

## DOCTRINA

### Crimes contra a administração pública

Prof. ROBERTO LYRA

(Das comissões elaboradoras dos Códigos Penal, de Processo Penal, Penitenciário e de Menores)

#### IV

XIV. O CRIME DE PECULATO — XV. NO LIVRO V DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS — XVI. PROJETOS E CÓDIGO DE 1830 — XVII. CÓDIGO DE 1890 E PROJETOS — XVIII. LEIS DE 1907, 1909 E 1923.

XIV — Através da história, não há uniformidade quanto aos preceitos e às sanções do crime de peculato e, mesmo quando a severidade dos textos correspondia, se não à ingenuidade ou à hipocrisia do legislador, ao aprêço devido à propriedade pública, a sua aplicação ficava à mercê dos interesses representados pelo Estado. Nem há que distinguir a propriedade pública da propriedade dos detentores do poder sob o comunismo primitivo ou sob o “comunismo” das várias formas do absolutismo, dos clans aos impérios — quando o alto e o altíssimo dispunham, *pro domo sua*, como coisa comum, mediante os pretextos mais diversos, dos bens daqueles que, se tinham o direito, não possuíam a força, sem a qual aquele se reduz ao lírico ou ao demagógico.

Não era sem propósito a admissão do peculato entre os crimes de lesa majestade.

Os próprios textos refletem as desigualdades, bem como as oscilações do conceito de gravidade do crime, que, inicialmente, estava em função exclusiva da qualidade da coisa, passando depois a considerar também a do agente e, afinal, o abuso da função pública e o descrédito do serviço público.

Nos primeiros tempos, o ilícito penal que, na idade pastoril, veio a denominar-se *peculato*, era o furto de coisa sagrada ou pública, pois, como se sabe, o temporal e o suposto espiritual conviveram, desde então. Digo suposto, porque, quando sai da ordem do espírito, o espiritual se temporaliza,

Nas primitivas codificações, como no Código babilônio de Hammurabi, nas leis indianas de Manú e nas egípcias várias previsões, assemelhadas ao peculato dos nossos dias, constituíam crimes públicos, gravemente punidos, até com a pena capital.

O direito romano conheceu o *peculatus*, como “*pecunianae publicae aut sacrae furtus*”. Era o “furtum” próprio ou impróprio de coisa pertencente ao Estado ou a Deus (*sacrilegium*), com três formas especiais: *crimen peculatus*, *crimen sacrilegi*, *crimen residuarum pecuniarium*.

O último-“de residuis” — esboço do peculato impróprio, é o crime do funcionário público que, devedor de quantidade, não restitui, oportunamente, o dinheiro público recolhido e não justifica o seu emprêgo no fim devido. E’ o desfalque, o alcance, que chegou a ser punido em Roma benignamente — veja-se a flutuação dos critérios ao ritmo das circunstâncias — com a restituição do equivalente ou dêste aumentado de um têrço. Em Veneza, o peculatório teria o nome gravado em mármore para “eterna infâmia” e, caminhando ao século XVI, enquanto vivo, o pregão do primeiro domingo da quaresma. No direito cesáreo, por exemplo, prevalecia a consideração, além da fé traída, da facilidade para delinquir, ainda hoje levada em conta.

Em Roma mesmo, o tipo em exame chegou a absorver tôda a subtração de metais ou moedas em prejuízo do “*aerarium*” ou de outra instituição pública, praticada, em regra, pelos magistrados e seus dependentes, englobando, assim, a apropriação indébita, sobretudo a de dinheiro devido ao erário pelos funcionários incumbidos de receber ou pagar. Depois, o peculato abrangeu “tôda fraude”

cometida em prejuízo dos cofres públicos, mesmo não consistindo em subtração ou distração de dinheiro.

Parece certo que o peculato foi sempre crime contra o Estado, punido, ora com a pena capital, ora com pena pecuniária, em altos e baixos da sensibilidade oficial que, sob o cioso arbítrio dos imperadores, chegou a justificar o transbordamento "post mortem" da cólera do *lesado*, mediante a infâmia da memória do culpado e a ação contra os herdeiros.

XV. O título 74 do livro V das Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil, mesmo depois da Independência (lei de 20 de outubro de 1823) trata dos "officiaes del Rey, que lhe furtam, ou deixam perder *sua* Fazenda, per malicia", prescrevendo :

"Qualquer Official nosso, ou pessoa outra, que alguma cousa por Nós houver de receber, guardar, despendar, ou arrendar nossas rendas, ou administrar per qualquer maneira, se alguma das ditas cousas furtar, ou maliciosamente levar, ou deixar levar, ou furtar a outrem, perca o dito Officio, e tudo o que de Nós tiver, e pague-nos anoveado a valia daquillo, que assi for furtado, ou levado, e mais haja a pena de ladrão, que per nossas Ordenações aos ladrões he ordenada, segundo for a quantidade da cousa. E as mesmas penas haverão lugar nos nossos Officiaes, de qualquer Officio que seja, que derem ajuda, conselho, ou favor aos Officiaes conteúdos nesta Ordenação para fazer cada huma das ditas cousas".

