

O Peculato Doloso no Direito Brasileiro

JORGE GUEDES

(Promotor na Justiça do Distrito Federal)

1. A palavra *peculato* é proveniente do termo latino *peculatus*, cuja origem, por sua vez, vem de *pecus* — (gado) — que constituía a primitiva moeda para realização de compras e pagamento de multas. Com **SERVIO TULLIO**, em Roma, foi introduzida a moeda cunhada. Daí, então, pela *Lex Julia*, *peculatus*, o crime, que antes era furto de gado (no seu significado primário de única riqueza monetária), passou a ser furto de cousas sagradas e desvio pelo funcionário público de dinheiros privados a êle confiados, em razão do cargo.

2. Na Direito Positivo Brasileiro — ou seja — pelo art. 312 e seu § 1.º do Código Penal, assim se conceitua o delito: “Apropriar-se o funcionário de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio. Pena-reclusão, de dois a doze anos, e multa, de Cr\$ 5.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

§ 1.º Aplica-se a mesma pena se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”.

Façamos, a seguir, uma análise da figura delituosa.

3. *Sujeito ativo do crime*: É o funcionário público, que para efeitos penais, exerce cargo, emprêgo ou função pública, mesmo transitòriamente ou sem remuneração (art. 327 do Código Penal), equiparando-se a êle quem exerce cargo, emprêgo ou função em entidade paraestatal (§ único do citado artigo).

Destarte, se o funcionário de uma autarquia, *verbi gratia*, do Instituto dos Comerciários, dolosamente pratica a malversação do dinheiro do órgão em que trabalha, estará, sem dúvida, praticando *peculato*. O mesmo, porém, já não acontecerá com o funcionário do Banco do Brasil, pois êsse Banco é uma sociedade de economia mista, não se equiparando, de forma alguma, a entidade paraestatal.

Se o empregado de uma empresa particular, incorporada ao patrimônio nacional e transformada, a seguir, em autarquia, pratica desvio de bens dessa empresa após a incorporação, é êle considerado como *peculatório*. Essa tem

sido, por enquanto, a corrente de pensamento majoritária. E' ela, contudo dominante por pequena diferença, porque existe outra, muito ponderável aliás, que julga sòmente aos nomeados em data posterior à incorporação poder-se atribuir a qualidade de funcionário público, por equiparação. Assim sendo, se alguém, nessas condições, desviar bens da empresa encampada, estará cometendo "peculato", ao passo que se o fizer um empregado antigo, admitido antes da encampação, estará cometendo "apropriação indébita", crime muito menos grave, por conseguinte, no tocante à graduação da pena. A respeito, nossa opinião particular é a seguinte: Precisa-se ver, antes de qualquer julgamento *a priori*, a lei *in concreto* que concedeu a encampação. Se ela não fôr expressa no que tange o assunto, fazendo distinções, o criminoso será considerado como funcionário público e, em consequência, peculatório. E' aplicação da regra *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Exemplo: A lei que determinou a encampação da Leopoldina Railway considera empregado particular, regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, o que era lotado, ali, antes da encampação, e funcionário público, o nomeado após.

Ficam sujeitos, ainda, às penas do peculato o co-autor que não seja funcionário público; aquêle que, nomeado para o cargo, não tomou posse, mas praticou atos atinentes à função, com anuência da administração; e aquêle que, nomeado irregularmente exerce o cargo enquanto a nomeação não é anulada.

4. *Elementos objetivos do crime*: Podem ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular. O dinheiro será moeda metálica ou papel-moeda, nacional ou estrangeiro, destinado ao Estado, de propriedade dêste ou não. O valor é constituído pelos títulos da dívida pública, quer nacional (federal, estadual ou municipal), quer estrangeira. Bem móvel público ou particular é aquela coisa móvel capaz de proporcionar utilidade ou bem-estar, suscetível de movimento próprio ou de remoção por fôrça alheia. Existem ccusas móveis que a lei civil equipara às imóveis. Em Direito Penal, todavia, não há essa distinção. Por isso o navio, que, para efeito hipotecário, é considerado imóvel, em Direito Criminal é móvel, sendo, consequentemente objeto de peculato. A eletricidade, pelo art. 155 § 3.º do Código Penal, é equiparada à coisa móvel. Pode ser, portanto, incluída como objeto do crime de que ora se cogita. Não incidem no peculato os serviços. Assim, quem converter em proveito pessoal a mão-de-obra do Estado, não estará cometendo tal crime (Exemplo: Se o Diretor de uma repartição querendo construir casa para si, afasta pedreiros lotados no órgão público que dirige e os utiliza *pro domo sua*).

