

Apontamentos acerca do Crime de Peculato-Furto (art. 312, § 1º, do CPB)

Autor: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
(Desembargador Federal do TRF da 4ª Região)
| Artigo publicado em 17.03.2006 |

No julgamento do HC nº 56.602/RN, em que foi relator o saudoso Ministro SOARES MUÑOZ, publicado na RTJ 91/812, admitiu a Suprema Corte que comete o crime de peculato, em concurso formal com falsidade ideológica, o funcionário público que, para apropriar-se de dinheiro público, faz inserir em conhecimento de receitas tributárias elementos inexatos.

Da mesma forma, o fato de ter havido fraude, por si só, não descaracteriza o tipo previsto no art. 312, § 1º, da Lei Penal.

No mesmo sentido, decisões de outros Tribunais, inclusive desta Corte, reconhecendo a ocorrência do crime de peculato, não obstante ter havido fraude na subtração (TJSP, in RT 513/357; TRF da 4ª Região, Acórdão nº 9004174028, rel. Juiz VOLKMER DE CASTILHO, in DJU II de 15.05.91, p. 10648; TRF da 1ª Região, Acórdão nº 9001024980, rel. Juiz FERNANDO GONÇALVES, in DJU II de 18.03.91, p. 4941).

Outra não é a orientação da doutrina, consoante o magistério de NINO LEVI, verbis:

“d) La questione dei rapporti tra peculato e truffa (o concussione, v. n. 112) è stata sollevata in alcuni casi in cui l’agente, per commettere l’appropriazione (sottrazione per il codice del 1889) o distrazione, si sia servito di un attività maliziosa, che si è creduto definire artifici o raggiri (2)”.

Em nota que acrescenta, o Mestre da Università di Genova transcreve, a respeito, julgado da Corte de Cassação, verbis:

“(2) Così nella ipotesi di Podestà di un Comune che si appropria di medicinali di cui aveva il possesso, mascherando il prelevamento di medicinali come prelevamento di disinfettante per servizio pubblico o compiuto mediante ricette a nome di persone povere. Fu, in tale caso, esattamente giudicato (Cass. 25 gennaio 1932, Giust. Pen, 1933, II, 54) che codesta artificiosa attività serviva unicamente a nascondere le opere fatte, per coprire il peculato.” (NINO LEVI, Delitti contro la Pubblica Amministrazione, in Trattato di Diritto Penale de Florian, Francesco Vallardi, Milano, 1935, pp. 226-7)

Ademais, no crime de peculato, a objetividade jurídica de maior relevância não é tanto a lesão patrimonial, mas sobretudo a ofensa aos interesses da Administração Pública, de que os funcionários são guardiães, deles se exigindo lealdade sem fraquezas e fidelidade sem vacilações (TJSP – Ap. Crim. – Rel. Des. MENDES PEREIRA, in RT 498/275; TJSP – Ap. Crim. – Rel. Des. MAÉRCIO SAMPAIO, in RJTJSP – 8/500-3).

Nesse sentido, manifesta-se a doutrina: ADOLFO ZERBOGLIO, in *Dei Delitti Contro La Pubblica Amministrazione*, Francesco Vallardi, Milano, p. 14; GIUSEPPE ZUCALÀ, in *L'Infedeltà Nel Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 1961, p. 184.

A respeito, pertinente o magistério de GIUSEPPE ZUCALÀ, em conceituada obra, verbis:

“Un dovere di fedeltà sussiste fundamentalmente e caratterizza il rapporto tra pubblico ufficiale e pubblica amministrazione intesa come persona di diritto pubblico: non sembra pertanto dubitabile che talune figure di reato, tra tutte quelle contro la pubblica amministrazione, richiamino appunto quest'obbligo e si configurino alla sua stregua.

