

O peculato no anteprojeto do Código Penal

Arthur Cogan (*)

Procurador de Justiça aposentado - SP

O Código Criminal, do Império, datado de 1830, não incluía o peculato como crime funcional, mas como crime "contra o tesouro público e propriedade pública", definindo-o o artigo 170 como crime de "apropriar-se, o empregado público, consumir, extraviar ou consentir que outrem se aproprie, consuma ou extravie, em todo ou em parte, dinheiro ou efeitos públicos que tiver a seu cargo".

O delito limitava-se à apropriação, consumo ou extravio de dinheiro ou efeitos públicos.

Já, o Código Penal da República, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, incluiu o peculato entre os crimes "contra a boa ordem e administração pública", dizendo o artigo 221 que se considera 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".

E mais:

"art. 222. Emprestar dinheiro, ou efeitos públicos, ou fazer pagamento antecipado, não tendo para isso autorização.

art. 223. 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, dinheiro ou efeitos públicos praticarem qualquer dos crimes precedentemente mencionados."

Comentadas essas disposições, anotou Oscar de Macedo Soares que "o nosso Código considera peculato a subtração, o consumo, o extravio ou o empréstimo de dinheiros ou efeitos pertencentes à Fazenda Pública por funcionários públicos (arts 221 e 222) ou qualquer pessoa (art. 223) encarregada de guardá-los ou administrá-los ou de fiscalizar essa guarda ou administração. Em consequência, tratando-se de valores particulares, embora sob a guarda de funcionário público, não há o peculato e, sim, o furto por apropriação (art. 338 do Código) o estelionato (artigos 338 ou 340) abuso ou excesso de autoridade (art. 232)".⁽¹⁾

(*) Ex-Corregedor Geral do Ministério Público. Professor.

(1) "Código Penal da República" - pag. 308 - H. Garnier - Paris

A Lei nº 1.785, de 28 de novembro de 1907, reformulou o conceito de peculato que passou a abranger, também, bens particulares sob a guarda do Estado:

"art. 1º O funcionário público que subtrair ou distrair dinheiros, documentos, títulos de crédito, efeitos, gêneros ou bens móveis públicos ou particulares, dos quais tenha a guarda ou administração ou o depósito, em razão de seu cargo, quer este seja gratuito ou remunerado, quer seja temporário ou permanente, será punido com pena celular e inabilitação para exercer qualquer função pública, e multa"

O Decreto nº 2.110, de 30 de setembro de 1909, no artigo 1º, incluiu o verbo consentir e, no § 1º do artigo 5º, o peculato culposo quando "o funcionário agiu sem dolo, mas com imperícia ou negligência"

O Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923 manteve, em linhas gerais, as mesmas disposições do Decreto nº 2.110, incluídas, depois, nos artigos 221 a 223 da Consolidação das Leis Penais, organizada pelo Desembargador Vicente Piragibe (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932)

O atual Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, dispõe, no artigo 312:

"Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão de cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio;

§ 1º 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 de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário."

Como anota Hungria, o peculato "é o crime do funcionário público que arbitrariamente faz sua ou desvia em proveito próprio ou alheio a coisa móvel que possui em razão do cargo, seja ela pertencente ao Estado ou apenas se ache sob sua guarda ou vigilância"⁽²⁾

O Código atual manteve o peculato por apropriação, desvio ou subtração, inexistindo, como em toda a legislação anterior, o peculato de uso, inexistente também para o furto, quando o bem visado não é dinheiro, mas coisas.

No Anteprojeto modificou-se a redação do artigo 305 - que corresponde ao atual artigo 312 - limitando-se o delito, unicamente à apropriação, por parte de funcionário público, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular de que tenha a posse em razão de cargo ou função, eliminado o desvio, mas acrescida a expressão função

(2) "Comentários ao Código Penal" - vol. IX, pag. 322 - Forense - 1958

Apropriar-se é quando o agente, "invertendo o título de posse, passa a dispor da coisa *uti dominus* (retendo-a como sua, alienando-a, especificando-a, consumindo-a etc.)" (3). O desvio ocorre quando o agente, "embora sem o *animus rem sibi habendi*, emprega a coisa em fim diverso daquele para o qual lhe está confiada (ex: o funcionário empresta, com ou sem juro, o dinheiro recebido *ratione officii*, ao invés de recolhê-lo ao erário público)" (4).

