

Marcelo Xavier de Freitas Crespo

Coordenação



**CRIMES CONTRA A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
ASPECTOS POLÊMICOS**

Vicente Greco Filho

Prefácio

Alessandra Orcesi Pedro Greco

Cícero Marcos Lima Lana

Eduardo Saad Diniz

Fábio Romeu Canton Filho

Fernando Vernice dos Anjos

Igor Tamasauskas

João Daniel Rassi

Paulo Orsini Martinelli

Luiz Rascovski

Marcelo Valdir Monteiro

Marcelo Xavier de Freitas Crespo

Pablo Moitinho de Souza

Pierpaolo Cruz Bottini

Silvia Helena Serra

Thaís de Camargo Rodrigues

QUARTIER LATIN

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Thaís Fernanda S. L. Silva

Revisão gramatical: Thaís Fernanda S. L. Silva

Capa: Miro Issamu Sawada

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (Coord.) – Crimes contra a Administração Pública: Aspectos Polêmicos – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ISBN 85-7674-518-6

1. Direito Penal – Parte Especial.
2. Crimes Contra a Administração Pública.
- I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Penal – Parte Especial

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Crime de Peculato e suas Espécies

Marcelo Valdir Monteiro

Advogado, mestre em Direito pela USP, professor de graduação e pós-graduação da PUCC, Facamp, Policamp e do curso Êxito Proordem. Vice-Presidente da Associação dos Advogados de Campinas, Presidente da Comissão de cursos e palestras da OAB-Campinas e coordenador regional da Escola Superior de Advocacia. E-mail: marcelovaldir@hotmail.com

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O último título da parte especial do Código Penal brasileiro cuida dos crimes contra a Administração Pública (Título XI, arts. 312 a 359-H) e é dividido em 5 capítulos:

Cap. I – dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral - arts. 312 a 327;

Cap. II – dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral - art. 328 a 337-A;

Cap. II-A – dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira - arts. 337-B a 337-D;

Cap. III – dos crimes contra a Administração da Justiça - art. 338 a 359 e;

Cap. IV – dos crimes contra as finanças públicas - art. 359-A a 359-H.

O primeiro capítulo trata dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral e são chamados de *crimes funcionais*, uma vez que praticados por agentes que exercem função pública. Como se exige uma qualidade especial do agente (*ser funcionário público*), também são classificados, quanto ao sujeito ativo, de crimes próprios. Embora se exija a qualidade de funcionário público (definição trazida pelo art. 327, CP) para existência dos crimes do art. 312 ao 326, é possível o delito em concurso de agentes (co-autoria ou participação) com o particular.

Quando a qualidade de funcionário público é elementar do tipo e sua ausência torna o fato atípico, como por exemplo, a prevaricação (art. 319, CP), classifica-se o delito como *crime funcional próprio*.

Já quando a qualidade funcionário público é elementar do tipo, mas sua ausência apenas muda a tipificação do delito, diz-se *crime funcional impróprio*. Assim, para a prática de peculato (art. 312, CP) o agente precisa ser funcionário público, mas a ausência desta qualidade não tornaria o fato atípico, apenas mudaria o tipo penal, por exemplo, para o delito de furto (art. 155, CP) ou apropriação indébita (art. 168, CP).

2. NOÇÕES PRELIMINARES DO CRIME DE PECULATO

O crime de peculato está tipificado nos art. 312 e 313, CP e visa proteger o patrimônio público ou particular e assegurar a idoneidade do funcionário

lismo público. Como se trata de crime próprio, o sujeito ativo tem que ser funcionário público e pode ou não agir em concurso com outras pessoas (funcionários públicos ou até mesmo particulares) e sujeito passivo será o Estado e o particular prejudicado. O elemento subjetivo do tipo é o dolo (consciência e vontade de praticar o ilícito penal), mas o parágrafo 2º do art. 312 admite a forma culposa.

Tradicionalmente, a doutrina costuma dividir o crime de peculato nas seguintes espécies¹:

I. Peculato doloso:

- a) peculato apropriação (art. 312, *caput*, 1ª parte);
- b) peculato desvio (art. 312, *caput*, 2ª parte);
- c) peculato furto (art. 312, § 1º);
- d) peculato mediante erro de outrem (art. 313).

