

## ASPECTOS DO PECULATO

Ariosvaldo de Campos Pires \*

### I — Origem do nome.

Peculato, do latim *pecus*, que corresponde a gado; da mesma raiz provém pecúlio e pecúnia (1).

A expressão originou-se da Roma primitiva, período em que, inexistindo a moeda cunhada (2), o boi e a ovelha eram empregados como unidades de valor, possibilitando as trocas.

As riquezas pública e privada constituíam-se predominantemente de gado, refletindo o ciclo econômico daqueles agrupamentos primitivos.

As primeiras moedas — introduzidas em Roma por Servio Túlio (3) — traziam inculpidas as figuras daqueles animais.

### II — Desenvolvimento histórico.

#### a) Direito romano.

A subtração das riquezas do Estado (formadas, como vimos, predominantemente de gado) configurava o crime de peculato. Esta figura, que a princípio identificava-se no *furtum pecuniae vel fiscalis*, ganhou no-

\* Prof. Titular de Direito Penal na Fac. de Direito da UFMG.

(1) LUIZ A.P. VICTORIA, Dicionário da Origem e da Vida das Palavras, p. 125. "A raiz comum de pecúlio e pecúnia é *pecus*, gado, sinônimo de riqueza nos povos — como o romano — que fundavam seu ordenamento econômico de modo principal no pastoreio". Maggiore, Derecho Penal, parte especial, vol. III, p. 161.

(2) Controvertida a origem da moeda cunhada. Uns apontam Fídon, tirano da Argólida como o primeiro a cunhar moedas; outros, Gyges, rei dos lídios (sec. VIII e VII A.C., respectivamente). O Gênesis, capítulo 23, narrando a negociação entre Elron e Abraão, refere-se a "siclo e prata"; segundo o Pe. Antônio Pereira de Figueiredo a palavra "siclo" era a designação dada aos anéis de ouro e prata, com um peso fixo e determinado, que no tempo de Abraão desempenhavam o papel de moeda. Vide, a respeito, Buys de Barros, Instituições de Economia Política, vol. II, p. 157.

(3) V. GALDINO SIQUEIRA, Direito Penal Brasileiro, parte especial, vol. II, p. 293. Também Silva Ferrão, Theoria do Direito Penal, vol. V, p. 190.

vos contornos com a *Lex Julia Peculatus* (4) e a *Lex Julia Residuis* (5) onde dilatando-se o conceito inicial, inscreveu-se como peculato o furto das coisas sagradas, religiosas e públicas, a falsificação de moedas e o desvio de dinheiros públicos para destino diverso do expressamente determinado.

Assim, em seus lineamentos primitivos compreendia infrações de naturezas diversas, algumas violadoras da Lei de Lesa Majestade, quando objetivam o atentado à majestade do povo romano pela má gestão da coisa pública (6). Também outros eram os requisitos. Pouco importava a qualidade do agente, "senão apenas a qualidade de pública, religiosa ou sacra da coisa móvel desviada ou subtraída" (7).

A ténese histórica real do crime (como modernamente o contemplam diversas legislações) encontra-se no último ciclo do período republicano, com Cornelió Sylla, onde vamos deparar o denominado *crimen repetundarum* que, segundo Maggiore (8), é o troco do qual brotam as demais incriminações sobre abusos dos funcionários públicos, especialmente os referentes ao peculato e à concussão.

Severíssima a punição do peculatório, via de regra, a morte ou o desterro sob a modalidade da *interdictio aquae et igni*.

#### b) Direito germânico

Von LISZT, o célebre professor da Universidade de Halle, afirma que os germânicos — apesar das minudentes disposições da *Lex Sálica* — não tiveram uma idéia geral dos crimes de responsabilidade (9).

Certamente que a infidelidade dos auxiliares do Rei, assim como a subtração dos seus bens encontravam repressão, mas destituída de gravidade, pois, para eles, cuja lei fundava-se na honra (10), "só havia dois crimes, redutíveis a um: a traição de si mesmo (a covardia) e a traição à pátria; a incompatibilização com o Divino. Tudo o mais eram acidentes naturais, que só podiam dar lugar a reparações pecuniárias" (11).

(4) "Lege Julia peculatus cavetur, ne quis ex pecunia sacra, religiosa, publice auferat, neve interceptat: neve in rem suam vertat: neve faciat quo quis auferat, interceptat, (vel) in rem suam vertat, nisi cui utique lege licebit: neve quis in aurum, argentum, aex publicam quid indet: neve unmisceat, neve, quo quid indatur, immisceatur fasciat scien dolo malo, quo idem pejus fiat", in D. I. XLVIII, XIII.