Do título 51 do livro 2.º — "Dos thesoueiros e Almojarifes que emprestam Fazenda del Rey ou a pagam contra seu Regimento, ou dão dinheiro a ganho" — consta o seguinte :

"Os nossos Thesoueiros, Almojarifes, Recebedores, Feitores e pessoas outras, que tiverem carregos de receber alguma cousa de nossa Fazenda, assi como dinheiro, mantimentos, mercadorias e cousas do Armazem, madeira, cal e outra qualquer cousa, em todos nossos Reinos e Senhorios, em quanto os ditos Officios de Nós tiverem, não emprestem alguma das ditas cousas a pessoa alguma, nem paguem às pessoas, a que forem devidas, antes do tempo, em que per bem de seus Regimentos hão de fazer os pagamentos. E o que o contrario fizer por qualquer quantidade, por pequena que seja, do emprestimo, ou pagamento antemão, perderá o Officio, e lhe poderá ser pedido, como perdido por erros. E os Officiaes, a que pertencer a dada delles mandarão passar delles Cartas de se *assi he*. E provando-se-lhes, lhes será julgado. E alem disso serão degradados per quatro annos para Africa, e pagarão outra tanta quantia, quanta valer o Officio; e pagarão outrosi anoveado o que emprestarem, e pagarem ante tempo, a metade para nossa Camera, e a outra para quem os acusar; e tendo de Nós moradia, serão riscados della. E se for

Official de algum dos lugares de Africa, além das ditas penas civeis, será degradado para o Brasil per dez anos. I — E cada hum dos ditos Officiaes, que der nosso dinheiro a ganho, além de perder o Officio, perderá para Nós todos seus bens. II — Outrosi não dem spera, ou spaço de tempo, pelo que nos for devido, sem nosso special mandado. E qualquer, que o contrario fizer, pague para Nós quatro vezes tanto, como era a cousa, para que deo o spaço e seja degradado para Africa até nossa mercê. III — Nenhum dos officiaes sobreditos levará cousa alguma às partes, que nellê tiverem despachado algum dinheiro, postoque ellas lho dem de sua livre vontade sob pena de perder o Officio, e pagar vinte cruzados para quem o accusar, e haver a mais pena, que nos bem parecer. E sendo o Officio alhêo pagará a estimação delle para nossa Fazenda. IV — E Official algum dos sobreditos, que tiver carregos de receber dinheiro de seu assentamento e rendas nossas, não passará scriptos rasos de dinheiro, que receber de outros Officiaes, ou pessoas, com que tiver conta, nem fará com elles pagamento a parte alguma, a que dever dinheiro, sob pena de perder o Officio, ou a estimação delle, não sendo seu, e pagar de sua fazenda a quantia, que se montar no scripto, e além disso haverá a pena, que houvermos por bem. A qual pena haverá isso mesmo o Official, que aceitar tal scripto. E sendo Mercador, pagará em dobro a quantia delle além do que dever ao Official, que lho passar. V — E quando fizerem pagamento de dinheiro às partes, que não for todo o que houverem de haver pelas Provisões, que tiverem, cobrarão dellas conhecimentos das quantias que lhes pagarem somente, feitos pelos Scrivães de seus carregos. E não receberão dellas conhecimentos de toda a quantia das ditas Provisões para lhes darem scriptos da demasia, que lhes ficam devendo. E o que fizer o contrario, será suspenso do Officio até nossa mercê, e haverá a mais pena, que houvermos por bem. VI — E porque alguns nossos Officiaes, que recebem dinheiro nosso, pão, mercadorias, e outras cousas, assim nestes nossos Reinos, como fóra delles, quando mandamos que dem suas contas (porque do recebido tem gastado alguma parte, no que lhes vem bem), fazem com os Officiaes, que entram a servir os mesmos Officios, que lhes dem conhecimentos em forma das cousas, que assi tem gastadas nos quaes confessam, que as tem delles recebidas, e de fóra lhes dão segurança de lhas pagarem a certo tempo, ou lhes darem outros conhecimentos das ditas quantias ao tempo, que tornarem a se vir seus Officios: defendemos a todos elles, que não façam o tal engano, nem entreguem dinheiro algum aos ditos Officiaes, que em seus carregos entrarem; porque queremos, que o tal dinheiro se entregue ao Official para isso ordenado. E os Scrivães dos ditos carregos não façam taes conhecimentos, senão do que elles perante si virem receber. E o Official, que conhecimento der, ou receber, e o Scrivão, que o passar, perderá para Nós toda sua fazenda, e será degradado para sempre para o Brazil, ora o Officio seja seu, ora fosse delle encarregado per pouco tempo, ou per muito".

