

DOCTRINA

Crimes contra a administração pública

Prof. ROBERTO LYRA

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

VII

I — Peculato mediante êrro de outrem. II — Sujeito ativo. III — Exercício do cargo. IV — Sujeito passivo. V — Pressuposto. VI — Objeto material. VII — Êrro, caso fortuito e força da natureza. VIII — Elemento objetivo. IX — Tentativa. X — Uso. XI — Elemento subjetivo. XII — Penas.

I — O crime de “peculato mediante êrro de outrem” (concussão imprópria) consiste no fato da apropriação, por funcionário público, de dinheiro ou qualquer utilidade, que recebeu, no exercício do cargo, por êrro de outrem (art. 313).

A incriminação não era prevista na legislação anterior e devia ser classificada mesmo como peculato. No Código Italiano de 1889, apesar de afastada a participação de funcionário na obtenção da coisa, figurava entre os crimes de concussão. Nesta, entretanto, reclama-se atividade positiva do sujeito ativo para obter a posse da coisa.

O objeto específico da tutela penal é a regularidade da administração e, especialmente, o cumprimento do dever de probidade funcional.

II — Sujeito ativo somente pode ser funcionário público (art. 327) ou quem concorre no crime deste.

A qualidade de funcionário público, por parte do sujeito ativo, é elemento constitutivo, determinando o título do crime para todos os concorrentes, mesmo particulares.

III — O funcionário público deve receber a utilidade no legítimo e atual exercício do cargo, e não só em razão dêle (art. 312). O pretexto ou o abuso do cargo implicaria outra incriminação.

O sujeito ativo há de estar no exercício do cargo, segundo os limites da lei.

A atualidade do exercício do cargo interessa ao recebimento.

O funcionário incompetente, licenciado, em férias, por exemplo, não está no exercício do cargo; tem qualidade, mas não tem capacidade, para receber.

IV — Sujeito passivo do delito pode ser particular ou funcionário público, ou a própria administração pública. O art. 313 refere-se a êrro de outrem, não distinguindo pessoas.

V — O crime do art. 313 pressupõe a posse do dinheiro ou qualquer utilidade pelo sujeito ativo, não entrando, porém, no título, a relação funcional fiduciária, mas, simplesmente, o êrro de outrem.

O sujeito ativo inverte, dolosamente, o título de posse.

VI — Objeto material do delito pode ser o “dinheiro ou qualquer utilidade”. Dinheiro é a moeda nacional ou estrangeira em circulação. Pode reconhecer-se, no art. 313, a mesma falta de coordenação apontada pelos autores no código italiano (arts. 314 a 316), pois aquêle dispositivo alude a “dinheiro ou qualquer utilidade”, e não a “dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel” (art. 312 e § 1.º).

Não me parece, porém, como quer MANZINI, que o defeito não seja apenas de forma, porque o conceito de utilidade compreenda vantagens de ordem moral incompatíveis com a noção de peculato.

Seria incompatível com a noção que dá MANZINI do peculato. A expressão “utilidade” marcaria até textualmente, se lícito este apêgo à letra da lei, o caráter *utilitário* da coisa, sobretudo exemplificando-se pelo dinheiro.

O importante é que o objeto material do crime constitua *utilidade*, econômica ou não, para o sujeito passivo.

Aliás, a vantagem moral pode resolver-se em utilidade também econômica, segundo as circunstâncias e as condições dos protagonistas. No artigo 158, é expresso o cunho econômico da vantagem.

VII — O erro pode recair sobre a obrigação de dar a quantidade da coisa devida e não sobre a capacidade do funcionário para receber o devido, não só porque, neste caso, o sujeito ativo teria “mantido em erro” (art. 171) o sujeito passivo, como porque o recebimento deve ocorrer “no exercício do cargo”.

No momento consumativo, que é o da apropriação, e não o do recebimento, o funcionário público tem a posse.

Ao contrário do que sustenta MANZINI, a expressão “no exercício do cargo” dá mais rigor à idéia de atualidade e inerência do que a expressão “em razão do cargo”.

O erro de “outrem” há de ocorrer em entrega dêste e não em recebimento. Se o funcionário público entrega a menos e o sujeito passivo, por erro ou outro vício, recebe, há o crime do art. 312, quando o sujeito ativo se apropria da diferença, ou a desvia.

Se o funcionário público, por erro ou outro vício seu, recebe a mais, e se apropria da diferença, ou a desvia, comete o crime do art. 312.

Não importa que haja erro, *também*, do funcionário público recebedor, quando êste; descobrindo-o a tempo, comete a apropriação.

Se o funcionário público provoca o erro ou nele mantém o sujeito passivo, tratar-se-á de estelionato, desde que a lei brasileira não prevê o crime de concussão fraudulenta.

Não importa a causa do erro, mas somente o fato dêle, caracterizando-se o crime, ainda que o erro incida sobre parte da utilidade entregue.

Se o funcionário se apropria da parte devida ou a desvia, o crime é o do art. 312, pois o art. 313 se refere apenas ao recebimento proveniente de erro.

Ao contrário do art. 169, o art. 313 não prevê caso fortuito ou força da natureza, mas somente o erro, que implica vontade, embora viciada.

E' no art. 169, portanto, que incorre o funcionário público que, no exercício do cargo, se apropria de coisa alheia vinda ao seu poder por caso fortuito ou força da natureza.

Se o funcionário público, no exercício do cargo, acha tesouro, e dêle se apropria, ou o desvia, comete o crime de peculato (art. 312), e não o crime de apropriação de tesouro (art. 169, n.º I), havendo um só crime, e não concurso de crimes, quando o proprietário é o particular com direito à metade do tesouro (art. 607 do Código Civil).

Não há crime de peculato (art. 312), e sim o de apropriação de coisa achada (art. 169, n.º II), se o funcionário público não restitui, ou não entrega, oportunamente, à autoridade competente, a coisa alheia perdida e que achou no exercício do cargo.

Há, porém, peculato, se a autoridade competente, de que fala o art. 169, n.º II (art. 591 do Código de Processo Civil), se apropria da coisa ou a desvia. Exclui-se, porém, o concurso com a apropriação indébita.

VIII — O elemento objetivo do crime integra-se pela apropriação por parte de funcionário público (art. 327 do Código Penal), aproveitando-se, no exercício do cargo, do erro de outrem, de dinheiro ou qualquer utilidade assim recebida.

A fórmula do Código brasileiro não merece a crítica de MANZINI à do italiano, pois se atém, *mutatis mutandis*, sintética e eficazmente, à previsão do art. 169, 1.ª parte. No art. 313 há figura específica de apropriação indébita por erro. Apenas a referência a bem móvel dispensaria exemplificações.

O fato há de conter apropriação de qualquer utilidade. O recebimento deve ser feito pelo funcionário público agente que se apropria, êle mesmo, da utilidade *uti dominus* com a vontade *rem sibi habendi*.

O sujeito ativo recebe para si ou para outrem utilidade indevida ou mais do que a devida e dela se apropria, aproveitando-se do erro alheio.

Não basta o recebimento, como no caso do artigo 170, 1.º, do Código italiano de 1889.

O momento consumativo é o da apropriação.

Não há “crime”, se o funcionário, mesmo apercebendo-se oportunamente do erro, aproveita-o em favor dos cofres públicos. A administração não é terceiro em relação ao sujeito ativo e ao sujeito passivo.

O proveito não é mencionado na definição do crime do art. 313, ao contrário da do crime do art. 312.