(5) "Lege Julia de Residuis tenetur is apud quem ex locatione, emptione, alimentaria ratione, ex pecunia, quam accept, aliave qua causa pecunia pública resedit: sed et qui publicam pecuniam in usus aliquos acceptam retinuerit, nec erogaverit, hac lege tenetur", in D. I. XLVIII, XIII.

(6) "Denique male gesta re publica magestatem populi romani minuisset", in Anais de Tácito, liv. 1º, top. 72.

(7) NELSON HUNGRIA, C ao Código Penal, vol. IX, p. 332.

(8) Ob. cit., p. 129.

(9) Tratado do Direito Penal Alemão, tomo II, p. 491.

(10) As noções de honra e de palavra de honra nasceram do processo pelo combate. Vide, a propósito, LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO, O Direito Penal Hispano-Luso Medieval, p. 95.

(11) LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., ps. 37 e 38.

### c) Direito português

Desconhecendo os germanos o peculato, como vimos, lógico seria seu desconhecimento pelo direito lusitano, quando nada até o século XV, pois, até esta parte, o seu direito "foi essencialmente o direito penal das nações germânicas" (12).

A tese encontra inteira ressonância em José Higinio (13), segundo o qual nos códigos e tratadistas do direito português antigo, a noção de crime de responsabilidade surge com Mello Freire em seu *Institutionum Juris Criminalis Lusitani* (14).

### d) Direito francês

O antigo direito penal francês conceituava o peculato como "le vol ou la dissipation des deniers royaux ou publics, para les receveurs et autres officiers qui en avaient le maniement ou à qui le dépôt en avait été confié, ou même par les magistrats qui en avaient été les ordonnateurs (15).

Abeberando-se aqui nas disposições romanas, o direito francês procurou dar garantias também aos dinheiros privados confiados à administração, prescrevendo que "le détournement des deniers privés, par les mêmes officiers, ne constituait point le même crime, alors même que ces deniers leur avaient été confiés à raison de leurs fonctions (16).

A pena era severa, chegando ao desterro perpétuo com confiscação de bens, de acordo com a interpretação que se dá ao disposto na Ordenação de 1º de março de 1545, que prescrevia: "*ordonnons que le crime de peculatus sera puni par confiscation de corps et de biens; par quelque personne qu'il ait été commis*".

Ordenações posteriores chegaram a estabelecer a pena de morte (*Ordonnance* de 1629). Esta ordenação punia como incursos nas sanções do crime — dilatando o conceito primitivo — "*tous ceux qui, étant préposés pour le maniement des deniers royaux emportent les deniers dont la recette leur est confiée, ou les détournent de leurs caisses, ou sortent du royaume sans en avoir rendu*

(12) Lydio Machado Bandeira de Mello, *ibid.*, p. 89.

(13) *m* Von Liszt, *ob. cit.*, p. 491.

(14) Eis a íntegra do texto referente ao peculato na citada obra de Mello Freire, cap. correspondente ao furto, par. 18: "*Crimen peculatus, hoc est, furtum pecuniae publicae ab eo, cujus fidei illius custodia commissa non est, factum, eadem poena, non duriore, qua furtum privatum puniri solet, coercendum*".

(15) Jousse, *apud* Chauveau et Hélie, *Théorie du Code Pénal*, vol. II, p. 526.

(16) Muyart de Vouglans, *apud* Chauveau et Hélie, *ob. cit.*, p. 526.

compte. ou font de faux emplois ou des omissions dans leurs comptes. ou se trouvent débiteurs de fortes sommes sans pouvoir vérifier la cause de leurs pertes" (17).

Estas, as principais disposições, vigentes à época, empregadas na repressão aos crimes de tal natureza.

#### e) Direito espanhol

As Partidas (1260) — primeiro monumento legislativo da Espanha a considerar o peculato — reprimiam o furto e a ocultação maliciosa dos bens públicos pelo tesoureiro, arrecadador ou juiz com a pena de morte (18).

A distinção romana relativa ao peculato e ao resíduo foi inscrita em suas disposições (19).

As Recopiladas igualmente contemplaram a infração, conservando a rigorosa punição estatuída pelas Partidas (20).

#### f) Direito brasileiro

Os Institutos Jurídicos do Brasil à época colonial foram os vigentes na metrópole portuguesa.

Vigoraram entre nós — desdobrando-se entre o período compreendido entre o descobrimento e a independência — as famosas ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), com predominância no tempo e em valor das Filipinas, principalmente no que respeita à matéria criminal. Esta legislação, no dizer de Anibal Bruno, "foi a fonte que alimentava a maneira tradicional e pensar os problemas penais, e, assim, de uma ou outra forma, o ponto de referência constante no modo de considerar o crime e reprimi-lo" (21).