II. Peculato culposo (art. 312, § 2º)

2.1. PECULATO APROPRIAÇÃO E PECULATO DESVIO

A primeira parte do art. 312, *caput*, CP prevê a conduta de “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”. Este delito é chamado de peculato apropriação, pois sua conduta aproxima-se da descrição do art. 168, CP, mas é cometido por funcionário público, e prevalecendo-se do seu cargo.

Já a segunda parte do art. 312, *caput*, CP prevê a conduta de “desviar, em proveito próprio ou alheio”. É chamado de peculato desvio devido a descrição típica de desviar, ou seja, dar destinação diversa daquela que era devida.

O objeto material destas condutas é dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, assim como nos crimes de furto ou roubo. Mas no peculato, a coisa está na posse do funcionário público, que em razão da função, dela se apropria ou desvia, momento em que estará consumado o delito.

¹ Aventa-se a hipótese de classificar o delito descrito no art. 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações) e 313-B (modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações) como peculato-eletrônico, o que não nos parece adequado, tendo em vista as diferenças dos referidos tipos com o peculato. No mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*, parte especial, vol. 3, p. 371; e STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, p. 3.838.

A pena prevista para a prática destes crimes é de reclusão de 2 a 12 anos e multa, portanto está fora do âmbito de aplicação do Juizado Especial Criminal. Se o crime for praticado por agente ocupante de cargo em comissão ou exercício de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, de sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público, a pena será aumentada de um terço, conforme art. 327, § 2º, CP.

2.2. PECULATO FURTO

Tem sua previsão no art. 312, § 1º, com a mesma pena do *caput*, quando 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 da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Nada mais é do que um crime de furto (*não se tem a posse ou detenção, diferentemente do que ocorre no peculato apropriação ou desvio*), mas praticado por um agente especial (funcionário público), em situação favorecida pelo cargo.

2.3. PECULATO MEDIANTE ERRO DE OUTREM

Está previsto no art. 313, CP com a seguinte redação: "Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem. Pena: reclusão, de um a quatro anos e multa".

Neste delito, a vítima se engana e o funcionário (*que não pode ter dado causa ao erro, pois seria estelionato*), aproveitando-se do erro da vítima se apodera do bem. A consumação do crime ocorre neste momento (quando o agente se apodera da coisa e não quando a vítima entrega a coisa ao funcionário).

2.4. PECULATO CULPOSO

O funcionário público que por negligência, imprudência ou imperícia possibilita a prática de um crime por terceira pessoa (particular ou funcionário público) responde pelo delito previsto no art. 312, § 2º, CP, que possui uma pena de detenção de 3 meses a 1 ano e portanto, de competência do Juizado Especial Criminal.

Só existe o crime de peculato culposo se o terceiro praticar um crime doloso, facilitado pela culpa do funcionário público. Saliente-se que o funcionário não queria e nem assumiu o risco de praticar o delito junto com o terceiro e, como não há participação culposa em crime doloso, não responde como co-autor ou partícipe no delito praticado pelo terceiro.

Caso o funcionário público repare o dano antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória do crime de peculato culposo, haverá extinção da punibilidade e se a reparação ocorrer após a sentença irrecorrível, a pena será reduzida da metade, conforme preceitua o art. 312, § 3º, CP.

3. PECULATO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O peculato, como visto acima, trata-se de crime praticado por funcionário público contra a Administração em geral o que demonstra um desvio de conduta do próprio funcionário (que só pode fazer o que a lei autoriza) e também uma falha da administração que contratou mal.

Existem duas correntes bem distintas em matéria de política criminal que tratam da matéria penal. O Direito penal mínimo (*o Direito Penal é exceção e deve cuidar apenas de fatos e bens juridicamente relevantes para a sociedade*) e o movimento de lei e ordem (*o Direito Penal deve ser utilizado para reprimir veementemente qualquer conduta que afronte a lei*). Curiosamente no Brasil, temos exemplos concretos de legislação elaborada com base nas duas correntes numa mesma década. Assim, como retrato do movimento de lei e ordem é editada a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e a Lei de combate ao crime organizado (Lei 9.034/95). Já como exemplo do Direito Penal mínimo temos a Lei do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95) e a Lei que alterou e ampliou a aplicação das penas alternativas (Lei 9.714/98). Isto demonstra que a produção legislativa no Brasil não é bem definida quanto aos seus objetivos e quanto à missão do Direito Penal na sociedade moderna.