XVI — O projeto Bernardo Pereira de Vasconcellos, apresentado à Câmara dos Deputados, a 4 de maio de 1827, prevê o peculato, entre os "crimes contra o tesouro público":

"O que direta ou indiretamente, ou por algum ato simulado, houver para si em todo ou em parte, propriedade ou efeito em cuja administração, guarda ou disposição deva intervir em razão de seu ofício, ou que entra em alguma especulação de lucro, ou interesse relativamente à dita propriedade ou efeito" etc. (art. 248).

O projeto José Clemente Pereira, submetido à mesma Câmara a 6 dos mesmos mês e ano, inclui o peculato na epígrafe: "Das prevaricações, abusos e omissões dos Empregados Públicos":

"Todo o Empregado Público ou Agente qualquer do governo, que nos ramos da Administração pública confiados ao seu ofício, ou agência, extraviar ou consentir que se extraiam dinheiros ou outro algum efeito público, ou perceber direta ou indiretamente algum interesse, além daquele que a lei lhe houver arbitrado, ainda mesmo que seja a título de comércio, em que por si ou por intermédio de interposta pessoa tiver entrado" etc. (art. 143).

São estas as disposições a respeito do Código de 1830, sob a epígrafe "Dos crimes contra o Tesouro Público e propriedade pública":

"Apropriar-se o Empregado Público, consumir, extraviar ou consentir que outrem se aproprie, consuma ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros, ou efeitos públicos, que tiver a seu cargo".

Art. 171: "Emprestar dinheiros ou efeitos públicos, ou fazer pagamentos antes do tempo do seu vencimento, não sendo para isso legalmente autorizado".

Art. 172: "Nas mesmas penas dos artigos antecedentes incorrerão, e na perda do interesse, que deviam perceber, os que por qualquer título tiverem a seu cargo dinheiros, ou efeitos públicos, e dêes se apropriarem, consumirem, extraviarem ou consentirem que outrem se aproprie, consuma ou extravie; e os que os emprestarem, ou fizerem pagamentos antes de tempo, sem autorização legal".

XVII — O art. 221 do Código de 1890 assim define o crime de peculato:

"subtrair, consumir ou extraviar dinheiro, documentos, efeitos, gêneros ou quaisquer bens pertencentes à fazenda pública, confiados à sua guarda ou administração, ou à de outrem sobre quem exercer fiscalização em razão do ofício. Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses mesmos bens, os extravie ou consuma em uso próprio ou alheio".

Pelo art. 222 também constitui crime de peculato "emprestar dinheiros, ou efeitos públicos,

ou fazer pagamento antecipado, não tendo para isso autorização", dispondo ainda o artigo 223 que "nas penas dos artigos antecedentes, e mais na perda do interesse que deveriam perceber, incorrerão os que, tendo por qualquer título a seu cargo, ou em depósito, dinheiros ou efeitos públicos, praticarem qualquer dos crimes precedentemente mencionados".

Os projetos apresentados à Câmara dos Deputados em 1893 e 1896, êste da autoria de Vieira de Araújo, Plínio Casado e Alfredo Pinto, não alteraram ponderavelmente o texto de 1890.

O projeto James Darcy, Carlos Peixoto e Estácio Coimbra, oferecido a 2 de dezembro de 1904, revelava, porém, a insuficiência das sanções em vigor:

"Art. 1.º — O crime de peculato definido no art. 221 do Código Penal será punido com as seguintes penas: de dois a oito anos de prisão celular, multa de 10 a 30% da quantia ou valor dos efeitos apropriados, extraviados, ou consumidos e perda do emprêgo com inhabilitação para exercer qualquer outro.

Art. 2.º — Incluem-se entre os crimes de que trata o art. 5.º § 1.º, da lei n.º 628, de 28 de outubro de 1899, os definidos nos artigos 221 e 223 do Código Penal, quando o peculato recair sobre dinheiros, documentos, efeitos, gêneros ou quaisquer bens pertencentes à Fazenda Municipal do Distrito Federal".