No título 74, referente a "Nossas Rendas" rezava: "Dos officiaes del Rey, que lhe furtão, ou deixam perder sua fazenda per malicia".

A Independência mostrou a necessidade de estabelecer-se uma legislação autônoma, que viesse refletir a realidade sócio-política do nascente império o que, afinal, cristalizou-se através das recomendações contidas na Constituição de 25 de março de 1824 que pugnavam pela organização de um código que se fundasse em bases de "Justiça e Equidade" (22).

(17) Chaveau et Hélic, *ob. cit.*, p. 527

(18) in Liv. VIII, tit. XIV, ley 14

(19) Puig Peña, *Derecho Penal*, vol. III, p. 352

(20) in Liv. XII, tit. XV, ley 7.

(21) *Derecho Penal*, vol. I, tomo Iº, p. 158

(22) Tit. 8º, art. 179, nº XVII

erradicando de vez as penas infamantes que até então vigoravam sob "falsas idéias religiosas e políticas, que, invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado e absorvia o indivíduo no Estado, fazendo dele um instrumento" (23).

E assim, alguns anos mais tarde, veio a lume o Código Criminal do Império sob o influxo de idéias liberais e doutrinas humanitárias, que se consubstanciaram na sistematização do monumento que ainda hoje honra a cultura jurídica nacional. Sua influência fez-se sentir sobre quase toda a legislação penal latino-americana (24).

Afastando-se do modelo francês, incluiu o peculato no título VI, capítulo I, entre os crimes contra o Tesouro Público e Propriedade Pública, em cujo art. 170 estatuiu: "apropriar-se o empregado público, consumir, extraviar ou consentir que outrem se aproprie, consuma ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros ou efeitos que tiver a seu cargo".

Proclamada a República, novo estatuto penal foi elaborado na tentativa de que surpreendesse as transformações que se experimentaram nesta parte da América. Críticas acerbas se lhe dirigiram, ocorrendo Roberto Lyra em sua defesa a proclamar que os males principais não provinham, propriamente, do Código de 1890, mas da "esterilidade de todos os esforços para substituí-lo, obrigando o legislador a improvisar textos erigidos pelas necessidades inadiáveis, e do desaparelhamento carcerário" (25).

No que respeita ao crime cuja evolução vimos acompanhando, este código não foi mais feliz que o anterior, pois, embora enquadrando-o de maneira elogiável, ateu-se àquelas mesmas concepções dogmáticas que orientaram o do Império. No título V, capítulo único, secção V, consagrou: "art. 221: 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 exerça fiscalização em razão de officio;

Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses bens, os extravie ou consuma em uso próprio ou alheio".

Tais disposições foram tachadas de deficientes, particularmente no que tange à impunibilidade da subtração ou distração dos bens particulares confiados à administração, o que, mais tarde, foi corrigido através da lei nº 1875 de 25 de novembro de 1907 e decretos nº 2.110 de 23 de setembro de 1909 e nº 4.780 de 27 de dezembro de 1923, que se corporificaram nos artigos 221 a 223 da Consolidação das Leis Penais, feita por Vicente Piragibe.

(23) BASTISTA PEREIRA, apud Roberto Lyra, Código Penal, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. IX, p. 244.

(24) V. HOEPPNER DUTRA, O Furto e o Roubo, p. 27 e Anibal Bruno, ob. cit., p. 165.

(25) ob. cit., p. 248.

Finalmente surgiu o atual diploma legal que, na expressão de Hoepfner Dutra, assinalou "a última etapa do florescimento do direito penal no Brasil" (26). Nele, o peculato recebeu tratamento especial preenchendo-se lacunas e corrigindo-se falhas.

Já o Projeto Alcântara Machado, com boa técnica, categorizava-o dentre os crimes contra a Administração Pública, contemplando-o em seus aspectos doloso (*contemplatione officii e ratione officii*) e culposo, orientações que, afinal, prevaleceram com ligeiras modificações.

### III — Classificação.

Vimos, no decorrer de nossas considerações sobre a evolução histórica do crime, que a proteção penal visava a princípio o resguardo da coisa móvel pública, religiosa ou sagrada, para, posteriormente, estender sua tutela à fidelidade funcional.

As conformações vacilantes da espécie, exigindo para sua configuração critérios diferentes, trouxeram dificuldades no respeitante à classificação do peculato, as quais se espelharam em divergências doutrinárias por vezes irreconciliáveis.