O princípio da intervenção mínima não se confunde com o princípio da insignificância. O primeiro é voltado ao legislador, evitando que fatos irrelevantes sejam tipificados como crimes. O segundo é voltado ao magistrado, impedindo que fatos insignificantes sejam objeto de ação penal. Assim, “pode-se falar então em intervenção mínima (*da lei penal*) e insignificância (*do bem jurídico afetado*)”².

O princípio da insignificância surge para combater a idéia de que se um tipo penal foi violado, obrigatoriamente o agente deve ser punido. Trata-se de

um imperativo categórico que não considera a missão do Direito Penal³ e se esquece da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal⁴.

Assim, segundo o princípio da insignificância, o direito penal, que é considerado a *ultima ratio*, ou seja, somente deve atuar quando os demais ramos do direito não forem suficientes para reprimir e sancionar o fato praticado e o bem jurídico lesionado e exija sua atuação, não devendo, no entanto, se preocupar com bagatelas⁵.

Discute-se se o princípio da insignificância pode ser aplicado para o crime de peculato, uma vez que, tratando-se de funcionário público, que deve observar estritamente os princípios constitucionais expressos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, CF/88) ao praticar um delito, prevalecendo-se do cargo, estaria causando um dano não apenas à Administração, mas a toda a sociedade, que por meio do contribuinte sustenta a Administração Pública.

Como decorrência lógica do princípio da intervenção mínima surge o princípio da insignificância “que decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal e surge na doutrina e na jurisprudência como uma especial maneira de se exigir a composição do tio penal, a ser preenchido, doravante não apenas por aspectos formais, mas também, e essencialmente, por elementos objetivos que levem a percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente”⁶.

Para o princípio da insignificância ou da bagatela, “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção penal”⁷.

No que se refere ao peculato, Fernando Henrique Mendes de Almeida ensina que “não se deve levar em conta unicamente o que possa ser estimado

3 Sobre a missão do Direito Penal moderno ver CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 125-127.

4 “A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele insuficiente” (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito penal brasileiro*, p. 86-87).

5 Neste sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 133.

6 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, p. 68.

7 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 65-66, nota 9.

pecuniariamente. Antes, cumpre ter em atenção, também, o interesse moral. Se, por exemplo, um empregado de uma ferrovia estatizada vende a um passageiro um bilhete de viagem já utilizado, está claro que o bilhete já não tem valor. No entanto, houve peculato precisamente porque, não tendo valor o bilhete, o funcionário, ciente disto, ousou vendê-lo ao particular, considerando que tal passagem tem o mecanismo do título ao portador. Pouco importa que a ferrovia, provado o delito, não reembolse o passageiro, no exemplo aqui dado. Há o crime, apesar de o objeto não ter valor e a Administração Pública não reparar o dano econômico. Há o crime porque foi violada a confiança da Administração Pública⁸.

A legislação penal portuguesa prevê no art. 375 ao tratar do crime de peculato que o funcionário que ilegítimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se não constituir crime mais grave e ainda determina que se os valores ou objetos do crime de peculato forem de valor diminuto, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa⁹.

Importante observar que a legislação portuguesa define expressamente no art. 202, "c" o que é valor diminuto (*aquele que não exceder uma unidade de conta avaliada no momento da prática do facto*), diferente da legislação brasileira, que deixa esta missão para a doutrina e jurisprudência.

O pouco valor, realmente não é suficiente para excluir a prática criminosa do peculato¹⁰, mas e o valor insignificante? Aquele que causa um prejuízo tão ínfimo à Administração que não seria proporcional a utilização do Direito Penal para reprimir o fato, como por exemplo "a apropriação ou o desvio de uma folha de papel ou de um lápis"¹¹. Não nos parece que haveria interesse em movimentar toda a máquina do Judiciário por uma lesão tão insignificante.

