

17. Achamo-nos pois em face de nova modalidade de delegação administrativa com a revivescência das *fundações civis* às quais foram acrescentadas características da administração autárquica, constituindo um tipo de administração que, desde logo, poderemos qualificar de *Fundações públicas*, instituídas pelo próprio Estado e em oposição às *fundações civis* que seguem as regras do Código Civil sem qualquer alteração.

18. Conforme observamos de início, tanto as sociedades de economia mista quanto as novas *fundações públicas* são meios de evasão da direção ou

do controle rígido da máquina estatal, do mesmo modo que representam a experiência, entre nós, da associação do Estado ao particular, seja na busca de resultados econômicos, seja na consecução de fins científicos ou sociais. Observemos pois o desenrolar dessas experiências e aguardemos os seus resultados, certos de que a tarefa da administração multiforme do Estado jamais se cingirá aos padrões clássicos e que novas formas constantemente surgirão, buscando sempre atender ao campo cada vez mais dilatado de suas atividades.

Crimes contra a administração pública

Prof. ROBERTO LYRA

(Membro das Comissões elaboradoras dos Códigos Penal, do Processo Penal, Penitenciário e de Menores).

VI

I — Tentativa. II — Elemento subjetivo. III — Peculato de uso. IV — Penas. V — Responsabilidade. VI — Credores do Estado ou do particular. Fiança ou caução. VII — Prestação de contas. VIII — Peculato culposo. IX — Reparação do dano. X — Suspensão condicional da pena.

I — O crime é de lesão. A tentativa é admissível. Por exemplo: o funcionário emite ordem, cujo pagamento é recusado.

II — O dolo no peculato está, geralmente, em *re ipsa*. O fato manifesta, pelo menos implicitamente, a vontade de ter a coisa como própria ou de dispor dela como própria.

O sujeito ativo que ou aceita o resultado, apropriando-se, desviando, colocando-se em condições de não poder responder pela prestação devida.

Somente a funcionário pode ser imputado peculato a título de culpa (art. 15, n.º II), quando concorre com imprudência, negligência ou imperícia para o crime de outrem (art. 312, § 2.º).

Trata-se de concurso culposo de funcionário em crime doloso de funcionário ou não.

A culpa, por si só, não caracteriza o crime, limitando-se as sanções à esfera administrativa ou civil.

No Código italiano, a culpa, em hipótese alguma, determina a imposição de pena; o Código argentino pune com multa o concurso culposo (art. 262).

MANZINI adverte o juiz de que, para os réus, quase todos os peculatos são meramente culposos, e não se arreceiou de quebrar a austeridade dogmática de técnico-jurídico para este trocadilho: dizem que as distrações de dinheiro são meras distrações...

Não teria cabimento compreender-se o estranho ao serviço público na modalidade culposa, pois ele tem com o Estado relações de ordem cívica, e não compromissos funcionais.

III — Não constitui crime o uso temporário do bem, quando não importa apropriação ou desvio, mas apenas inversão precária do uso.

O Código não previu o chamado peculato de uso, o qual implica somente sanções civis ou administrativas (arts. 225, n.º II, 227, ns. I e II, art. 227, parágrafo único, n.º I e 339, n.º IV do Estatuto).

Sem apropriação, ou desvio doloso (salvo a hipótese do concurso funcional culposo), não há crime de peculato.

O uso de coisa ou pessoa não envolve, em princípio, apropriação ou desvio, no sentido do art. 312, nem encerra a inconfundível atitude da vontade correspondente ao dolo.

Não é a ausência de credencial quantitativo para incluir-se no ilícito penal que fundamenta, juridicamente, a impunibilidade do peculato de uso. É a inviabilidade ordinária do elemento subjetivo do crime.

No peculato, independentemente do seu valor, ainda insignificante, a ilicitude penal, excluída a hipótese do art. 312, § 2.º, está condicionada ao dolo, enquanto, no peculato de uso, não só êste falta, como, em seu lugar, atua a vontade oposta à apropriação ou ao desvio.