Carrara, por exemplo, situava o peculato na categoria dos crimes contra a fé pública, justificando que "il pubblico ufficiale, a cui e affidata la pubblica pecunia, quando con dolo si appropria tutta o parte di essa, rompe la fede pubblica, la fede, cioè, che ebbe in lui l'intera consociazione, ponendo in sua mano quei capitali che provenivano dal patrimonio di tutti i consociati, e che servire dovevano a beneficio di tutti loro" (27).

Puglia discorda em parte do mestre de Pisa, aduzindo: "poichè se bene sia innegabile che la società riponga la sua fiducia in tutti i pubblici ufficiali, e quindi anco in quelli che potranno essere ritenuti colpevoli di peculato, pure ci sembra indiscutibile che cotesta azione delittuosa sia diretta ad offendere la pubblica amministrazione, anziché la fede pubblica" (28).

Maggiore, na mesma linha do pensamento de Carrara, sustenta que a proteção penal e faz tendo em vista menos a defesa dos bens patrimoniais que o interesse do Estado pela proibidade e fidelidade do funcionário público, já que o prejuízo mais que material é moral e político (29). Idêntica a opinião de Zanardelli, embora valorizando igualmente os prejuízos resultantes do evento (30).

(26) *ob. cit.*, p. 36.

(27) *Programma*, vol. VII, parágrafo 3.360.

(28) *Manuale di Diritto Penale*, parte especial, vol. II, p. 79.

(29) *ob. cit.*, ps. 161 e 162.

(30) *Relazione Ministeriale sul Progetto del Codice Penale del 1887*.

O código francês não trata separadamente do peculato no capítulo referente a "De la Forfaiture et des crimes et délits de fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions", incluindo-o na seção dos crimes e delitos contra a paz pública.

Justificando o critério adotado, diz a exposição de motivos: "parmi les crimes et délits qui compromettent le plus la paix publique, il était impossible de ne pas accorder un rang principal à ceux que commettent les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions: l'ordre est manifestement troublé quand ceux que la loi a préposés pour le maintenir sont les premiers à l'enfreindre" (31).

Também Vom Liszt dá prevalência ao elemento incorpóreo, considerando a violação do dever que o cargo impõe como lesiva dos interesses da administração (32). Entretanto, os crimes de responsabilidade no direito prussiano só encontraram a reta via para segura conceituação com o advento do período denominado "*despotisme éclairé*", quando se conseguiu estabelecer conceitos básicos, que possibilitaram distinguir as meras faltas disciplinares dos crimes de responsabilidade.

Após passar em revista os conceitos históricos da figura, Sebastian Soler conclui que sua característica essencial está na existência de um abuso de confiança (33).

Analisando o direito argentino, assinala que a tutela penal ultrapassa o interesse pela segurança patrimonial para alçar-se vigilante em defesa do "cumplimiento regular y legal de las funciones públicas" (34).

Hungria, embora defendendo a indispensabilidade do dano patrimonial dá configuração da espécie, entende que se possa puni-la menos por aquela circunstância, do que coexistir parí passu uma quebra de fidelidade ou inexecução no desempenho do cargo público (35).

A gravidade do crime resulta, sobretudo do traimento da fé pública por aquele que, se mascarando de oficial público, abuse iniquamente das facilidades que se lhe abre o exercício do cargo (36).

Classificando o rime dentre os que atentam contra a administração pública, o legislador teve por escopo prevalente proteger a moralidade administrativa, como contribuição ao aperfeiçoamento das atividades estatais (37).

Para Lydio Machado Bandeira de Mello, que defende o princípio da classi-

(31) in Chaveau et Hélie, ob. cit., p. 521.

(32) ob. cit., p. 490.

(33) Derecho Penal Argentino, vol. V, p. 189.

(34) Id., ibid., ps. 190 e 191.

(35) ob. cit., vol. IX, p. 345.

(36) Waldemar César da Silveira, Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral, in Anais do 1º Congresso do M. Público, vol. V, p. 130.

(37) Magalhães Noronha, Direito Penal, vol. 4º, p. 294.

ficação objetiva (classificação valorativa dos direitos lesados ou postos em perigo), o peculato deve inscrever-se no título reservado aos crimes contra a Administração pública, porque a ocorrência de um crime contra particular, v.g., uma apropriação indébita viola apenas um direito e lesa apenas um bem jurídico, isto é, o direito de propriedade e o patrimônio daquele particular; já na apropriação indébita de coisa pública e praticada por funcionário público violam-se dois direitos, o direito de propriedade do Estado e o direito à honra da administração e lesam-se dois bens jurídicos, o patrimônio do Estado e a honorabilidade da administração (38).