No entanto, pode-se argumentar em sentido contrário citando o exemplo do crime de roubo. Neste não é analisado apenas o valor subtraído, pois

⁸ *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 14, apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, p. 943-944.

⁹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal português, anotado e comentado*, p. 985.

¹⁰ Neste sentido: FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*, vol. 7, p. 94.

¹¹ TELLES, Ney Moura. *Direito Penal*, parte especial, vol. III, p. 388.

como trata-se de crime complexo tem-se também a violência ou grave ameaça, que não é tratada como insignificante. Então, a subtração de alguns reais, praticada com violência ou grave ameaça, configura o crime de roubo, porque embora tenha um valor patrimonial insignificante a lesão causada pela violência ou grave ameaça não foi insignificante (causou efetivamente uma lesão ou um temor sério na vítima).

A questão que se levanta é se a subtração de valor insignificante também configuraria o crime de peculato (como acontece no roubo, devido à violência ou grave ameaça) pelo fato de colocar em dúvida todo o serviço da Administração Pública, bem como sua moralidade. Ou seja, o valor subtraído ou desviado pode ser insignificante, mas será que a lesão à moralidade também é insignificante?

Várias decisões dos tribunais brasileiros afirmam que é inaplicável o princípio da insignificância quando o bem jurídico tutelado pela norma penal é a moralidade administrativa como no caso de peculato (*Nesse sentido: STJ, RESP 655.946/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 26/3/07; STJ, REsp 1.062.533; Proc. 2008/0117945-0; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 05/02/2009; DJE 09/03/2009; TRF 3ª R.; ACr 32927; Proc. 2002.61.15.002009-9; SP; Rel. Des. Fed. Luís Paulo Cotrim Guimarães; DEJF 27/03/2009; Pág. 1431*).

A justificativa para este posicionamento firma-se no fato de que o crime de peculato não causa uma lesão meramente patrimonial, mas também fere a moralidade administrativa, uma vez que funcionário público, que deveria servir de exemplo para a sociedade, se vale do cargo para praticar atos ilícitos.

Embora concorde que realmente esta situação de ferir o interesse da moralidade pública é grave, ousa discordar da inaplicabilidade do princípio da insignificância para o crime de peculato. Com a evolução do Direito Penal e já assumindo uma posição funcionalista, não há mais como aceitar decisões judiciais que apenas constatarem a subsunção do fato à norma, acatando a jurisprudência de interesses.

Já dizia Chaves Camargo que “a superação do positivismo jurídico de origem neokantiana, bem como do conceito positivista da dogmática penal, pode gerar alguma dúvida ao jurista brasileiro, habituado a um sistema fechado de interpretação que tem por base a norma, tendo como limite o sentido próprio dos termos da lei, já conhecidos, e a concepção literal dos mesmos, definidos previamente dentro de um sistema interpretativo. O Direito, neste aspecto, se torna apto a construir uma dogmática limitada, aplicável em todos

os ramos jurídicos, ou cada ramo criando seu próprio método de interpretação, como ramo independente que pretende ser”¹².

Desprendendo-se do tecnicismo jurídico, o intérprete da norma penal deve levar em consideração o caso concreto e verificar se efetivamente a conduta praticada pelo agente pode ser considerada criminosa, para exigir a atuação do Direito Penal.

Assim, embora o crime de peculato traga um dano patrimonial e uma violação aos princípios expressos da Administração Pública, em especial o da moralidade, não há como negar que, em determinadas situações, a utilização do Direito Penal se mostra totalmente desproporcional e desnecessária, devido à ínfima lesão causada à Administração¹³ e mesmo à sociedade.

Ao estudar os limites do direito de punir, Reale Júnior ensina que “não devem ser erigidos à condição de dignidade penal os interesses da Administração na obediência de normas regulamentares, sem referência a valor de relevo social, por exemplo, a não notificação de modificação do excipiente de um remédio, sem qualquer risco à saúde e até mesmo com melhoria do produto. De idêntico modo, não podem ter proteção penal as políticas estatais convenientes à consecução de objetivos administrativos. Também não podem receber tutela penal a observância de regulamentos, como a incriminação do uso de agrotóxicos sem seguir as instruções, sendo o ilícito penal criado mais para organizar do que para proteger”¹⁴.