Tra i delitti contro la pubblica amministrazione, assumiamo come delitti di infedeltà: il peculato (art. 314); (...) In tutte queste ipotesi delittuose, ed in queste soltanto, si tratta di delitti che implicano nella loro struttura un agire contro l'interesse di una pubblica amministrazione, e precisamente di quella amministrazione da cui il soggetto attivo de reato dipende, anche se talvolta (come ad es. nel delitto di concussione) risultano valutati e qualificati come lesivi della pubblica amministrazione in senso lato, ossia lesivi dell'interesse amministrativo dello Stato.” (In *L'Infedeltà nel Diritto Penale*, PADOVA-CEDAM, 1961, pp. 184/185)

Da mesma forma, pronuncia-se a jurisprudência, verbis:

“No caso de peculato, a objetividade jurídica de maior relevância não é tanto a defesa dos bens da Administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade na administração. O dano, mais do que material, é moral e político.” (In RJTJSP, v. 8/500-503)

Lançar mão o “serventuário de numerário do Estado para satisfazer encargos pessoais e familiares, ainda que necessários, a toda evidência não constitui motivo para exclusão do crime de peculato e muito menos isenta a sua responsabilidade, ex vi do art. 20 do CP. A não exigibilidade de outra conduta somente em casos de excepcional

circunstâncias pode ser aceita como causa capaz de isentar o réu de culpa." (In RT 513/357)

Nesse sentido, pronunciou-se o Pretório Excelso, verbis:

"CONFIGURAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DE SEREM PARTICULARES OS BENS DE QUE SE APROPRIOU O ACUSADO – POSSE DOS MESMOS EM RAZÃO DO CARGO – DESNECESSIDADE, OUTROSSIM, DE PRÉVIA PRESTAÇÃO DE CONTAS – HABEAS CORPUS DENEGADO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 312 E 327 DO CP – No peculato, a lesão patrimonial se configura ainda quando a coisa apropriada, ou desviada, pertença ao patrimônio particular. É o que diz o art. 312, caput, do CP, quando se refere ao valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular..." O que importa é que a apropriação ou o desvio tenha por objeto bens possuídos em razão do cargo." (In RT 528/396)

No mesmo sentido, ainda, o magistério de VINCENZO MANZINI, verbis:

"La legge non esige che il fatto sia commesso nell'esercizio delle funzioni o del servizio (v. invece: art. 316), ma basta che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio abbia il possesso del denaro o dell'altra cosa mobile per ragioni di ufficio o di servizio." (In Trattato di Diritto Penale Italiano, 5ª ed., UTET, Torino, 1986, v. 5º, p. 140, n. 1.291)

Outro não é o ensinamento de NINO LEVI, verbis:

"Il possesso per ragioni di ufficio non va dunque confuso nè con la competenza concreta a custodire, esigere, amministrare, ecc., nè con la legittimità del titolo in base al quale si possiede." (In Delitti contro la Pubblica Amministrazione, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1935, p. 177)

E, mais adiante, acrescenta o citado autor julgado da Corte de Cassação Italiana, verbis:

"Non esclude la ragione d'ufficio, necessaria per il peculato, la circostanza che l'agente eserciti funzioni che per norma dovrebbero essere ad altri affidate, non potendo disconoscersi che anche in tali casi l'infrangere il dovere di fedeltà giuridico cui il pubblico ufficiale è tenuto nella sfera patrimoniale costituisca la ipotesi del peculato." (In Op. cit., p. 177, nota 6)

Questão interessante e que poderá suscitar indagação nessa modalidade de delito é a correta qualificação jurídica do réu, sobretudo quando aplicável o disposto no art. 327 do Código Penal.

Ora, não se pode considerar omissão da denúncia, afastando-se a aplicação do art. 384 do CPP, quando a circunstância elementar – a de funcionário público por equiparação, por exemplo, encontra-se explicitamente referida na peça acusatória.

A situação descrita acima era comum nos delitos praticados por representantes locais do FUNRURAL, quando o Parquet os denunciava criminalmente com fulcro nos arts. 312 c/c 327 do CPB.

Constando da denúncia a descrição do vínculo jurídico do denunciado com a Administração Pública, não incide o disposto no art. 384 do CPP.