Pedro Aleixo preconiza — como núcleo central de sua magnífica tese — a reforma da lei, com critérios outros que inspiraram o legislador de 1940, colimando maior proteção ao patrimônio público, o que se alcançará pela transmutação dos crimes que se englobam sob o nomen juris peculato, para a órbita dos que se inscrevem sob o título "dos crimes contra o patrimônio". (39).

Entendemos, todavia, sem embargo de lúcidas opiniões divergentes, que bem agiu o código penal vigente, classificando o crime dentre os que ameaçam ou lesam a administração pública. O desvio, a subtração, a apropriação de bens ou dinheiros por aqueles que têm o dever de zelá-los, transpõe os limites da simples lesão do patrimônio estatal para atingir o crédito que se deposita na administração, abalando a crença na honestidade, na segurança e na garantia com que os órgãos específicos, por seus funcionários, administram o bem que se formou à custa do sacrifício anônimo de todos.

Sem pretender entrar no mérito da afirmação, o certo é que a apropriação ou o desvio dos bens públicos em si pouca importância teria, pois, no próprio entendimento popular perpetua-se a máxima referida por Puig Peña de que "quien roba al común no roba a ningún" (40).

Entretanto, a prática daqueles atos pelos que receberam o encargo de os administrar, dando-lhes destinação coerente aos fins legítimos a que são propostos, acarreta séria perturbação, que se espraia envolvendo todas as áreas da comunidade social, trazendo o "descrédito que é um dos fermentos da desmoralização do Estado" (41).

Coerente com os ensinamentos doutrinários, a maioria dos códigos penais, a partir do século passado, têm subtraído o crime do elenco das infrações contra o patrimônio.

Julgaram os legisladores, à luz daquelas lições, ser necessário tratá-lo autonomamente, como entidade autônoma que é, a qual se materia-

(38) Considerações sobre o Peculato, trab. ined., p. 3.

(39) O Peculato no Direito Penal Brasileiro, ps. 125 a 127.

(40) ob. cit., p. 352.

(41) Lydio Machado Bandeira de Mello, ob. cit., p. 4.



liza em uma ameaça ou ofensa concomitantemente ao patrimônio e à honrabilidade da administração.

Contemplam-no deste modo o código italiano (1930), que o classificou no título II, dentre os crimes contra a administração pública, critério adotado pelos códigos da Colômbia (1936), Equador (1938), Uruguai (1933), Paraguai (1910), Argentina (1921), Costa Rica (1941) e Brasil (1941), sendo que Brasil, Equador, Colômbia, Costa Rica, Uruguai e Paraguai, conservaram o nomen juris histórico Peculato e os demais a denominações genérica Malversação.

Os códigos da França (1810), República Dominicana (1884), Haiti (1835), Panamá (1922) e Venezuela (1926) inscreveram-no sob o título "Dos Crimes contra a Coisa Pública", com o nomen juris de Prevaricação e os de Panamá e Venezuela sob o capítulo "Do Peculato".

Com critério diverso, considerando a qualidade do agente, estão os códigos sueco (1864), Espanhol (1944), Boliviano (1834), Cubano (1936), Chileno (1874), Guatemalteco (1936), Hondurense (1906), Nicaranguense (1891), Mexicano (1931) e Salvatoriano (1904), sendo que adotam o nomen juris peculato apenas os códigos do México e Peru, o sueco sem especificação própria e os demais malversação. Isolado está Porto Rico com seu título "Delitos contra o Erário".

Discrepa do critério classificativo perfilhado o código suíço, que considera o peculato uma apropriação indébita qualificada e o inclui no título "Infractions contre le Patrimoine".

#### IV — O agente do crime

É Funcionário público, considerado para efeitos penais quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, ainda que em entidade paraestatal. É o que dispõe o art. 327 do C. Penal e § (42).

Assim, todos quantos exerçam cargo, emprego, ou função pública, sem cogitar-se da investidura, duração, profissionalidade, efetividade, importância, natureza e até mesmo vinculação ao Estado, são considerados funcionários públicos, para efeitos penais (43).

Como se nota foram ultrapassadas as barreiras conceituais fixadas à expressão funcionário público pelo Direito Administrativo.

(42) Ressalte-se a impropriedade técnica da colocação do art. 325 na parte especial, considerando-se que o mesmo tem aplicação genérica. Veja-se, Magalhães Noronha, *ob. cit.*, pág. 288. E nem seria desculpável lembrar que o Cód. Rocco assim procedeu, pois, naquele diploma legal, outro foi o método usado, qual seja, o da remissão expressa ao art. que conceitua penalmente o funcionário público. Por exemplo, os arts. 263, 322, 326, 328, etc. do Cód. penal ao referirem a público oficial, inscrevem após a expressão o nº 357, isto é, o artigo que conceitua penalmente o funcionário público.

