

DIREITO E JURISPRUDENCIA

DOCTRINA

Crimes contra a administração pública

Prof. ROBERTO LYRA

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

V

I — Etimologia da palavra *peculato*. II — Modalidades do crime. III — Extremos da figura do artigo 312. IV — Pressuposto. V — Sujeito ativo. VI — Sujeito passivo. VII — Bem móvel. VIII — Elemento objetivo. IX — Elemento subjetivo. X — Penas.

I — A etimologia da palavra *peculato* — de raiz latina *pecus* (gado), comum a *pecúlio*, *pecúnia*, *pecuária* — atesta a antiguidade do tipo, anterior à introdução da moeda. E' que, na idade pastoril, a *pecuária* correspondia à riqueza, constituindo os animais, que serviam ao Estado e aos particulares ou se destinavam aos sacrifícios, a *prêsa* mais tentadora e mais fácil da improbidade, além da parte mais importante do patrimônio mobiliário coletivo, como meio de troca e avaliação.

II — A partir do Código toscano fêz-se, legalmente, a distinção entre o *peculato de espécie* e o *peculato de quantidade*, que, segundo CARRARA, correspondem, respectivamente, ao *peculato próprio* e ao *peculato impróprio*.

O “*vuoto di cassa*” do Código Toscano designava o ilícito do funcionário, eximindo-se dolosamente da obrigação de versar o devido.

O art. 312 engloba o *peculato* e a *malversação* (*male versare*). Sob êste último “*nomen iuris*”, o Código italiano distingue a *malversação* em prejuízo de particular (art. 315).

O *peculato* é crime funcional doloso (arts. 312 e 313). Pune-se, porém, o funcionário que concorrer, *culposamente* (art. 15, n.º II), para o crime de outrem (art. 312, § 2.º).

III — Segundo o art. 312 do Código Penal, o crime de *peculato* consiste: 1.º na apropriação, pelo funcionário público, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular,

de que tem a posse em razão do cargo; 2.º no desvio, em proveito próprio ou alheio, pelo funcionário público, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo.

São, portanto, extremos integrantes da figura delituosa do art. 312: a) sujeito ativo — funcionário público (art. 327); b) objeto — dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel; c) modo — apropriação ou desvio; d) o dolo.

IV — O § 1.º do art. 312 manda aplicar a mesma pena do artigo ao funcionário que, embora não tendo a posse do bem, vale-se da facilidade que a função lhe proporciona, para subtraí-lo, ou concorrer para a sua subtração.

Não perde, no entanto, a importância prática a circunstância de ter o sujeito ativo a posse do bem, uma vez que influi na aplicação da pena privativa de liberdade (arts. 42 a 45) e, sobretudo, da pena acessória (art. 68).

No sentido do art. 312, a expressão — posse — tem o mais amplo sentido, abrangendo a detenção, a custódia, a vigilância — a “posse de administração”.

E' indiferente que se trate de “posse” de coisa determinada ou em massa, ordinária ou eventual, exercitada direta ou indiretamente, mas há de existir em razão do cargo, quer dizer, por causa do cargo, em consideração ao cargo, e não por abuso ou usurpação dêste.

Não é preciso que haja relação de competência funcional. Não estão em jôgo as discriminações e as convenções burocráticas, segundo as leis e os regulamentos, bem como as instruções, as ordens de serviço, as praxes.

Não é a forma que interessa, do ponto de vista criminal, mas a substância, a realidade, o fato. Desde que a situação não seja manifestamente ilegal, como no caso de usuração, as contingências operam.

O problema é, em última análise, de aplicação da pena e não de existência do crime, o qual abrange, também, o funcionário sem a posse do bem, em razão do cargo. Desaparecem, assim, os escrúpulos anti-analógicos, permitindo ao prudente arbítrio do juiz a ponderação das circunstâncias da espécie, positivando a esfera de ação funcional do sujeito ativo, o comêço, a marcha e o fim de sua influência. De qualquer forma, é em razão do cargo, e não no exercício do cargo, que o agente há de ter a posse.

Não é necessária, porém, a "posse" material e imediata, a disponibilidade física.

Está na "posse" do bem quem dêle pode dispor mediante ordem dada a subordinado.

A posse há de ser legítima, pois a posse violenta configuraria, conforme as circunstâncias, o crime de concussão (art. 316), ou o de excesso de exação (art. 316, § 2.º), e a posse fraudulenta integraria, conforme as circunstâncias, o crime de estelionato (art. 171). Ver STOPPATO, "*Sui caratteri differenziali tra peculato e truffa commessa da pubblici ufficiali*", Veneza, 1901.

V — O sujeito ativo do crime de peculato é o funcionário público (art. 327), e a participação dêste, dolosa ou culposa, muda o título do crime, pelo qual respondem todos quantos concorrem para o crime, inclusive os estranhos à função pública (art. 25).

Somente em relação aos crimes de concussão e de corrupção passiva, o Código alcança o funcionário fora da função ou antes de assumi-la.

VI — O sujeito passivo do crime é a administração pública, afetada principalmente no seu patrimônio moral. O bem jurídico tutelado não é a propriedade pública da coisa.

Vimos que a apropriação ou o desvio de bem particular também constitui peculato sem degradação de quantidade ou qualidade.

A imputabilidade política do peculato excede os limites da propriedade.

O peculato não é, como se pretende em doutrina, a apropriação indébita qualificada pelo sujeito ativo, além do mais porque se integra, materialmente, também pelo *desvio*, e, no concurso

de pessoas, entram estranhos ao serviço público, sujeitos à mesma cominação.

VII — O objeto material do crime é qualquer bem móvel, público ou particular, fungível ou infungível, como o dinheiro e o valor, exemplificativamente referidos no art. 312.

E' móvel o bem susceptível de movimento próprio, ou de remoção por força alheia (art. 47 do Código Civil).

A exposição de motivos, n.º 56, referindo-se ao art. 155 § 3.º, esclarece:

"Para afastar qualquer dúvida, é expressamente equiparada à coisa móvel e, conseqüentemente, reconhecida como possível objeto de *furto*, a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Toda energia economicamente utilizável e susceptível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um individuo (como, por exemplo, a eletricidade, a radioatividade, a energia genética dos reprodutores, etc.) pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as *coisas móveis*, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita".

São ainda móveis, no sentido do art. 312, os bens móveis por natureza, mas considerados imóveis pela lei civil e os imóveis por natureza, mas mobilizados pelo sujeito ativo.

Há concurso de crimes, se o sujeito ativo comete outro crime para mobilizar o bem, objeto do peculato.

O Código aludido, depois de nomear o *dinheiro* (é a moeda e o papel-moeda de qualquer Estado) e o *valor*, refere-se a *qualquer* bem móvel.

O bem há de representar ou proporcionar utilidade econômica, ainda mínima e particular.

VIII — O elemento objetivo é o fato do abuso da posse, por apropriação ou desvio, em proveito próprio ou alheio. O sujeito ativo faz seu bem de que tem a posse, dispondo dêle como se fôsse seu proprietário, exercendo ato material de domínio incompatível com o título pelo qual o detém, convertendo o título da posse no de propriedade.

No furto, há inversão da posse; no peculato, como na apropriação indébita, há inversão do título da posse.

O desvio é forma de apropriação e tem o mesmo efeito de privar o titular do que lhe pertence, variando, porém, o modo de execução.

Deixar de entregar a quantidade pode, no entanto, encerrar apropriação e não desvio.