposta por CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES, já devidamente qualificado nos presentes autos, em face da sentença de fls. 284/290, que julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia para condenar o ora apelante pela prática do crime previsto no art. 312, **caput**, c/c o art. 71, ambos do CP, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime aberto, e quarenta (quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos.

Inconformado, o apelante insurge-se contra a sentença, alegando a inexistência de dolo na conduta praticada pelo recorrente, **“primeiro porque agiu em obediência à pressão e à ordem emanada de sua chefia, in casu, o Sr. Manoel Ferreira; segundo porque todas as vezes que cedia à pressão feita por Manoel Ferreira, exigia deste que assinasse recibos dos numerários a ele entregue, totalizando um montante de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), recibos que ficavam retidos no cofre do caixa da respectiva Agência dos correios; terceiro porque o numerário não desapareceu, sem explicação, da Agência dos Correios de Itaituba/PA, eis que constava no nome de Manoel Ferreira o débito referente a tal valor, através do recibo unificado, importando em R\$ 13.000,00 (treze mil reais)”**. Aduz que assumiu inteira responsabilidade pelos saques, conforme apurado em inspeção administrativa. Afirma que seu superior hierárquico requeria o numerário; tinha total autonomia administrativa para sacar o dinheiro e usá-lo nas despesas usuais da Agência.

Ao final, requer seja dado provimento ao presente recurso de apelação para, reformada a sentença, ser ele absolvido, em conformidade com o disposto no art. 386, III, do CPP.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 309/316.

A douta PRR/1ª Região, nesta instância, opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

**V O T O**

**O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL NEY BELLO (RELATOR CONVOCADO):**

Esse o teor do requerimento ministerial, iniciando o feito:

*“O Ministério Público Federal, oficiando neste feito o Procurador Regional da República ao fim assinado, vem perante V. Exa. Oferecer DENÚNCIA em face de*

*MANOEL EVERALDO SOUSA FERREIRA, brasileiro, natural de Santarém/PA, casado, filho de José de Sousa Ferreira e Raimunda de Souza Ferreira, nascido a 31.05.1959, portador da C.I. nº 113.567, SSP/AP, residente na Rua São Francisco, nº 40, bairro Nova Esperança, Manaus/AM, CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES, brasileiro, natural de Aveiro/PA, casado, filho de Manoel Alves e Maria Nazaré da Conceição Alves, nascido a 17.01.1956, portador da C.I. nº 3437742, SEGUP/PA, residente na Av. São José, nº 239, Centro, Itaituba/PA, pelos fundamentos a seguir aduzidos.*

*O anexo Procedimento nº 139/2001-PR/PA, versa sobre a prática de ilícito penal contra a ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, atribuída solidariamente aos supra denunciados.*

*Em decorrência de inspeção realizada em outubro de 1996, foi detectada a falta de numerário no caixa da Agência dos Correios de Itaituba/PA, no montante de R\$ 15.015,54 (quinze mil, quinze reais e cinquenta e quatro centavos), dos quais R\$ 13.000 (treze mil reais), foram comprovadamente retirados pelo primeiro e segundo denunciados, à época empregados da instituição, conforme relato de fls. 88/89.*

*Nas declarações prestadas à auditoria instaurada na ECT, o primeiro denunciado, que chefiava a agência desde novembro de 1993, afirmou: "(...) que a partir de março deste ano (1996) passou a solicitar dinheiro ao encarregado do caixa da agência, proveniente da arrecadação diária, no que era atendido pelo encarregado do caixa, o empregado CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES; que como comprovante da retirada da importância solicitada e atendida, firmava recibo em um pedaço de papel avulso, onde constava o valor e a assinatura deste declarante; que da segunda retirada em diante não lembra quantas foram as retiradas, daí em diante não teve mais condições de repô-las ao cofre da Agência; (...) que quando da elaboração do balancete de incorporação para passagem do caixa da Agência CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES para JOÃO SOARES DA COSTA, em 11.10.96, os recibos existentes no cofre da Unidade, referentes às retiradas de dinheiro sob a responsabilidade deste declarante foram somados e substituídos por um único recibo no valor de R\$ 13.000,00 (...)." Assim, o documentalmente comprovado pela inspeção restou corroborado mediante a confissão do ora denunciado.*