(43) "Em minha opinião — diz Viveiros de Castro — tem o caráter de funcionário público, para os efeitos da lei penal, o cidadão que agiu no exercício de uma função pública qualquer que seja a sua espécie e natureza", in *Jurisprudência Criminal*, p. 321.

Tal amplitude tem sido adotada pela maioria das legislações e defendida firmemente por inúmeros doutrinadores.

Desejou o legislador, assim procedendo, fugir do cipoal conflitante das doutrinas e, ao mesmo tempo, fechar as saídas aos que, praticando atos que deprimem moral e materialmente a máquina administrativa, consigam escapar à responsabilidade maior, mercê de interpretações capciosas dos termos da lei (44).

Entretanto, o legislador brasileiro emprestou ao termo "funcionário público" uma extensão intolerável, quando seria obrigatória a exigência, pelo menos, de uma vinculação do agente à administração, como o fizeram o código penal imperial alemão exigindo a "nomeação" e a "relação de serviço" e o código penal argentino vigente, tornando indispensável a "investidura" ou a "designação expressa" do Estado.

Perante nosso código qualquer pessoa, sem qualquer vínculo funcional expreso com o Estado, mas que exerça a qualquer título e ocasionalmente uma função pública, deve ser considerada funcionário público.

Logo, importante fixar-se o conceito de função pública, pois, pode dizer-se "que não é propriamente a qualidade de funcionário que caracteriza o crime funcional, mas o fato e que é praticado por quem se ache no exercício de função pública, seja esta permanente ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens*" (45).

Temístocles Cavalcanti esquematiza o seguinte quadro, que julga abranger a generalidade das pessoas que exercem funções públicas:

"a) quando as pessoas investidas de função pública, o foram especialmente, por ato e autoridade pública, e se acham integradas no quadro dos funcionários públicos;

b) quando essas pessoas, embora investidas de funções públicas, não se acham integradas pela lei, no quadro dos funcionários públicos;

c) quando o exercício da função pública se realiza independentemente de qualquer investidura ou intervenção do Estado, mas decorre de outras funções;

d) quando se trata de encargos públicos;

e) no caso dos funcionários dos órgãos autárquicos;" (46).

(44) Assim agira o legislador italiano que, rompendo a barreira técnica para dar prevalência ao interesse político, consoante Maggiore — inscreveu sob a expressão administração pública toda a atividade do Estado e de outras entidades públicas tutelando "non solo a ciò è proprio dell'organo esecutivo, ma altresì a quanto riguarda gli organi legislativo e giuridionale, sempre che questi non abbiano considerazione particolare (es: delitti contro l'amministrazione della giustizia)", Manzini, Diritto Penale Italiano, vol. V, p. 65.

(45) Neson Hungria, ob. cit., vol. IX, p. 401.

(46) Tratado de Direito Administrativo, vol. IV., P. B.

O mesmo autor, tratando a evolução do conceito, assinala que "a noção de função pública depende menos da natureza da relação jurídica que se estabelece entre o funcionário e o Estado do que da finalidade do serviço ou da função, da relação de dependência do ato com as finalidades imediatas do Estado (47).

Idêntica a opinião e Maggiore para quem "função pública é qualquer atividade que realize fins próprios do Estado, ainda que a exerçam pessoas estranhas à Administração Pública" (48).

Desse modo, a característica essencial à configuração do sujeito ativo no peculato se resume no exercício por parte do agente de atos que exprimam a vontade do Estado, objetivando realizar em qualquer área de atividade fins que lhe são próprios.

#### V — A tomada de contas

Ressaltam os doutos as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à exigência da tomada de contas como medida preliminar ao início da ação penal.

A questão mereceu de Pedro Aleixo (49) um capítulo de sua tese de concurso, onde foi realçada a dimensão da controvérsia, agravada entre nós pela má exegese da distinção feita no direito italiano entre o peculato próprio e o impróprio, este também denominado *vuoto de cassa* (50).

Francisco Brant, representando corrente doutrinária e jurisprudencial mais antiga, preleciona que o crime só se consuma no momento em que o "inculcado tenha sido declarado reliquatário ou devedor, mediante tomada regular e definitiva das suas contas pela autoridade administrativa competente" (51).

Tal corrente partia do pressuposto de que, constituindo o peculato uma apropriação indébita qualificada, indispensável estabelecer-se a existência da apropriação e provar que o indiciado se recusou ou não pôde restituir as importâncias por ele apropriadas.

Entre nós, antes da vigência do código de 1940, tal posição consolidara-se por influência da própria lei, ao condicionar a fixação da pena à exata determinação do quantum dos valores apropriados (52).