Registraram-se ainda os projetos Garcia Pires e Celso de Souza, transferindo para o juiz singular determinados crimes contra a Fazenda Pública, inclusive o de peculato, e tornando-os infiançáveis.

XVIII. Foi, porém, o projeto de 10 de julho de 1906, da comissão composta por João Luiz Alves, presidente, João Santos, relator, Luiz Domingues, Henrique Borges, Alvaro Carvalho e Justiniano Serpa, que se converteu com alterações na lei n.º 1.785, de 28 de novembro de 1907, desprezado o substitutivo Germano Hasslocker.

Menos de dois anos depois, tornava-se necessária a lei n.º 2.110, de 30 de setembro de 1909. Finalmente, sobreveio o Decreto n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, que, transportado para a Consolidação das Leis Penais, vigorou até 31 de dezembro de 1941.

Êstes os dispositivos revogados pelo Código de 1940:

"Art. 1.º O funcionário público que se apropriar, subtrair, distrair, ou consentir que outrem subtraia ou distraia dinheiros, documentos, títulos

de crédito, efeitos, gêneros e quaisquer outros bens móveis públicos ou particulares, dos quais tenha a guarda, o depósito, a arrecadação ou administração em razão do seu cargo, seja este remunerado ou gratuito, permanente ou temporário, será punido:

a) se o prejuízo fôr inferior a 10:000\$, com dois a seis anos de prisão celular, perda do emprego, com inabilitação para exercer qualquer função pública por oito a dezesseis anos e multa de 10% sobre o dano;

b) se o prejuízo fôr igual ou superior a 10:000\$, com quatro a doze anos de prisão celular, perda do emprego com inabilitação para exercer qualquer função pública por 12 a 30 anos e multa de 15% sobre o dano.

§ único. Quando o prejuízo causado versar sobre objeto de valor não conhecido ou instável, o juiz formador da culpa mandará proceder à avaliação, de conformidade com o disposto no art. 405 do Código Penal.

Art. 2.º Quando os fatos criminosos, previstos no art. 1.º desta lei, forem cometidos por funcionário público que não tenha a guarda, o depósito, a arrecadação ou administração da coisa subtraída ou distraída, mas pertença à repartição em que esta se

achava, ou disponha, em razão do seu cargo, de facilidade de ingresso na mesma repartição:

Penas — As do art. 1.º reduzido de uma sexta parte o tempo de prisão.

Art. 3.º Nas penas do art. 1.º incorrerá ainda o funcionário público que, no seu interesse ou no de outrem, concorrer com ato do ofício ou emprego, ou usar de sua qualidade, induzindo outrem a concorrer com esse ato, para que sejam distraídos ou subtraídos documentos, efeitos, valores e quaisquer outros bens móveis pertencentes à União, aos Estados, às Municipalidades e Prefeituras, ou por que estes devam responder.

§ 1.º Se se provar que o funcionário agiu sem dolo, mas com imperícia ou negligência:

Penas — Suspensão do emprego por seis meses a dois anos além da multa de 15% sobre o dano.

§ 2.º No caso do parágrafo anterior não haverá lugar a imposição de penas, se fôr ressarcido o dano causado.

Art. 4.º Os co-autores e cúmplices dos crimes acima previstos, embora não sejam funcionários, serão processados e julgados com os respectivos autores e sujeitos às penas desta lei no que lhes fôr aplicável".

## A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo (\*)

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ

### III

(Conclusão)

#### O PROBLEMA DOS LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

VIMOS que o poder discricionário se situa exatamente no campo em que o legislador utiliza conceitos não teóricos, deixando à Administração a faculdade de, ao agir, fixar a significação que o sentimento do direito lhe ditar. Vimos que o legislador, quando procede como tal, isto é, quando formula regras gerais e abstratas, tem necessariamente de utilizar, em proporções variáveis conforme a matéria a regular, conceitos do mundo do ser e conceitos do mundo do dever-ser. Que no

domínio dos primeiros está situado o poder vinculado, a competência ligada, é também óbvio. Trata-se de saber se no domínio dos segundos o agente, que executa a norma, é inteiramente livre, ou se ele se acha de qualquer modo e em qualquer medida também vinculado.

Nós já excluimos aquelas doutrinas que aceitam a idéia de que a Administração compreende duas partes: uma vinculada (aquela em que exista *qualquer espécie de norma* a regular a conduta dos agentes administrativos), e outra *livre*, ou discricionária (aquela em que *não exista qualquer norma* a regular essa conduta). Na verdade, esta solução pode conduzir a admitir uma esfera não

(\*) Boletim da *Faculdade de Direito* (Suplemento ao vol. XVI) da Universidade de Coimbra, Portugal, 1942.