

## Reparação do dano no peculato doloso

ARTHUR COGAN (\*)

Procurador de Justiça aposentado - SP

A Lei nº 1.785, de 28 de novembro de 1907, punia, unicamente, o peculato doloso, estabelecendo que "o funcionário público que subtrair ou distrair dinheiros, documentos, títulos de créditos, 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" (art. 1º) com prisão celular, multa e inabilitação para exercer qualquer função pública (itens a e b).

No seu art. 2º estabelecia que se antes do julgamento fosse ressarcido "o prejuízo causado mediante a restituição voluntária da coisa subtraída ou distraída", não haveria pena celular e multa, mas, tão-somente, "inabilitação para exercer qualquer função pública durante doze anos, no mínimo, e de vinte, no máximo".

No mesmo diapasão, o Decreto nº 2.110, de 30 de setembro de 1909, no seu art. 1º, manteve a redação da Lei nº 1.785, estabelecendo, porém, como pena única, na reparação, a "inabilitação para exercer qualquer função pública por cinco a quinze anos" (art. 2º).

Foi o Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, que introduziu na legislação o peculato culposo, estabelecendo que "se provar que o funcionário agiu sem dolo, mas com imperícia ou negligência" (art. 3º, § 1º), seria passível de "suspensão do emprego por seis meses a dois anos, além da multa de 15% sobre o dano".

Penalizado o delito de peculato culposo, só a ele limitou-se a isenção de pena celular e multa, uma vez que "a isenção do art. 2º, nº 2, da Lei nº 2.110, de 1909, que permitia o ressarcimento do dano causado, evitando para o réu a imposição da pena corporal, foi revogado pela Lei nº 4.780, de 1923" (Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 2 de maio de 1928 - Revista de Direito, vol. 89, pag. 540).

Anotou Hungria que "a Lei nº 2.110, de 1909, declarava excluído o próprio peculato doloso, se antes do julgamento fosse "integralmente ressarcido o prejuízo, mediante restituição ou pagamento da coisa subtraída ou distraída". O Decreto nº 4.780, de 1923,

(\*) - Ex-Corregedor-Geral do Ministério Público, professor

porém, veio a repudiar semelhante critério, o mesmo fazendo o Código de 40, que "somente condescende na hipótese do peculato culposo" (1)

Indagava, ainda, Hungria: "por que motivo a reparação do dano haveria de excluir a imposição de pena no caso de peculato, quando não tem semelhante efeito no caso menos grave dos crimes contra o patrimônio dos particulares? O antigo critério atribuía ao Estado uma sordida política de Harpágão, a preocupar-se exclusivamente com a defesa do erário" (2).

É certo que o Código de 1940 só contempla com benefícios o ressarcimento do dano no peculato culposo, consignando que "se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta" (art. 312, § 3º).

A edição da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, criando a figura do arrendimento posterior à consumação do delito como causa obrigatória de redução da pena, trouxe à baila a indagação da sua aplicabilidade no delito de peculato doloso.

Diz o art. 16, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.209: "nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços", situação diversa da atenuante genérica de ter o agente "antes do julgamento, reparado o dano" (art. 65, III, "b").

Para Mirabete, "o dispositivo no artigo 16 é uma causa obrigatória de diminuição da pena, que pode ser reduzida de um a dois terços nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Abrange, pois, não só os crimes contra o patrimônio (furto, estelionato, apropriação indébita etc.), como também todos os demais em que ocorre um prejuízo patrimonial à vítima. Aplica-se o dispositivo aos crimes dolosos e culposos, consumados ou tentados" (3).

Não é tranqüila a possibilidade de aplicação do disposto no art. 16 aos crimes culposos, entendendo Celso Delmanto que "tratando-se de crimes culposos não deve incidir a restrição de terem sido cometidos "sem violência à pessoa", pois nos delitos culposos a violência nunca é querida pelo agente, de modo que não se pode dizer ter ele "cometido o crime com violência" (4).

Relator de acórdão, quando Juiz no Tribunal de Alçada Criminal, o Desembargador Dante Busana concluiu que "o arrendimento posterior (art. 16 do CP) alcança também os crimes não patrimoniais em que a devolução da coisa ou o ressarcimento do dano seja possível, ainda que culposos e contra a pessoa. Neste último caso, a violência que atinge o sujeito passivo não é querida pelo agente, o que impede afirmar tenha sido o delito cometido, isto é, praticado, realizado, perpetrado, com violência, pois esta aparece no resultado e não na conduta" (JTACrSP - Lex - vol. 89, pág. 440).