(47) *Ibid.*, p. 9.

(48) *ob. cit.*, p. 65.

(49) *ob. cit.*, p. 65.

(50) O direito italiano distingue o peculato próprio do impróprio, pela consideração e que na primeira hipótese as coisas são devidas em espécie, e na segunda em quantidade. Desse modo, na segunda, a consumação do crime se identifica com o instante em que o agente da administração deixa de prestar suas contas ou de entregar a quantidade devida, logo que solenizado.

(51) Notas sobre o Peculato, in *Escritos de Direito*, p. 109. A propósito assinala Maggiore: "El momento consumativo es el de la apropiación o distracción. Pero tratando-se de distracción de cantidad (desfalco) — como en este caso el dinero está en propiedad del funcionario —, el delito no se consuma antes que el funcionario público se ponga en mora u omita la entrega, dentro de los términos prescritos"; *ob. cit.*, p. 112. *Idem*, Belgens, *Encyclopédie du Droit Criminel Belge*, p. 315; Garraud, *Droit Criminel*, tom. II, p. 321; Chauveau et Hélie, *ob. cit.*, vol. II, nº 794.

(52) V. art. 221 do Cód. Penal de 1890.

O código atual, ao revés, rompeu com aquela característica, facilitando a consagração da tese oposta, ou seja, da que afirma não depender a ação penal da prévia liquidação em processo e tomada de contas, como foi proclamado por Pedro Aleixo, que, após descrever as mutações da doutrina e da jurisprudência, afirmou "ser ponto incontrovertido o de admitir-se a ação penal contra o funcionário público acusado de peculato, independentemente da apuração de suas contas no órgão administrativo competente para tomá-las" (53).

A conclusão é a única a tirar dos dispositivos legais atinentes à espécie, os quais não subordinam a *persecutio criminis* a qualquer condição resolutiva.

Entretanto, se a lei não obriga, também não proíbe. Consequentemente, a regra torna-se passível de admitir exceções em determinados casos. Por exemplo, se se comprova *prima facie* a existência da irregularidade, desnecessária a tomada de contas. Todavia, se existem apenas suspeitas contra determinado funcionário, ou for problemática a apuração do prejuízo, razoável que se proceda preliminarmente à tomada de contas do suspeito.

Logo, a opção por um ou outro procedimento só deve ser feita ante o caso concreto e nunca fundada em um *a priori*.

#### VI — Aplicabilidade do Dec. Lei nº 201

Reiteradas decisões, inclusive do Eg. STF, têm sustentado que as normas do Dec. Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, têm aplicabilidade quando surpreendem o agente no exercício da função pública. Cessada, de aplicar-se as regras dos Códigos Penal e Processual comuns (cf. HC nº 52.286, SP, *m Rev. Trimestral e Jurisprudência*, vol. 75/77).

Não obstante estar pacificado o entendimento, podendo-se dizer que a discussão não tem sequer o gosto da atualidade, do ponto de vista doutrinário não se pode aceitar que a eventualidade de o procedimento persecutório colher o Prefeito no exercício da função ou não seja o dado determinante da adequação típica.

O momento em que se instaura a *persecutio criminis* nada tem com a tipificação penal.

Não é o exercício da função requisito configurador do crime.

Nem se diga que a interpretação sistemática estaria a indicar que o Dec. lei 201 só é de aplicação possível quando descansa sobre a superfície do exercício funcional, já que inaplicáveis as normas do art. 2º.

(53) *ob. cit.*, p. 70

inc. I, II e III, obviamente, aos já afastados dele. As providências eram de ser inseridas em edito da natureza do que se examina, mas a sua realidade não altera a fisionomia dos tipos nele previstos.

Há inúmeras outras leis que disciplinam providências de ordem processual ou administrativa somente aplicáveis aos que ostentam condição funcional própria, mas a modificação *a posteriori* não tem o efeito e alterar o enquadramento típico a ser intentado. Quando algum efeito se quer dar à circunstância da falta do exercício, a lei expressamente o declara, *e.g.*, na hipótese de crimes de responsabilidade praticados por Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador Geral a República. (cf. art. 42 da lei nº. 1.079, de 10 de abril de 1950).

#### VII — Iniciativa procedimental no Dec. Lei 201.

Questão importante a ser examinada no contexto do dec. lei 201 e o referente à iniciativa do requerimento e abertura do inquérito policial ou de instauração da ação penal, deferida a determinados órgãos na forma do que estatui o art. 2º, § 1º.

A norma restringiria o que se contém no art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal, ou estaria apenas a estabelecer que, em se tratando de órgãos, se exigiria a demonstração do interesse de agir?