*No tocante a CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES, encarregado do caixa da Agência desde 15.09.94, ouvido pela auditoria às fls. 27/29, confirmou o que fora declarado por Manoel: "(...) que o empregado MANOEL EVERALDO SOUSA FERREIRA solicitou dinheiro da arrecadação da Agência e foi atendido por este declarante; (...) que no dia 07.10.96, MANOEL FERREIRA somou todos os recibos, importando o valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), e providenciou um único recibo no valor total da importância*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.39.00.004872-4/PA

*somada (...)"*. O segundo denunciado, portanto, reconheceu a participação no ilícito perpetrado.

*Além das robustas provas documentais e declarações dos denunciados nos autos, mister destacarmos o informado por JOÃO SOARES DA COSTA, às fls. 30/31, que substituiu o segundo denunciado como encarregado de caixa da Agência: "(...) que existiam papéis indicando valores retirados pelo chefe da Agência, MANOEL EVERALDO SOUSA FERREIRA, que após somados foram transformados em um único recibo no valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) (...)"*.

*Depois de comprovada a irregularidade, foram os denunciados demitidos por justa causa, conforme TRCTs de fls. 109/110.*

*Instaurada Tomada de Contas Especial pelo TCU, o débito de responsabilidade dos denunciados foi atualizado até 12/07/2000, importando no montante de R\$ 22.091,18 (vinte e dois mil, noventa e um reais e dezoito centavos).*

*Pelo exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia MANOEL EVERALDO SOUSA FERREIRA e CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES como incurso no art. 312, **caput**, do CPB, requerendo-se o recebimento desta e posterior citação dos réus para interrogatório, sob pena de revelia, prosseguindo-se nos demais atos do processo até final sentença que julgue procedente a imputação formulada." (fls. 03/05).*

Às fls. 211/212, a douta Juíza de primeiro grau determinou a suspensão do processo, em relação ao acusado MANOEL EVERALDO SOUZA FERREIRA, ficando, em consequência disso, também suspenso o prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 9.271/96.

Analisando a denúncia, a respeito do segundo réu, CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES, assim decidiu o ilustre Juiz **a quo**:

*"1. A materialidade do crime está comprovada pela auditoria realizada pela ECT (fls. 83/90) e pelo demonstrativo de débito elaborado pelo Tribunal de Contas da União (fls. 166/167), após processo de tomada de contas, onde o ora Acusado e o co-réu Manoel Everaldo Sousa Ferreira foram condenados ao pagamento do débito de R\$ 13.000,00 (treze mil reais).*

*Também não há dúvida sobre a autoria, pois a farta prova documental, testemunhal e as próprias declarações do réu CARLOS ALBERTO demonstram que esse, na qualidade de encarregado do caixa da agência dos Correios de Itaituba/PA liberava dinheiro em benefício de colegas de trabalho, notadamente em favor do co-réu Manoel Everaldo, seu chefe à época. Em nenhum momento, seja na fase extrajudicial, seja na fase judicial, o réu CARLOS ALBERTO negou esse fato.*

*Com efeito, no interrogatório realizado em juízo, o Réu declarou (fl. 204):*

*"QUE, diariamente o chefe da agência local requisitava dinheiro do tesoureiro (na época o acusado aqui presente) para pagamento de transportes, malas e etc., tudo mediante recibo de papel avulso assinado pelo gerente;"*

*O depoimento supra mostra-se de acordo com o depoimento do co-réu Manoel Everaldo Sousa Ferreira perante a Auditoria dos Correios (fl. 51):*

*"a partir de março deste ano, não recorda a data, passou a solicitar dinheiro ao encarregado do CAIXA da Agência, proveniente da arrecadação diária da Agência Itaituba, no que era atendido pelo encarregado de Caixa, empregado Carlos Alberto da Conceição Alves, como comprovante da retirada da importância solicitada e atendida, firmava recibo em um pedaço de papel avulso, onde constava o valor e a assinatura deste declarante; a primeira retirada de dinheiro foi reposta pelo declarante, no final do mês de março/96, quando do recebimento do seu salário; da segunda retirada em diante, não*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.39.00.004872-4/PA