Valendo-se inclusive dos princípios constitucionais expressos da Administração Pública, não parece que o Poder Judiciário (que faz parte da Administração Pública) estaria atuando com *eficiência* ao perseguir criminalmente um agente da Administração que causou um insignificante dano ao patrimônio, bem como à moralidade pública.

Aventurando-me para o lado da Criminologia, esta exige que o fato para ser considerado delito apresente incidência massiva na população, incidência afletiva do fato praticado, persistência espaço-temporal e inequívoco consenso¹⁵. Características presentes no crime de peculato. No entanto, ao se analisar

12 CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p.123.
 13 Nesse sentido: STF; HC 87.478-9; PA; Primeira Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 07/03/2006; DJU 23/02/2007; Pág. 25; TRF 5ª R.; HC 1711; Proc. 200305000209100; PE; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria; Julg. 05/08/2003; DJU 02/09/2003
 14 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, vol. 1, p. 25.
 15 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, p. 43-47.

o caso concreto, não se chegará à mesma conclusão, pois não há, por exemplo, incidência aflitiva no peculato-furto de uma folha sulfite da Administração Pública. O funcionário público que se apropria de uma caneta esferográfica da Administração não está ofendendo gravemente a confiança nele depositada pela sociedade. Embora haja realmente um dano patrimonial à Administração, este é ínfimo, assim como ínfima é a ofensa à moral da Administração.

Portanto, as questões insignificantes para o Direito penal, como no peculato de valor insignificante, mesmo que haja ofensa à moralidade administrativa, se esta também for insignificante, deve ficar reservada à eventual punição administrativa, mas não penal, uma vez que o princípio da insignificância deve ser analisado em todos os aspectos (ofensa ao patrimônio e ofensa à moralidade).

4. PECULATO DE USO

Assim como se exige para a consumação do crime de furto, no peculato o agente também tem a intenção de tornar a coisa subtraída ou desviada como se fosse própria.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido que não existe o crime "furto de uso", pois se o dolo do agente não era tornar sua a *res furtiva*, não haverá o *animus domini*, essencial para a configuração do furto. Mas e com relação ao peculato? O legislador teria incriminado o peculato de uso?

Para responder esta questão, primeiramente deve-se distinguir entre bens fungíveis e infungíveis e bens consumíveis e inconsumíveis. *Bens fungíveis*, nos termos do art. 85 do Código Civil são bens móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, como por exemplo, uma maçã, uma caneta ou o dinheiro. Já *bens infungíveis* são aqueles bens insubstituíveis, como o quadro de um pintor famoso. *Bens consumíveis* são os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância (art. 86, Código Civil), como uma maçã e *bens inconsumíveis* aqueles que admitem usos reiterados, sem destruição de sua substância (p. ex., livro, veículo).

Para se falar em peculato de uso, o objeto do delito tem que ser um bem infungível e inconsumível, pois assim a própria *res* seria usada e devolvida à Administração.

Sendo o bem consumível, haverá apropriação e depois ressarcimento, e não devolução, como se exige para configuração de peculato de uso.

O Código Penal brasileiro de 1969, que não chegou a entrar em vigor, tipificava expressamente o peculato de uso no art. 344, § 2º, assim como faz o Código Penal português ao tipificá-lo no art. 376¹⁶.

O Código Penal brasileiro vigente, no entanto, não prevê como figura típica o peculato de uso.

Assim ensina Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior que “não haverá ilícito penal, mas somente um ato moralmente reprovável e suscetível de sanções disciplinares, se um funcionário público, por ocasião de uma festa, enfeitar sua casa com quadros de sua repartição, ou, então, usar vez ou outra máquinas de escrever, automóveis, que pertençam a terceiros e estejam em sua posse em razão do cargo. Se se verificar consumo de gasolina ou de outro material, poder-se-á configurar o peculato em relação a tais materiais”¹⁷.

O uso de funcionário da administração em proveito próprio, não configura o tipo em estudo, uma vez que o funcionário não é coisa e o tipo penal exige que trate-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel.