5. *Modus faciendi* do peculato: O agente pode praticá-lo:

- a) Apropriando-se do bem móvel de que tem a posse em razão do cargo;
- b) desviando-o, em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio; e
- c) concorrendo para que o bem, que não está na sua posse, seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Dizem os mestres da ciência penal que,

no caso da alínea *a* se dá verdadeira apropriação indébita *ratione officii*. No da alínea *b*, se dá destino ou uso ilícito, mas também *ratione officii*, a coisa por que deve responder em quantidade e em espécie. E no da alínea *c* se dá *contemplatione officio*: o agente, valendo-se da regalia que lhe proporciona a qualidade de funcionário, facilita a subtração da coisa ou concorre para que ela seja subtraída.

6. *Elemento subjetivo do crime*: é o dolo, ou seja o cometimento do delito pelo funcionário com a consciência da injuricidade do ato, que praticou (*conscientia sceleris*), e da facilidade que lhe proporcionou a sua qualidade funcional. Difere do peculato culposo, onde o funcionário concorre para o crime por sua imprudência, negligência ou imperícia, crime êsse praticado, lógico e obviamente, por um terceiro, que não é seu comparsa.

7. *Pena*: Sendo ela de reclusão, não admite, *ex vi legis*, a suspensão condicional da pena. A lei foi sábia em punir tão rigorosamente o peculato, já que, praticado contra o bem público, assume caráter de maior gravidade. E o rigor é tal que êsse delito, tendo o máximo da pena superior a dez anos dá azo a prisão preventiva. E mais: dá margem também a prisão administrativa, que tem a duração máxima de noventa dias. O funcionário condenado sofre igualmente, como pena acessória (penal), a perda da função pública e a interdição de direito, constituída pela incapacidade, de cinco a vinte anos, para investidura em função pública, essa última quando a condenação fôr por tempo não inferior a quatro anos.

8. *Circunstâncias excludentes e atenuantes*: O pequeno valor do peculato não exime o agente, nem lhe dá qualquer benemerência especial. Já o estado de necessidade (*in casu* difícilimo de acontecer), devidamente comprovado, é excludente da responsabilidade criminal. O ressarcimento, porém, é simples atenuante. A reparação do dano só extingue a punibilidade no peculato culposo (art. 312, § 3.º do Código Penal), mas, nunca, no doloso. Logo, de nada vale a fiança ou caução prestada anteriormente pelo funcionário, mesmo que cubra ou ultrapasse o alcance.

9. *Momento consumativo*: O peculato admite tentativa onde o agente não consuma o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. A consumação dá-se quando o funcionário remove dolosamente a coisa de que tem a posse, a desvia ou maliciosamente concorre para tanto, *incorporando-a definitivamente* ao seu patrimônio ou de outrem. Para certeza da consumação não é imprescindível a prévia prestação de contas, nem a indispensável a exata fixação da quantia fraudulentamente apropriada ou desviada, desde que existam outras provas sobre essa apropriação ou desvio. A jurisprudência tem entendido que a prestação de contas só é necessária quando o valor do prejuízo não esteja evidente, nem possa, no processo criminal, ser materialmente comprovado. Essa questão, porém, deve ser observada *cum grano salis* com precaução e o Promotor ou o Juiz nela devem ser casuístas, ao menos por medida de economia processual: a apuração das contas é feita, a maioria das vezes, e imediatamente, pela autoridade administrativa, de modo que a Justiça Criminal não se deve antecipar, em muitos casos, àquela autoridade administrativa enquanto não houver apuração do "deficit" ou do alcance.

O peculato pode ainda ser instantâneo, constante de um crime único, ou ser cometido em etapas, constituindo-se em crime continuado, reconhecível conforme as condições de lugar, tempo, maneira de execução, em suma, pela sua homogeneidade objetiva.

10. Finalmente, existe, ainda, outra forma típica de peculato que é o praticado *mediante erro de outrem*. Difere das formas já citadas (art. 312 e § 1.º do Código Penal), por ser executado no *exercício do cargo* e não somente *em razão do cargo*. Está, essa última modalidade de peculato doloso, prevista no art. 313 do Código Penal, e de maneira tão lapidar que, para sua explicação técnica, basta a simples citação do texto legal, sem maiores comentários:

Art. 313. “Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem. Pena: reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 1.000,00 a 10.000,00”.

A máxima “governar é prever” dá uma idéia da importância que se atribui à *previsão* no mundo dos negócios. É exata a afirmação de que se a *previsão* não constitui todo o governo, constitui, pelo menos, uma parte essencial do mesmo. *Prever* significa ao mesmo tempo, calcular o futuro e preparar-se para êle; *prever* é agir.

Administracion Industrial Y General — HENRY FAYOL.