Há abuso, e mesmo desonestidade; haverá crime de dano, extravio, sonegação, ou inutilização de livros ou documentos, mas não crime de peculato.

Em casos extraordinários, pode atender-se à relação especial entre o sujeito ativo e a administração pública.

À parte a pesquisa do elemento subjetivo, quando o funcionário não tem a soma à disposição imediata de quem de direito, segundo obrigação *particularmente* imposta, responderia por desvio criminoso. Em tais hipóteses, o desvio se consuma no momento da violação de obrigação específica e individualizada.

Em regra, porém, não se cogita no crime de peculato de desviar a coisa do fim a que se destina, mas de desviar a coisa.

Uso não é *desvio*. Êste, sim, constitui o crime, sejam quais forem a sua duração e a sua quantidade, como sempre acontece no empréstimo, ainda para repor a importância mutuada, fora da disponibilidade da administração pública, ou, ordinariamente, na hipótese de consumo, pela gritante evidência do elemento subjetivo e pela indistigável e irreparável modalidade do elemento objetivo.

IV — As penas principais correspondentes ao crime do art. 312 são cumulativas: reclusão, de dois a doze anos, e multa, de cinco mil a cinquenta mil cruzeiros.

Nelas incide o particular concorrente.

O fim de lucro, que, em regra, determina o crime de peculato, é considerado na cominação,

mediante a pena de multa. Esta não tem relação, portanto, com o valor do dano, cuja reparação é efeito da condenação (art. 74, n.º I) e imperativo da responsabilidade administrativa.

Além destas penas principais, o condenado, quando funcionário público, está sujeito à pena accessória de "perda da função pública" (artigo 67, n.º I), pela violação de dever inerente à mesma (art. 68, n.º I), e a incapacidade temporária para investidura em função pública (artigo 69, n.º I), por haver cometido crime doloso no exercício de função pública, em prejuízo da Fazenda Pública (art. 69, parágrafo único, n.º I). Mesmo quando o peculato tem por objeto bem particular, há prejuízo da Fazenda Pública, não só moral, como material (art. 158 da Constituição).

V — A responsabilidade penal por peculato é disciplinada pelas regras comuns.

O Supremo Tribunal Federal julgou haver agido em estado de necessidade um telegrafista, há quatro meses sem receber vencimentos, que desviou dinheiro para atender à enfermidade de pessoas de sua família, tendo, depois, indenizado o dano (BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. V, Rio, 1943, p. 497).

VI — Vimos que não desaparece a apropriação ou o desvio por ser o agente credor do Estado ou do particular, nem quando há fiança ou caução, mesmo excedendo o prejuízo.

Aliás, a garantia não comporta dedução, devendo manter-se intangível até o seu levantamento nos termos da lei.

VII — A ação penal independe da prestação de contas na ordem administrativa que, embora com o mesmo objeto, tem natureza, fundamento e finalidade diferentes.

A prova do fato criminoso, inclusive a continuação (art. 51, § 2.º) e a estimativa do dano, cujo montante não mais interessa à classificação do crime, é disciplinada no Código de Processo Penal.

VIII — Vimos que o Código somente prevê a modalidade culposa em relação a funcionário (n.º II) quando êste concorre para crime de outrem.

É claro, crime de peculato e não outro.

E de peculato doloso, pois somente a título de dolo opera a incriminação.

A pena principal, neste caso, é de detenção, de três meses a um ano, sem prejuízo da pena acessória em que incorre o condenado a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública (arts. 227 do Estatuto e 67, n.º I, 68, n.º I, 69, n.º I, 69, parágrafo único, letra b do Código).

IX — No caso de peculato culposos, a reparação do dano pode fazer extinguir a punibilidade (art. 108, n.º IX).