No peculato culposo, como já anotado, por força da própria disposição substantiva, as consequências da reparação do dano são mais amplas do que a previsão do art. 16, pois se o ressarcimento ocorrer até o trânsito em julgado da decisão, há total extinção da punibilidade, e reduz a pena pela metade se a reparação ocorrer depois.

A questão que surge é de se saber se o disposto no art. 16 é aplicável na prática do peculato doloso.

A matéria, também, não é tranqüila.

Para Celso Delmanto "embora este artigo 3º não incida nas demais modalidades de peculato, nelas é aplicável o art. 16 do CP" (5).

Assim entendeu a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo: "No crime de peculato, a restituição do valor apropriado aos cofres públicos, ainda que com alguma

(1) - "Comentários ao Código Penal" - vol. IX, pág. 350 - 1958;

(2) - obra e volumes citados - pág. 350;

(3) - "Manual de Direito Penal", vol. 1, pág. 163 - 2ª edição;

(4) - "Código Penal Comentado" - pág. 26 - 3ª edição;

(5) - obra citada - pág. 473;

pressão procedimental, antes do recebimento da denúncia, caracteriza arrendimento posterior. Tal circunstância, aliada à primariedade do agente, possibilita a diminuição da reprimenda no grau máximo, conforme o artigo 16 do Código Penal" (Apelação nº 82.134-3 - Revista dos Tribunais - vol. 671/302).

Também a 6ª Câmara do mesmo Tribunal reformulou decisão de primeira instância que entendeu que "embora reparado o dano, inaplicável o dispositivo, porque irrecorrível a moralidade administrativa, resguardada pelo legislador e também atendida".

Entendeu a respeitável Câmara que "o artigo mencionado apenas exclui a sua incidência aos delitos praticados "com grave ameaça ou violência à pessoa", ficando, bem claro, que aos demais delitos é ele aplicável. Não se pode distinguir onde a lei não distingue, principalmente, tratando-se, como se trata de dispositivo contido em lei repressiva" (Apelação nº 70.538-3 - RJTJSP - Lex - vol. 123/461).

A mesma 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça decidiu que "o crime de peculato não é crime contra o patrimônio, mas infração praticada contra o bom nome da Administração Pública, de sorte que o ressarcimento do dano não elide, influenciando apenas na dosimetria da pena. Se a reparação se opera antes do início da ação penal por ato voluntário do agente, a reprimenda deve ser reduzida no grau máximo", havendo voto divergente que entendeu que a reparação ocorrida "foi continência de coação moral exercida sobre o réu" que não pode "beneficiar-se da discutida diminuição de pena" (Apelação nº 56.588-3 - Revista dos Tribunais - vol. 632/276).

O 3º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça acolheu a mesma interpretação: "o delito de peculato não é crime contra o patrimônio, mas infração praticada contra o bom nome da Administração Pública, de sorte que o ressarcimento do dano (arrendimento posterior - art. 16 do CP) não o elide" mas influi na dosagem da pena (Embargos Infringentes nº 56.588 - Revistas dos Tribunais - vol. 641/311).

Destaca Alberto da Silva Franco que "a amplitude emprestada ao arrendimento posterior, para efeito de ser reconhecido também em relação a crimes não patrimoniais, é inconveniente e geradora de grave perigo. A redução punitiva obrigatória deixará sem a necessária proteção alguns bens jurídicos de alta valia, como, por exemplo, a administração pública, e poderá afetar a aplicação elitista, posto que se trata de privilégio à disposição de afortunados" (6).

Decisões há que entendem, e bem, que o art. 16 não é aplicável às penas decorrentes da prática de peculato doloso.

É da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo a decisão de que "o peculato não é crime contra o patrimônio, mas infração praticada contra o bom nome da Administração Pública, de sorte que o ressarcimento do dano não elide, tampouco importa redução de pena" (Apelação nº 76.935-3 - Revista dos Tribunais - vol. 659/253).

O mesmo entendimento é esposado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "Por ser o peculato infração praticada contra o bom nome da Administração Pública e não crime contra o patrimônio, o arrendimento posterior não pode ser a ele aplicável. O ressarcimento do dano ou a restituição da coisa, por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia, não elide o delito de peculato nem importa em redução de pena" (Apelação nº 47.572-3 - Revista dos Tribunais - vol. 736/679).