"Já, aqui não se exige o propósito de apropriar-se, podendo o desvio dar-se com o simples uso irregular. É indispensável, porém, para a existência do crime nessa modalidade, que o desvio se faça em proveito próprio ou alheio", certo de que "o crime aqui consuma-se com a efetivação do desvio, independente da concreta obtenção de proveito para si ou para outrem" (5).

Entre as duas formas de peculato, apropriar-se e desviar, há uma diversidade de procedimento: num o agente dispõe da coisa como sua, no outro dá-lhe fim diverso do destinado

Não se justifica que o legislador, na feitura do texto, desconheça a duplicidade de conduta, eliminando, na redação do artigo 305 do anteprojeto, o desvio.

Ainda: no artigo 312 do atual Código o peculato ocorre "em razão do cargo"; no artigo 305 fala-se "em razão do cargo ou função".

Correta a inovação, ampliando o campo atingido pelo mau exercício da atividade pública

"Cargo público", para Hely Lopes Meireles, "é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais. Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo" (6).

A redação fica mais condizente com a amplitude que se dá, no artigo 354, ao que se considera funcionário público, ou seja, quem exerce "mandato, cargo, emprego ou função pública", ampliada em relação ao atual artigo 327 com a inclusão de mandato.

(3) idem - pág. 333

(4) idem - págs. 333, 334

(5) HELENO CLAUDIO FRAGOSO - "Lições de Direito Penal" parte especial - pág. 401 - Forense 1981

(6) "Direito Administrativo Brasileiro" - pág. 389 - 14ª ed. - Revista dos Tribunais

É de se salientar que apesar de o artigo 312 limitar-se somente a enumerar a "posse em razão do cargo", já o artigo 327 fala em "cargo, emprego ou função pública".

Como já dito, nunca existiu em nossa legislação o peculato de uso

Comenta Magalhães Noronha: "Diante nossa lei, não existe o crime de peculato de uso. O que se deve entender é que "a coisa usada deve ser restituída nas mesmas condições em que se encontrava antes, não acontecendo isso, v.g, com o uso do automóvel, cuja gasolina e óleo foram consumidos, não o provendo, antes de entregá-lo, o agente. Em tal hipótese, haveria furto daquelas substâncias, como haveria apropriação indébita delas", certo de que "o uso deve ser momentâneo" (7).

Estudando a disposição do Código Penal Argentino, Solet aborda "la cuestión del llamado peculado de uso, generalmente no castigado. Este, naturalmente se refieren a al dinero, sino a las cosas. Es evidente que el empleo abusivo de ellas no constituye peculado. el empleo privado del automovil oficial, con nafta propia, no es peculado, no lo es llevarse a casa los elementos de trabajo de la oficina, por ejemplo, una máquina de calcular, para hacer cuentas, sean o no correspondientes al empleo. Lo decisivo en todos estos casos es la acción de quebrantar al vinculo de vigilancia.

Tampoco será delito el empleo particular de mano de obra del Estado, salvo que la persona que lo diponga proceda con facultades para disponer la designación remunerada de la persona de la que luego privadamente se sirve, en cuyo caso el delito consiste en el cobro (subtracción) que - el funcionario - aparente efectua, sabiendo el y quien lo designó, que es indebido" (8).

Analisando a antiga redação do artigo 314 do Código Penal Italiano, Ranieri anota "porché la condotta criminosa può consistere soltanto in atti di appropriazione o di distrazione e da escludere che possa costituire peculato l'uso materiale e momentaneo della cosa (cosi detto peculato d'uso), in quanto non importa né disposizione della cosa uti dominus (appropriazione) né destinazione della cosa per un fine diverso da quello contenuto nel titolo possesso (distrazione)", esclarecendo que o uso privado de automóvel "appartenenti alla pubblica amministrazione, e non legittimamente autorizzato, costituisce soltanto infrazione disciplinare" (9).

(7) "Direito Penal" - vol. 4º - pág. 211 - 18ª edição - Saraiva

(8) "Derecho Penal Argentino" - vol. V, pág. 206 - Tipo - Gráfica Editora Argentina - 1951

(9) "Manuale di Diritto Penale" - parte speciale - vol. 2º, págs. 192, 193 - Cedam - 1962

Esta tem sido a orientação da nossa jurisprudência (Revista dos Tribunais – vols. 499/426 – 541/342 – 692/249).