A respeito, pertinente o magistério de BASILEU GARCIA ao comentar o alcance do art. 383 do CPP, verbis:

"O mesmo fato, do ponto de vista da sentença, será não somente aquele que a peça inicial da acusação coincidentemente descreveu, como ainda aquele que nos seus contornos se acha contido, declarada ou tacitamente. É exegese a que o artigo obriga. A mudança de definição jurídica, pela sentença, pode operar-se, pois, para corrigir a que tenha sido errônea ou impropriamente proposta pelo acusador; e também para desclassificar o delito, excluindo algum elemento indicado na denúncia ou queixa." (In Coments. ao CPP, Forense, Rio de Janeiro, 1945, V. III, p. 500, n. 453)

Outro não é o ensinamento do saudoso EDUARDO ESPÍNOLA Fº, ao referir, inclusive, julgado do Pretório Excelso, verbis:

"A nenhuma influência da errônea classificação -do delito, feita na denúncia, eis ponto defini-tivamente exposto no ac. unânime, em que, aos 2 janeiro 1943, o Supremo Tribunal improveu o rec. de h. c. n. 28.912 (Diário da Justiça, de 7 de junho 1945, Apenso, pág. 2.189). No seu voto, o rel., min. LAUDO DE CAMARGO friza: " "... não vejo nulidade evidente para, com o seu reco-nhecimento, conceder a ordem... Hoje, torna-se -imprescindível a classificação do delito, porque a lei o exige (Cód. do Proc. Penal, art. 41). Na espécie, houve a classificação: delito de apro-priação (art. 168 do Cód. Penal). Surgiu, entre-tanto, a condenação pelo de peculato (art. 312). Por isso, teria ocorrido nulidade processual? Entendo que não. Estabeleceu o novo legislador -criminal ser possível ao juiz dar ao fato definição jurídica diversa. Nesta circunstância, e quando não conste explícita ou implicitamente da denúncia a circunstância elementar, baixará os autos, para que haja aditamento àquela peça e para ainda ser ouvida a defesa. É o que se deduz dos arts. 383 e 384, e seu parágrafo, do Cód. do Proc.. Na espécie, o juiz a princípio entendeu -de fazer baixar os autos para os fins regulares, ou seja,

para as providências de que venho de fa-lar. Posteriormente, porém, e ante o parecer do Ministério Público, houve por bem declarar ne-nhum o despacho proferido, por ter reconhecido -que havia andado menos acertadamente, uma vez que, da denúncia, constava de modo expresso o elemento primordial, para caracterizar a figura-do peculato: a qualidade de funcionário público- por parte do co-réu. Sendo assim, e não havendo- surpresa para o acusado, deixava realmente de haver lugar para a restrição legal. É que os fatos estavam bem descritos e só errônea fôra a classificação. Nesta situação, cumpria ao juiz fazer aplicar a lei a esses fatos, com toda a liberdade. A classificação errônea ficou assim -substituída pela classificação certa. Resumindo: se o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia, a errônea classificação do delito não constitui empecilho para o julgamento, sem maior formalismo." (In Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 4ª Ed., Borsoi, Rio de Janeiro, v. IV, p. 83-4, n. 754)

Quando do julgamento do RHC nº 54.331-SP, em que foi relator o saudoso Ministro CUNHA PEIXOTO, deliberou a Suprema Corte, verbis:

"Não é inepta a denúncia que atende aos pressupos-tos exigidos no art. 41 do CPP, podendo a errônea- qualificação do delito ser corrigida a qualquer tempo antes da prolação da sentença final. (arts. -383 e 384 do CPP)." (In RTJ 79/95)

Idêntico é o entendimento do notável Professor da Universidade de Roma, ALFREDO DE MARSICO, ao comentar o alcance do princípio -doutrinário de "correlazione fra l'accusa e la sentenza nel processo pe-nale", verbis:

"146. – a) Può avvenire che il fatto resti in dibattimento identico a quello enunciato negli atti di contestazione, ma che il giudice ritenga di dovergli dare una definizione diversa da quella in essi indicata. A torto si afferma che, a guardar bene, anche in questa ipotesi un mutamento di fatto, in un qualsiasi elemento di esso, debba avvenire, altrimenti non potrebbe spiegarsi la definizione giuridica diversa negli atti di accusa e nella sentenza.