*lembra quantas foram as retiradas, daí em diante não teve mais condições de repô-las ao cofre da Agência; o montante retirado de responsabilidade deste declarante importa o valor histórico de R\$ 13.000,00 (treze mil reais)."*

*No mesmo sentido, são as declarações de Carlos Alberto da Conceição Alves prestadas perante a Auditoria dos Correios (fl. 54):*

*"O empregado Manoel Everaldo Sousa Ferreira solicitou dinheiro da arrecadação da Agência e foi atendido por este declarante, em março deste ano, não recordando o dia, nem o valor preciso, mas foi em torno de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), valor este que foi reposto pelo Manoel Everaldo Sousa Ferreira, aos cofres da Agência, com o salário do solicitante; sucederam os pedidos de dinheiro do cofre da Agência pelo Manoel Everaldo Sousa Ferreira e sempre atendido (sic), chegando ao montante em torno de R\$ 700,00 (setecentos reais), importância esta que coberta/resposta ao cofre da Agência, digo, importância esta que foi coberta/reposta ao cofre da Agência quando da chegada dos TCI's da GAUDI nesta cidade na última inspeção nesta Agência, em maio deste ano, com isso evitou-se que o fato irregular fosse detectado pelos Técnicos de Controle Interno; tão logo o término dos trabalhos da GAUDI, o Manoel Everaldo Sousa Ferreira voltou a solicitar dinheiro da arrecadação da Agência, no que foi atendido por este declarante;"*

*A testemunha JOÃO SOARES DA COSTA confirmou a conduta irregular do Réu, no depoimento em juízo (fl. 222):*

*"QUE, durante o repasse da tesouraria do Sr. Carlos para a testemunha aqui presente, o segundo denunciado (CARLOS ALBERTO) explicou ao Sr. João Soares (a testemunha), que aqueles recibos avulsos eram do seu Everaldo e que Carlos teria lhe passado aquele valor correspondente em dinheiro, declarou ainda a testemunha que ao verificar os recibos avulsos, também pôde reconhecer que a assinatura nos recibos avulsos era do primeiro denunciado, até porque o mesmo conhecia a assinatura de Everaldo; QUE, declarou a testemunha desconhecia (sic) o motivo pelo qual Everaldo pedia ou retirava o dinheiro junto a tesouraria; (...) QUE, declarou a testemunha também ter visto o recibo no valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), que correspondia no total do desfalque;"*

*Já a testemunha CÁSSIO NOBERTO COSTA COUTO, em juízo, declarou (fl. 237):*

*"QUE o encarregado do caixa é a única pessoa que poderia retirar formalmente valores do sub-caixa, através de documento titularizado SRN; (...) QUE, nem o chefe daquela empresa poderia retirar valores do sub-caixa; QUE, o chefe da empresa somente poderia retirar valores do caixa como ele fez;"*

*Com a devida vênia dos argumentos da defesa, não me convenço da ausência de dolo do réu CARLOS ALBERTO, pois a leitura do caderno probatório demonstra que tinha pleno conhecimento de seus deveres enquanto encarregado do caixa da agência dos Correios de Itaituba/PA.*

*O Réu agiu, sim, com plena vontade e consciência de desviar o dinheiro da ECT em favor de colegas de trabalho, contrariando não só deveres funcionais como a norma penal, uma vez que sua conduta configura o crime de peculato (art. 312, **caput**/CP), na modalidade desvio. Não há, pois, falar em peculato culposo, como deseja a defesa em alegações finais, pois o Réu concorreu dolosamente para a consumação do crime de peculato.*

*Com efeito, sobre o peculato-desvio leciona Damásio de Jesus (in Código Penal Anotado, 6ª edição, pág. 822) que:*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.39.00.004872-4/PA

"O funcionário, embora sem o **animus rem sibi habendi**, i. e., sem ânimo de apossamento definitivo, emprega o objeto material em fim diverso de sua destinação específica, em proveito próprio ou alheio."

Também não aproveita ao Réu a alegação de que teria agido sob obediência hierárquica, pois esta só exclui a culpabilidade se não for manifestamente ilegal. E no caso dos autos, é indubitoso que o Réu agiu consciente da ilegalidade da ordem recebida de seu chefe MANOEL EVERALDO SOUSA FERREIRA.