Pode eventualmente, o uso de funcionário, configurar outro tipo penal, p. ex., se for prefeito, o delito disposto no Decreto-lei nº 201/67, mas não o de peculato do Código Penal. Embora o peculato de uso não seja crime, pois não há no agente a intenção de se fazer dono da coisa, deve responder pela lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.492/92, arts. 9º ao 11), em face da conduta moralmente reprovável. Ensina Magalhães Noronha que “o fruir o funcionário do serviço de outro não constitui o delito. Portanto, se o chefe de uma repartição emprega funcionário em serviço seu, desviando-o de suas ocupações funcionais, não pratica peculato, incorrendo em outro delito, ou, de qualquer maneira, praticando falta contra a probidade administrativa”¹⁸.

No mesmo sentido Nélson Hungria leciona que “analogamente ao que ocorre em relação à apropriação indébita, não há, porém, peculato de *uso*, isto

16 Art. 376º, CP português: 1. O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de veículos ou de outras coisas móveis apreciáveis, públicos ou particulares, que lhe formem 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 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.

17 *Dos crimes contra a administração pública*, p. 46, apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, p. 947.

18 *Direito Penal*, vol. 4, p. 232.

é, não configura ilícito penal (senão administrativo ou civil) a utilização momentânea, sem *animus domini* de coisa *infungível* (exs.: máquina de escrever, um livro, um arado), que, a seguir, é repostada pelo funcionário intacta, mesmo quanto a *accessórios* no lugar de onde a tirou¹⁹.

Se o agente usar máquinas, veículos e equipamentos, Ney Moura Telles entende que há desvio de sua finalidade afirmando que “a utilização, em proveito próprio ou alheio, de máquinas, veículos e equipamentos deve, a meu ver, ser entendida como peculato-desvio, uma vez que seu emprego em atividades privadas constitui inequívoca destinação diversa da que tem; todavia, não é esse o entendimento predominante na doutrina²⁰. No entanto, o tipo penal é expresso no sentido de que é objeto do delito dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, portanto, não é possível, em matéria penal, uma interpretação extensiva para considerar típico este fato, quando não há intenção de inverter a posse.

Assim, como não há previsão legal de tipificação do peculato de uso, não há que se falar em crime, quando o funcionário público tem o dolo apenas de usar momentaneamente a coisa e restituí-la em seguida, desde que esta coisa não seja dinheiro, valor ou bem móvel fungível, onde poderia configurar o delito.

5. CONCLUSÃO

Como visto o crime de peculato é um dos mais importantes crimes contra a Administração, pois tutela simultaneamente dois bens jurídicos, o patrimônio e a moralidade pública, o que gera inúmeras controvérsias, mas que em sua grande maioria podem ser solucionadas com um estudo mais aprofundado da missão do Direito Penal na sociedade moderna, assunto que não temos espaço para descrever neste arrazoado.

Por fim, acredito que a ocorrência dos crimes contra a Administração podem ser reduzidas significativamente, caso haja um esforço conjunto dos cidadãos e das instituições em cobrar dos administradores o cumprimento aos princípios constitucionais expressos e às leis vigentes. Mas para isto precisamos melhorar também o exercício da nossa cidadania, fiscalizando e denunciando irregularidades que presenciamos no dia-a-dia e exigindo dos administradores

19 Comentários ao Código Penal, vol. IX, p. 334.

20 TELLES, Ney Moura. *Direito Penal*, parte especial, vol. III, p. 388.

maior transparência no trato do dinheiro público. A efetividade na aplicação da lei é que assegura uma Administração mais saudável e não leis mais severas.

BIBLIOGRAFIA

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral: parte geral*, vol. 1, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Direito Penal*, parte especial, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*, vol. VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961.
- GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Direito Penal*, vol. 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português anotado e comentado*. 14ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, 1º e 4º vol. São Paulo: Saraiva, 1975.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*, 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, vol. 2. 2ª ed., rev. ampl. e comp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, parte geral, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*, parte geral, vol. III. São Paulo: Atlas, 2004.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª ed. 8ª tir. São Paulo: Saraiva, 2000.