Para tanto, é preciso que o ressarcimento preceda à sentença irrecorrível, tanto vale dizer se

efetive, totalmente, antes de passar em julgado a sentença condenatória (art. 312, § 3.º).

Se posterior a indenização, não se extingue a punibilidade, mas a pena imposta será reduzida de metade (art. 312, § 3.º).

Ver os arts. 228 a 230 do Estatuto.

X — Ressalvando o caso do art. 30, § 3.º, somente o condenado por peculato culposos, isto é, a pena de detenção, pode obter a suspensão condicional da pena (art. 57), desde que satisfaça os requisitos do benefício.

A suspensão será revogada se, no curso do prazo respectivo, o beneficiário frustrar, embora solvente, a reparação do dano (art. 59, n.º II).

PARECERES

MONTEPIO — REVERSÃO DE PENSÃO — NATUREZA DO BENEFÍCIO — PREFERÊN- CIA QUANDO NÃO HOUVER LOCUPLE- TAMENTO

— A pensão devida por instituição de assistência beneficente não se confunde com o seguro de vida, que é o exemplo, por excelência, da estipulação em favor de terceiro. Se o segurador deixasse de pagar o benefício por não haver o estipulante determinado o beneficiário, haveria, por certo, um enriquecimento sem causa, dado o rigor a que obedece o cálculo dos prêmios. Não há, porém, este rigor na fixação das contribuições devidas pelo estipulante e na do benefício prometido pelas instituições ou caixas de assistência. O benefício proporcionado costuma ser muito superior ao valor das contribuições satisfeitas.

— A pensão pode reverter ao montepio não havendo locupletamento. Desde que não se realiza um enriquecimento nessa reversão, é injustificável que, na dúvida entre pessoa de família do contribuinte e o montepio, se prefira favorecer aquele.

— Não mandando a lei que se partilhe aos filhos a metade da pensão, que a viúva deixou de perceber somente por lhe ter cabido maior benefício, deve-se concluir que essa metade será guardada pelo montepio.

CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA

Parecer

I — De acordo com a decisão do Tribunal de Contas de 13 de dezembro de 1935, foi concedida aos três filhos simplesmente naturais do falecido Dr. Amarílio Hermes de Vasconcelos, inspetor sanitário do Departamento Nacional de Saúde, metade da pensão de montepio, cabendo a cada um deles 55\$6 por mês.

A outra metade, que importava em 166\$6 mensais, reverteu, temporariamente, para a Fazenda Nacional, porque a viúva, D. Evangelina de Alencar, não a podia acumular com a pensão de 500\$0, posteriormente aumentada para 716\$0 mensais, que percebe como filha do Almirante Alexandrino Faria de Alencar.

II — Em agosto de 1940, requereram aqueles três pensionistas ao Sr. Diretor da Despesa Pública do Tesouro Nacional, "por equidade, a pensão que devia pertencer à viúva", em vista do que se decidira no processo n.º 71.554, de 1936.

O processo n.º 71.554, de 1936, refere-se ao cumprimento do acórdão de 15 de maio de 1936, pelo qual a então Corte Suprema, recebendo embargos opostos à decisão de 20 de junho de 1934 (Arquivo Judiciário, 35, página 272), julgou procedente a ação proposta por D. Gabriela de Azevedo Cardoso e D. Evangelina de Azevedo Monteiro Bastos contra a União Federal, que foi condenada a pagar às autoras a pensão a que a mãe das mesmas não se pudera habilitar, por estar percebendo pensões de montepio e meio soldo na importância de 4:320\$0 anuais.

A Diretoria da Despesa Pública não deferiu o requerimento, sustentando que a parte da viúva não podia "reverter no momento para os filhos do *de cuius*, por disposição expressa de lei, e sim depois de sua morte ou de novas núpcias".

III — Tendo-se habilitado também à percepção do montepio D. Ligia de Alencar Vasconcelos, filha legítima do