Surge, agora, como novidade, no parágrafo segundo do art. 305 do Anteprojeto, o peculato de uso:

“Utilizar o funcionário público indevidamente, ou permitir que alguém o faça, dinheiro, valor, serviço ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tenha posse em razão do cargo ou função, em proveito próprio ou alheio

Pena – Reclusão, de dois a cinco anos, e multa”

No relatório que elaborou, a Comissão que apresentou o Anteprojeto diz que “sugere a criminalização do Peculato de Uso. Nesta modalidade, o agente não se apropria do bem confiado a sua guarda em razão de cargo, ou da função, todavia, usa-o, ilegalmente, no interesse próprio ou de terceiro, com evidente prejuízo da Pública Administração”.

Utilizar é servir-se, tirar vantagem, ter préstimo, devendo “a coisa usada ser restituída nas mesmas condições em que se encontrava antes”⁽¹⁰⁾

O artigo 305 do Anteprojeto fala em “bem móvel”, e o seu parágrafo segundo, que introduz o peculato de uso, fala em “bem móvel ou imóvel”

Inaceitável a ampliação, no parágrafo, do disposto no *caput* do artigo a que está vinculado.

A Lei nº 86, de 26 de abril de 1990, que modificou o Código Penal Italiano, unificou ao peculato (art. 314) a malversação em prejuízo de particular (art. 315) introduzindo o peculato de uso: “*il pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, che, avendo ler ragione del suo ufficio o servizio il possesso, o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con reclusione da tre a diece anni.*”

Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dono l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”

A disposição refere-se a uso momentâneo da coisa com sua imediata restituição

O Código Penal Português, aprovado pelo o Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro de 1982, cuja parte especial baseou-se no projeto elaborado em 1966 por Eduardo Correia, já penalizava o peculato de uso no artigo 425

Apesar de o Decreto-Lei nº 48, de 15 de março de 1995, ter introduzido importantes modificações “ desde logo, no plano sistematício”, o peculato de uso foi mantido, no capítulo dos “crimes cometidos no exercício de funções públicas, agora, no artigo 376:

(10) MAGALHÃES NORONHA – obra e volumes citados – pág. 211

“1. O funcionário que fizer uso, permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias

2. Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”

O que o Código português capitula, no item 2, como peculato de uso é, no nosso Código Penal e no Anteprojeto, o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas.

O item 1, específico do peculato de uso, refere-se a uso pessoal ou por terceiro, “de veículo ou outras coisas móveis”.

Melhor seria que o parágrafo segundo, do artigo 305, do Anteprojeto, empregasse o verbo usar ao invés de utilizar, mais condizente com a prática delituosa: fazer uso, empregar

Vale a crítica de Frago, citando Manzini, ao termo utilidade, empregado no peculato mediante erro de outrem: “o conceito de utilidade é muito amplo, abrangendo inclusive vantagens de ordem moral, que são incompatíveis com a noção de peculato. Por isso, ensina, deve entender-se aqui por utilidade apenas as coisas móveis”⁽¹¹⁾

“Altra utilità” ensina Ranieri, “sono la le cose mobili che, come tali, possono essere oggetto – di appropriazione o di distrazione. E non, quindi, anche le utilità di natura morale”, anotando, em rodapé, que “non si deve dimenticare che il titolo di questo delitto è sempre di peculato, sebbene caratterizzato, quanto l'origine del possesso, dall'errore altrui. Pertanto, possono essere oggetto materiale di questo delitto le cose che lo sono per il delitto previsto nell'art. 314. E ciò anche se là legge ha fatto uso dell'espressione impropria “altra utilità”⁽¹²⁾

Concluindo:

O Anteprojeto inova, e bem, nas disposições referentes ao peculato, sugerindo-se, porém, as seguintes modificações:

a) o *caput* do artigo 305 ficaria assim redigido: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo ou função, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”;

(11) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO – obra e volumes citados – pág. 408

(12) SÍLVIO RANIERI – obra e volumes citados – pág. 201.

b) a redação do seu parágrafo 2º seria: "Usar o funcionário público, indevidamente, ou permitir que alguém o faça, dinheiro, valor, serviço ou qualquer outro bem móvel de que tenha posse em razão de cargo ou função, em proveito próprio ou alheio".