Innanzitutto, un argomento ermeneutico che ci sembra solidissimo, ossia la costante separazione del fatto dalle circostanze aggravanti che il codice opera proprio nelle norme concernenti gli atti necessari alla contestazione (art. 384 n. 2 e 396 n. 3; e che ripete come vedremo, sempre per effetti inerenti alla contestazione, nell art. 445), ci convince che per fatto deve intendersi l'avvenimento concreto che, inquadrato in una figura di reato, si imputa ad un individuo. Ora, perchè esso possa fondare quella opinio delicti che si afferma negli atti di contestazione, è necessario che comprenda, sempre dal punto

di vista puramente fisico ed oggettivo, l'indicazione dell'azione (od omissione), dell'elemento psichico (dolo, preterintenzione, colpa), o della causalità obiettiva come base di responsabilità obiettiva, e dell'evento. Così, la contestatio facti, o enunciazione del fatto, sarà ad esempio imputare a Tizio di avere, volontariamente, con un colpo di pugnale cagionato la morte di Caio; mentre sarà contestatio juris o enunciazione del titolo del reato imputargli il delitto di omicidio volontario (nomen juris).

Per aversi un fatto identico negli atti di accusa e nel dibattimento, occorre che esso non subisca variazioni in nessuno dei tre elementi menzionati innanzi.

Ma ciò non basta, senza un chiarimento, a precisare la nozione di fatto identico. Tutti i tre elementi di esso possono rimanere ontologicamente identici, ma qualcuno perdere, nell'apprezzamento del giudice, qualcosa di quella sua importanza strutturale che è necessaria per aversi un fatto inquadrabile nel nomen juris adottato dalla accusa e prescelto nella contestazione. Bisogna riflettere, invero, che il fatto prima dev'essere accertato, poi valutato, e che la valutazione è duplice: nella sua entità obiettiva e causale (art. 40), e nella sua definizione giuridica, ossia nella figura di reato che esso integra.

(...)

Orbene, l'art. 477, pr. parte, dispone che nella sentenza il giudice, se il fatto accertato resti identico a quello dedotto in accusa, ha il potere di dargli una definizione giuridica diversa, purchè la cognizione del reato non appartenga alla competenza di un giudice superiore o speciale (nel qual caso provvede ai termini dell art. 35). E questo il potere de libera valutazione giuridica del fatto, spettante al giudice di cognizione." (In Lezione Di Diritto Processuale Penale, 3^a ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1952, pp. 226-7)

No mesmo sentido, a lição de R. GARRAUD, verbis:

"La qualification, dans le sens technique du mot, c'est la détermination du rapport légal existant entre un fait délictueux et les dispositions de loi qui lui sont applicables: qualifier, c'est dire quel delit constitue le fait incriminé et par quel texte il est prévu et puni. Or, depuis le moment où une poursuite est engagée, jusqu'au jour où elle est définitivement jugée, des modifications peuvent se produire, soit dans la prévention, soit dans la qualification.

(...)

Le changement de qualification, ainsi défini, est différent du changement de prévention. Quand on change un prévention, on substitue un second fait incriminé à un autre, tandis qu'en modifiant une qualification, on substitue une nouvelle étiquette à un fait qu'on ne cesse pas d'envisager en lui-même tel qu'il a été compris dans la poursuite."

(In Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale, Nouveau tirage, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, T. II, p. 333, n° 537)

Concluindo, é de ser reconhecida a ocorrência do crime de peculato, não obstante ter havido fraude na subtração, o que, por si só, não descaracteriza o delito previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal Brasileiro .

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS