

Subsídios para uma correta (não) aplicação do princípio da insignificância a casos de peculato

Gabriel Marson Junqueira

Resumo: O presente trabalho procura esclarecer se é possível a aplicação do princípio da insignificância a casos de peculato. Após breve menção ao conceito de peculato, tenta-se identificar os bens jurídicos tutelados por tal infração penal. Em seguida, tenta-se verificar se há relação entre eles. Ao final, conclui-se que, para aferir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em casos de peculato, o intérprete deve ter em conta os dois bens jurídicos tutelados pela incriminação. Para que seja materialmente atípica a conduta, deve haver lesão bagatela aos dois bens jurídicos em causa.

Palavras-chave: Peculato. Princípio da insignificância. Bagatela. Bens jurídicos. Fidelidade dos funcionários públicos. Patrimônio da Administração Pública.

Parece-nos evidente que, quando o legislador realiza seu trabalho de redação do tipo penal, tem ele em vista apenas os prejuízos *relevantes* que o comportamento incriminado pode causar à ordem jurídica e social.⁽¹⁾ O ramo mais violento do ordenamento jurídico não deve se ocupar de bagatelas, de condutas inexpressivas. Daí a exigência de que a conduta, para ser punida, além de formalmente típica, seja materialmente típica.

Nessa linha, o princípio da insignificância – como também o princípio da adequação social – atua como um auxiliar interpretativo, restringindo o teor literal do tipo penal; permite-se que ele vá apenas até onde seja necessário para proteção do bem jurídico.⁽²⁾

Neste breve texto, pretendemos analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato. Para alcançar esse objetivo, em primeiro lugar, verificaremos o conceito de peculato. Em seguida, tentaremos identificar quais são os bens jurídicos tutelados pelo art. 312, do CP. Na sequência, tentaremos esclarecer se há relação entre eles. E, por fim, enfrentaremos mais diretamente a questão colocada, analisando inclusive se acertou ou não o STJ, ao editar, recentemente, a Súmula 599 – segundo a qual “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

Segundo lição de Nelson Hungria, o peculato próprio “é o crime do funcionário público que arbitrariamente faz sua ou desvia em proveito próprio ou alheio a coisa móvel que possui em razão do cargo, seja ela pertencente ao Estado ou apenas se ache sob sua guarda ou vigilância”.⁽³⁾ Em sua configuração central, encontra-se previsto no art. 312, *caput*, do CP – que prevê tanto o “peculato-apropriação” quanto o “peculato-desvio”.

O *nomen juris* “peculato” nos remete ao período histórico anterior à introdução da moeda. Nessa época, bois e carneiros (*pecus*), comumente destinados aos sacrifícios, eram a riqueza pública por excelência. Em verdade, juridicamente, não havia diferença entre as *res sacrae* e as *res publicae*. Por isso, a propósito, no Direito romano, a subtração de coisas pertencentes

Abstract: This paper seeks to clarify whether it is possible to apply the principle of insignificance to public embezzlement cases. After a brief mention of the concept of public embezzlement, we try to identify the legal interests protected by such criminal offense. Then, try to verify if there is relationship between them. In the end, it is concluded that, in order to assess the possibility of applying the principle of insignificance in cases of public embezzlement, the interpreter must take into account the two legal interests protected by the offense. In order for the conduct to be materially atypical, there must be banal damage to the two legal interests concerned.

Keywords: Public embezzlement. Principle of insignificance. Protected legal interests. Loyalty of civil servants. Public administration assets.

ao Estado recebeu o nome de “*peculatus*”, ou “*depeculatus*”.⁽⁴⁾

A doutrina pátria, muitas vezes, afirma, *tout court*, que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do peculato é a Administração Pública.⁽⁵⁾ A questão que se põe, no entanto, é a seguinte: quais interesses da Administração Pública são juridicamente protegidos? Apenas o interesse patrimonial, ou existem outros interesses em jogo? A nosso ver, tem-se aí delito pluriofensivo. Não há dúvida de que o interesse patrimonial da Administração Pública é ofendido com a prática do peculato. Contudo, nele, a lesão patrimonial é *secundária* – donde, inclusive, a conclusão de que o peculato é muito mais grave que a apropriação indébita, que ofende apenas o patrimônio, em que pesem as frequentes comparações.⁽⁶⁾

Pois bem. Mas quais são os outros interesses da Administração tutelados, para além do seu patrimônio? Com o tipo penal previsto no art. 312, do CP, tutela-se sobretudo a probidade e fidelidade dos funcionários públicos, garantindo-se, assim, o bom andamento e imparcialidade da Administração Pública. Por essa razão, parece possível afirmar que dois elementos compõem o crime de peculato: o crime patrimonial e, principalmente, o *abuso de uma função pública*.⁽⁷⁾

Nesse ponto, isto é, ao reconhecer que não está em causa apenas o interesse patrimonial da Administração Pública, o STJ tem acertado. Quando verificamos os precedentes que ensejaram a edição da Súmula 599, constatamos que a grande maioria diz respeito, justamente, ao crime de peculato. Mesmo diante de um caso que envolvia bens avaliados em R\$ 50,00, o STJ reconheceu a tipicidade material, ao argumento de que o art. 312, do CP, não visa a resguardar apenas o aspecto material, mas principalmente a moral administrativa.⁽⁸⁾

Por outro lado, o STJ tem desconsiderado que, *em regra*, os bens jurídicos tutelados pelo tipo penal do peculato, apesar de serem independentes, estão intimamente relacionados. Há abuso de uma função pública precisamente porque o agente se apropriou ou desviou bem de que tinha a posse em razão do cargo. Nas palavras de Nelson Hungria, *apropriação* ou

desvio, de um lado, e abuso da função pública, de outro, “são como corpo e alma, como esmeralda e cor verde, como fel e amargor”.⁽⁹⁾

De fato, parece-nos que, regra geral, a apropriação de um bem de maior valor implica um abuso de função mais grave, ao passo que a apropriação de um bem de valor pequeno denota um abuso menos grave.⁽¹⁰⁾ Na mesma linha, a apropriação pelo funcionário público de um bem de valor insignificante importa, geralmente, num abuso de função igualmente insignificante. Basta pensar no funcionário que, por exemplo, apropriou-se de uma folha de carta, ou que usou tinta da repartição pública para redigir uma carta pessoal.⁽¹¹⁾

Não por outra razão, o Código Penal português, em seu art. 375º, 2, previu uma moldura penal mais suave para o caso de o objeto material do peculato ser de “diminuto valor” (o agente é punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa).

Ocorre que, a nosso ver, apenas como regra geral os bens juridicamente protegidos pelo art. 312, do CP, relacionam-se intimamente. Ou seja, a relação existente entre eles nem sempre é incidível.⁽¹²⁾ Ao se meditar mais detidamente sobre o assunto, parece-nos possível verificar que há casos em que a gravidade da violação a um bem jurídico não está em sintonia com a gravidade da violação ao outro bem jurídico. Imagine-se, v.g., a seguinte hipótese: um funcionário público, encarregado da vigilância de uma construção pública, apropria-se de uma fiada de tijolos. Nesse caso, afigura-se-nos possível afirmar que a gravidade do abuso de função destoa da (pouca) gravidade da lesão patrimonial. E aí já não parece mais possível cogitar de aplicação do princípio da insignificância.

Desse modo, somos levados a concluir que, ao se analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato, o intérprete deve ter em conta os dois bens jurídicos tutelados pelo tipo penal: a fidelidade dos funcionários públicos e o patrimônio da Administração Pública. Apesar de independentes os bens jurídicos, como em regra há relação íntima entre eles, será possível cogitar de atipicidade material quando a lesão patrimonial for insignificante. Excepcionalmente, no entanto, a insignificante lesão patrimonial pode não significar insignificante prejuízo para o bom funcionamento da Administração, caso em que seria, a nosso ver, incorreta a aplicação do princípio da bagatela.⁽¹³⁾

Num esforço de síntese, podemos talvez dizer: se houver significativa lesão patrimonial, haverá significativa abuso de função; se houver insignificante lesão patrimonial, haverá, provavelmente, insignificante abuso de função. A aplicação do princípio em causa depende de lesão bagatela aos dois bens jurídicos. De qualquer modo, como é possível, respeitados os parâmetros acima mencionados, a aplicação do princípio da insignificância ao delito de peculato, cremos que a jurisprudência do STJ – e, de consequente, a Súmula 599 – está equivocada.

Notas

- (1) Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.
- (2) Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.
- (3) *Comentários ao código penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 334.
- (4) Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 332.
- (5) Por todos, ver GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. III. Niterói: Impetus, 2017. p. 702.
- (6) No sentido do texto, PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31-34. Defendendo também ser secundária a questão da lesão patrimonial, tem-se BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 5*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.
- (7) Cf. FERREIRA DA CUNHA, Conceição. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. tomo III. Coimbra Editora, 2001. p. 688. No mesmo sentido, PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 34, afirmam: “o peculato consiste no abuso do cargo, que é particularmente grave porque dificulta tanto o bom andamento quanto a imparcialidade da Administração Pública e, além do mais, ofende um interesse ulterior, qual seja, o interesse patrimonial da destinação da coisa”.
- (8) Cf. HC 115.562/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 21/06/2010.
- (9) Op. cit., p. 348.
- (10) Nesse sentido, FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 690.
- (11) Exemplos extraídos de PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 46-47.
- (12) Em sentido contrário, HUNGRIA, op. cit., p. 348.
- (13) Vislumbrando igualmente semelhante possibilidade, tem-se FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 706.

Gabriel Marson Junqueira

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais
pela Universidade de Coimbra.

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

ORCID: 0000-0001-6626-6758

g_junqueira@yahoo.com

Recebido em: 29.04.2019

Aprovado em: 08.06.2019

Versão final: 11.07.2019

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Luis Fernando Niño, Sérgio Salomão Shecaira, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhón Becthlufft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrailly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazzi.

EDITORES EXECUTIVOS: Rafael Vieira e Willians Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO: Gabriel Huberman Tyles (FADISP - São Paulo/SP), Gabriela Guimarães Machado (UFMG - Belo Horizonte/MG), Gustavo Tozzi Coelho (PUC - Porto Alegre/RS), Jacqueline do Prado Valles (PUC - São Paulo/SP), Leonardo Costa de Paula (UFPR - Curitiba/PR), Márcio Soares Berclaz (UFPR - Curitiba/PR), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL - Maceió/AL), Rafael Fecury Nogueira (USP - São Paulo/SP), Ruiz Ritter (PUC - Porto Alegre/RS) e Thiago Allisson Cardoso de Jesus (UFMA - São Luís/MA).

EDITORIAL: Lenio Luiz Streck - Doutor e pós-doutor em Direito pela Unisinos-RS e Universidade Estácio de Sá. Professor titular da Unisinos-RS e da Unesa-RJ. Advogado.

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797. E-mail: planmark@grupoplanmark.com.br

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 3.800 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br