Tampouco afasta o dolo do Acusado a alegação de que liberava o dinheiro em favor de sua chefia e de colegas de trabalho em decorrência de um não provado estado de necessidade. Se assim fosse, na verdade, a maioria da população estaria legitimada para a prática do crime contra o patrimônio, bastando alegar estado de necessidade. Não demonstrou a defesa a presença dos requisitos do art. 24/CP, que caracterizam o estado de necessidade.

Convenço-me, pois, de que o réu CARLOS ALBERTO praticou o crime de peculato-desvio (art. 312, **caput**/CP), ao utilizar recursos da ECT para satisfazer interesses particulares de colegas de trabalho.

Passo a aplicar-lhe a pena, nos termos do art. 59/CP.

O Réu é imputável, tinha consciência da ilicitude de sua conduta e lhe era exigível conduta diversa, tendo agido com dolo em grau intenso, ao trair a confiança que lhe foi depositada pelos Correios. Os antecedentes, sua conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime nada apresentam de excepcional. As conseqüências do crime foram minimamente reparadas, uma vez que pago apenas o valor de R\$ 533,66 (fl. 157), de um montante de R\$ 13.000,00 devidos. Considerando, pois, como necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, e multa de 30 (trinta) dias-multa, calculado o dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Deixo de aplicar a atenuante do art. 65, III, "c" (cumprimento de ordem de autoridade superior), pois a incidência de atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ). Não se verificam agravantes.

Presente a causa de aumento do art. 71/CP (crime continuado), aumento a pena-base de 1/3 (um terço), pois, conforme se verifica nos autos, a conduta delituosa foi repetida inúmeras vezes, e sempre sem comunicação aos auditores da ECT. Desse modo, passo a pena para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e multa de 40 (quarenta) dias-multa, calculada na forma acima especificada, pena esta que torno definitiva, à míngua de outras causas de aumento ou de diminuição.

O regime inicial para o cumprimento da pena é o aberto, pois as circunstâncias judiciais não impõem a necessidade de fixação de regime mais severo.

Presentes os requisitos do art. 44/CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistindo a primeira na prestação de serviços à comunidade, perante escolas e hospitais, preferencialmente públicos, e a segunda, na doação de 03 (três) cestas básicas, no valor de 01 (um) salário-mínimo cada uma, à Casa do Índio, mantida pela FUNAI.

2. Posto isto, julgo procedente a ação penal para condenar CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e multa de 40 (quarenta) dias-multa, calculada conforme fundamentação, pela prática do crime do art. 312, **caput**/CP (peculato-desvio) c/c o art. 71/CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.39.00.004872-4/PA

*Presentes os requisitos do art. 44/CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistindo a primeira na prestação de serviços à comunidade, perante escolas e hospitais, preferencialmente públicos, e a segunda, na doação de 03 (três) cestas básicas, no valor de 01 (um) salário-mínimo cada uma, à Casa do Índio, mantida pela FUNAI.*

*Deixo de decretar a perda do cargo (art. 92, I, "a"/CP), em razão de o acusado já haver sido demitido (fl. 129), por justa causa.*

*Custas pelo condenado.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

*Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do condenado no rol dos culpados." (fls. 285/290).*

A sentença proferida em primeiro grau deve ser reformada.

O apelante, na qualidade de funcionário da ECT, foi condenado em primeiro grau sob a acusação de ter desviado a quantia de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), em favor de seu chefe, Manoel Everaldo Souza Ferreira, configurando, em tese, o crime descrito no art. 312, **caput**, do CP, qual seja, peculato na modalidade desvio.

Apesar de o Juiz ter considerado demonstradas a autoria e a materialidade delitiva, bem assim admitido a ocorrência da conduta dolosa do agente, entendo ser perfeitamente aplicável, na espécie, a causa de exclusão de culpabilidade, face à inexigibilidade de conduta adversa, resultante da obediência hierárquica, permitida em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, dispõe o art. 22 do Código Penal Brasileiro que *"se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem"*.

Na verdade, a obediência hierárquica mencionada no dispositivo acima, traduz-se na causa de inexigibilidade de conduta diversa, em que o agente tem a possibilidade de ver afastada a sua culpabilidade, pelo cometimento do delito, que, segundo o disposto no art. 22 do CP, somente será imputado ao superior hierárquico.