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar crime de falsificação, decidiu que "corrigida a capitulação, na fixação da pena há que se reconhecer que merece ela ficar no mínimo legal, porém, o art. 16 do CP, já que, sobre não se vislumbrar voluntariedade no gesto da apelada, que à reparação foi compelida pelo inquérito já instaurado, o que se entende é que o preceito em questão, incide apenas nos delitos patrimoniais, não em crimes contra a fé pública," (JTJSP - Lex - vol. 124/471).

(6) - "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial" - pág. 173 - 5ª edição;

Esclareceu a Exposição de Motivos que antecede a Lei nº 7 209 que a inovação trazida pelo art 16 "constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, substituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos "sem violência ou grave ameaça à pessoa".

Ocorre que no crime de peculato doloso "o sujeito passivo ou ofendido é o Estado, pois o crime é contra a administração pública. Tal acontece ainda quando o bem apropriado é de particular, já porque o delito não deixa de assim ser classificado, já porque é inegável que o fato ofende aos interesses estatais, referentes ao desenvolvimento normal - eficiente e probo - de sua atividade São, pois, sujeitos passivos a União, os Estados e os Municípios. Também são as entidades paraestatais ou autárquicas, em face da equiparação"<sup>(7)</sup>

A reparação do dano - seja o prejuízo do particular ou da administração - não elide o crime, já que "convergem no peculato a violação do dever funcional e o dano patrimonial"<sup>(8)</sup> e "não é apenas um crime contra o patrimônio do Estado, mas, principalmente, uma traição à função pública"<sup>(9)</sup>

A aplicação do benefício, indiscriminadamente, desde que o agente não tenha usado de violência ou grave ameaça, mesmo nos delitos que a violência ou grave ameaça não integram o tipo, leva a uma generalização perigosa e preconceituosa.

Equiparar os crimes contra a administração pública com os demais delitos - patrimoniais ou não - é deixar de atentar para circunstância especialíssima de que nos primeiros "o objeto jurídico da incriminação não é tanto a defesa dos bens patrimoniais da administração pública, quanto o interesse do Estado na probidade e fidelidade do funcionário, levando Carrara a não hesitar em classificar o peculato entre os delitos contra a fé pública"<sup>(10)</sup>

O que o peculato atinge "é a confiança da administração pública. O patrimônio pode ser ponto de incidência imediata material, mas nem sempre o é"<sup>(11)</sup> e o dano "mais que material é moral e político"<sup>(12)</sup>

Há que se entender, portanto, que delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa são aqueles em que o bem atingido é unicamente patrimonial e a vítima poderia, eventualmente, ser atingida em sua integridade física.

Se a reforma penal "refere-se a crimes cometidos com ou sem violência, com ou sem grave ameaça à pessoa, para o fim de determinar o tratamento penal com maior ou menor severidade, conforme ocorra uma ou outra hipótese", diversificando a criminalidade violenta e a criminalidade astuciosa em que os meios cruéis de execução são substituídos "pela astúcia ou estratagemas mais ou menos bem engendrados, geralmente ardilosos"<sup>(13)</sup>, entre os quais se enquadra o peculato, não menos certo é que "a procura de instrumental mais adequado de combate ao crime deve ser feita com muito engenho e arte, para não se pôr em risco o que já constitui valiosa conquista da humanidade"<sup>(14)</sup>

Porque no peculato doloso "não se deve levar em conta unicamente o que possa ser estimado pecuniariamente" mas "cumpre ter atenção, também, o interesse moral"<sup>(15)</sup>. A reparação até o oferecimento da denúncia não elide o dano por "uma traição à função pública", sendo inaplicável o art 16 do Código Penal, devendo o arrependimento posterior servir de atenuante na aplicação da pena, como previsto no art 65, III, "b", do mesmo estatuto

(7) - Magalhães Noronha - *Direito Penal* - vol 4 pag 210 18ª edição;

(8) - Nelson Hungria - obra e volume citados pag 343;

(9) - Nelson Hungria - obra e volume citados, pag. 350;

(10) - Giuseppe Maggiorre - *Direito Penal*, vol 11 - 1ª parte - pag. 130 - 4ª edição;

(11) - Fernando Henrique Mendes de Almeida - *Dos Crimes contra a Administração Pública* - pag 13 - 1995;

(12) - Giuseppe Maggiorre - obra e volume citados - pag. 130;

(13) - Francisco de Assis Toledo - *Princípios Básicos de Direito Penal* - pag 140 - 2ª edição;

(14) - Francisco de Assis Toledo - obra citada - pag. 67;

(15) - Fernando Henrique Mendes de Almeida - obra citada - pag 14;