Parece que, tendo em conta a natureza do diploma, que disciplina relações frequentemente agitadas pela paixão política exacerbada, desejou o legislador criar uma espécie de prejudicial às iniciativas, que objetivam ver aberto o inquérito ou instaurada a ação penal.

A ser assim, mais uma razão se alia em favor da independência das normas incriminadoras *sub examen*, sendo irrelevante o fato e se surpreender ou não no exercício do cargo o destinatário da iniciativa penal. Os que não mais estivessem no cargo poderiam ser acionados por qualquer um, com violação do princípio da condicionalidade da iniciativa, extremamente salutar, pois evita a deflagração de procedimentos penais que colhem a sua inspiração nas fontes da vingança e nos tortuosos desígnios das perseguições políticas.

#### VIII — Conclusões:

I — O crime de peculato, ultrapassando a lesão patrimonial para atingir a moralidade administrativa, deve classificar-se no título relativo aos crimes contra a Administração Pública.

2 — É necessário restringir o conceito de funcionário público, para efeitos penais, exigindo-se, pelo menos, a "investidura" ou a "designação expressa".

3 — A ação penal por peculato independe da prévia tomada de contas do acusado.

4 — Aplicam-se as disposições do Dec. Lei nº 201, ainda que o agente-prefeito tenha deixado o exercício funcional, pois tal condição não é exigível à caracterização dos crimes disciplinados no referido diploma.

5 — Somente os órgãos federais, estaduais e municipais, interessados na apuração dos fatos, têm legitimidade para pedir a instauração dos procedimentos penais específicos.

#### BIBLIOGRAFIA

ALEIXO (Pedro) — O Peculato no Direito Brasileiro, Belo Horizonte, Gráfica Belo Horizonte Ltda., 1956.

BUYS DE BARROS (A.B.) — Instituições de Economia Política, Rio, José Konfino Ed., vol. II, 1955.

BANDEIRA DE MELLO (Lydio Machado) — O Direito Penal Hispano-Luso Medievo, Belo Horizonte, 1961.

BRUNO (Anibal) — Direito Penal, Rio, Forense, vol. I, tomo 1º.

CARRARA (Francesco) — Programma del Corso di Diritto Criminale, Firenze, vol. VII, 1897.

CAVALCANTI (Temístocles) — Tratado de Direito Administrativo, S. Paulo, Freitas Bastos, vol. IV, 1956.

CESAR DA SILVEIRA (Vakdemar) — Dos crimes praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral, in Anais do 1º Congresso do Ministério Público, Rio, Imprensa Oficial, 5º vol., 1942.

CHAUVEAU ET HÉLIE (A. e F.) — Théorie du Code Pénal, Paris, vol. VII, 1852.

HOEPPNER DUTRA (Mario) — O Furto e o Roubo, S. Paulo, Max Limonad, 1955.

HUNGRIA (Nelson) — Comentários ao Código Penal, Rio, Forense, vol. IX, 1959.

- LYRA (Roberto) — Código Penal, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Borsoi, vol. IX.
- MACHADO (Alcântara) — Projeto do Código Criminal Brasileiro. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1938.
- MAGGIORE (Giuseppe) — Derecho Penal, Bogotá, trad. espanhola de J. Ortega, Editorial Temis, parte especial, vol. III, 1955.
- MANZINI (Vicenzo) — Diritto Penale Italiano, Torino, U.T.E.T., Nuova Edizione, vol. 5º.
- MELLO FREIRE (Pascoal) — Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Coimbra, 1953.
- PUIG PENA (Frederico) — Derecho Penal, Madrid, Editorial Revista Drecho Privado, vol. III, 1955.
- NORONHA (Magalhães) — Direito Penal. São Paulo, Saraiva, vol. 4º, 1962.
- PIRAGIBE (Vicente) — Consolidação das Leis Penais, Rio, 1933.
- PUGLIA (Ferdinando) — Manuale di Diritto Penale, Napoli, Anfossi Editore, vol. II, 1890.
- SILVA FERRÃO (F.A.F.) — Theoria do Direito Penal, Lisboa, Imprensa Nacional, vol. V, 1857.
- SIQUEIRA (Galdino) — Direito Penal Brasileiro, Rio, Jacinto Santos Editor, vol. II, 1924.
- SOLER (Sebastian) — Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, TEA, vol. V, 1951.
- VICTORIA (Luiz A.P.) — Dicionário da Origem e da Vida das Palavras, Rio, Livraria Império, 1958.
- VON LISZT (Franz) — Tratado de Direito Penal Almão, trad. port. de J. Higinio Pereira, Rio, Briguiet ed., 1899.
- ZANARDELLI — Relazione Ministeriale sul Progetto del Codice de 1887.