Oportuno ressaltar os pressupostos básicos para a perfeita aplicação dessa causa de exclusão da culpabilidade:

- a) que haja relação de direito público entre superior e subordinado;
- b) que a ordem não seja manifestamente ilegal;
- c) que a ordem preencha os requisitos formais;
- d) que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior;
- e) que o fato seja cumprido dentro da estrita obediência à ordem superior.

No presente caso, a meu ver, verifica-se a presença de todos estes requisitos, senão vejamos:

A relação fundada no direito público é patente, porquanto a ordem adveio de um superior, dentro da organização do serviço público.

Observa-se, também, que a ordem não foi manifestamente ilegal, à medida que as requisições de dinheiro, feitas pelo chefe ao tesoureiro, eram corriqueiras, visando o pagamento de transportes, malas, etc., segundo o que argumentava a chefia.

Neste sentido, trago à colação trecho do interrogatório realizado em Juízo, **verbis**:

*"(...)*

*que o gerente das agências dos Correios tinha total autonomia administrativa financeira; Que, o acusado exercia a função de tesoureiro diante da ECT; Que, todo dinheiro que entrava durante o movimento do dia ia direto para as mãos do tesoureiro; Que, o acusado conheceu o senhor Manoel Everaldo de Sousa Ferreira, E QUE O MESMO EXERCIA A FUNÇÃO DE CHEFE DA ECT*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.39.00.004872-4/PA

*EM Itaituba; QUE, diariamente o chefe da agência local requisitava dinheiro do tesoureiro (na época o acusado aqui presente) para pagamento de transportes, malas e etc., tudo mediante recibo de papel avulso assinado pelo gerente.*” (grifo nosso).

Como se vê, esta declaração do acusado, corroborada com a prova documental acostada aos autos, demonstra que esse procedimento adotado dentro daquela Agência da ECT não era manifestamente ilegal, sobretudo porque o acusado, tesoureiro da ECT à época dos fatos, somente repassava o dinheiro ao seu superior hierárquico, mediante recibo firmado pelo requisitante.

Assim, percebe-se, também, a presença, **in casu**, do terceiro requisito mencionado alhures, vez que a ordem, pelo menos no âmbito da agência da ECT de Itaituba/PA, preenchia os requisitos formais.

Vale dizer que referida ordem para liberação do dinheiro partia sempre do chefe do tesoureiro, ora acusado, ou seja, a competência funcional do superior, a que se refere o quarto requisito básico como pressuposto para reconhecimento da obediência hierárquica, também se verifica nos autos.

Quanto à análise do quinto requisito acima mencionado e por tudo que já considerado foi na análise dos demais, torna-se extremamente fácil concluir que o fato restou cumprido dentro da estrita obediência à ordem superior, adstrito aos limites do que nela se contém, porque, se assim não o fosse, impossível seria a aplicação, na hipótese, da exclusão da culpabilidade ao acusado, pois o subordinado, responderia pelo excesso.

Finalmente, ressalte-se o entendimento do douto representante da Procuradoria Regional da República, nesta instância, que em seu opinativo ministerial, assim manifestou:

*“O repasse do numerário da tesouraria para Manoel Everaldo Sousa Ferreira pelo réu é atitude contrária as normas da empresa (o manual de finanças), mas longe de ser uma ilegalidade. Deste modo, ficando caracterizada a situação de superioridade hierárquica entre Manoel Everaldo Sousa Ferreira e o ora apelante, e demonstrado que a ordem emanada do primeiro não era manifestamente ilegal, consistindo apenas numa irregularidade administrativa, aplica-se a regra inserta no art. 22 do CP, com a conseqüente absolvição do réu.”* (fl. 322).

Com essas considerações, torna-se inadmissível a manutenção da sentença, vez que, estando ausente a reprovabilidade pessoal na conduta do réu, deve-se aplicar a causa de exclusão de culpabilidade prevista no art. 22, 2ª parte, do Código Penal (obediência hierárquica), pela inexigibilidade de conduta diversa.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo do acusado, para reformar a sentença e absolver o réu CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO ALVES do crime a ele imputado nos presentes autos (art. 312, **caput**, do CP), nos termos do art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

É o voto.