

NATUREZA DO CRIME DE PECULATO — O PECULATO COMO CRIME PATRIMONIAL E COMO VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE FUNÇÃO — EFICÁCIA DO CASO JULGADO DE DECISÕES NÃO PENAIS, EM PROCESSO PENAL

CONSULTA

No dia 2 de Abril de 1941 foram apreendidos a António, pela autoridade administrativa do concelho da sua residência, 74 sacos com minério, sob a arguição de que não estavam cobertos com guias, sendo o António constituído fiel depositário do minério.

Esse minério pertencia a uma sociedade mineira de que António era capataz.

No dia 3 de Maio seguinte dirigiu-se um dos apreensores dêsse minério, a António, para que êle fizesse a respectiva entrega, participando depois aos seus superiores que o minério que António apresentara era de qualidade diferente e de valor inferior ao que lhe fôra apreendido e de que êle fôra constituído depositário.

Instaurado procedimento criminal contra António, foi êste pronunciado como autor do crime público previsto no art. 313.º § 3.º do Código Penal.

Foi também instaurado contra António um processo por transgressão da legislação mineira, sob a acusação de possuir aquêle minério sem que estivesse coberto com guias, o qual foi decidido a favor de António, por sentença do respectivo Chefe da Secção de Finanças, de 2 de Maio de 1942, que julgou insubsistente a apreensão e ordenou a restituição a António, do referido minério, o qual efectivamente lhe foi restituído.

Essa sentença foi confirmada por Acórdão do Tribunal de Segunda Instância do Contencioso das Contribuições e Impostos, que foi confirmado por Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Secção do Contencioso das Contribuições e Impostos) com trânsito em julgado.

Pergunta-se :

1.º) — A referida sentença do Chefe da Secção de Finanças, confirmada por Acórdão com trânsito em julgado, tem eficácia de caso julgado no processo criminal por que António está pronunciado?

2.º) — Pode ter lugar a incriminação por peculato, nos termos do § 3.º do art. 313.º do Código Penal, desde que se reconheceu ser insubsistente a apreensão?

PARECER

As duas questões que formam objecto desta Consulta estão estreitamente ligadas e a ordem por que serão tratadas não precisa de obedecer, por isso, àquela por que foram formuladas. Importa salvaguardar sómente a preocupação de seguir uma ordenação lógica que conduza com segurança às conclusões que nos propomos demonstrar.

Para tomar posição sôbre a importância que tem na estrutura do crime de peculato, a legalidade da apreensão ou da posse do Estado, convém examinar primeiramente a natureza do referido crime, à face da legislação portuguesa.

II. — NATUREZA DO CRIME DE PECULATO

O peculato encontra-se incriminado no art. 313.º do Código Penal.

Semelha, por um lado, um abuso de confiança ou furto. Tem, por outro lado, semelhança com um crime de abuso de funções públicas. E a verdade é que participa de ambos. Não basta,

porém, defraudar ou delapidar o património alheio, mesmo o património do Estado, para cometer o crime de peculato. É preciso que o agente do furto ou abuso de confiança se encontre, quanto ao objecto material do crime, e perante o Estado, em certa posição jurídica.

E não basta também abusar das próprias funções públicas, cometer qualquer facto punível no exercício destas, para que surja a incriminação por peculato. É indispensável que o abuso ou falta de cumprimento das obrigações funcionais seja meio ou forma de proceder, conducente a determinado resultado: a violação de um direito do Estado sôbre cousas móveis.

A análise do peculato desdobra-se assim em dois elementos ou aspectos, entre si correlacionados, mas que, para melhor esclarecimento, procuraremos fixar separadamente: o peculato, enquanto crime patrimonial, e o peculato enquanto abuso duma função pública.

a) *O peculato como crime patrimonial*

Dispõe o art. 313.º do Código Penal que comete o crime de peculato «todo o empregado público que, em razão das suas funções, tiver em seu poder dinheiro, títulos de crédito ou efeitos móveis pertencentes ao Estado ou a particulares, para guardar, despender ou administrar ou lhes dar o destino legal, e alguma coisa destas furtar, maliciosamente levar ou deixar levar ou furtar a outrem, ou aplicar a uso próprio ou alheio, faltando à aplicação ou entrega legal...»

No seu conteúdo patrimonial o peculato reconduz-se ao furto ou abuso de confiança. O objecto do crime, porém, não é qualquer móvel que pertença a outrem. É primeiramente qualquer coisa móvel pertencente ao Estado. E, em segundo lugar, qualquer coisa móvel pertencente a particulares, desde que sôbre ela exerça um direito o próprio Estado. Esse direito, pode consistir no direito de guardar, despender, administrar ou dar-lhe qualquer destino legal. O direito do Estado sôbre as coisas próprias ou de particulares exerce-se através de órgãos da Administração. As coisas, objecto do crime, devem encontrar-se em poder do in-

fractor, em razão, precisamente, das suas atribuições legais, da sua função dentro da Administração. É a salvaguarda do direito do Estado que êste confia ao empregado e é êsse o direito do Estado sôbre a coisa que êle ofende com o peculato.

Pode, a êste respeito, distinguir-se o peculato que tem por objecto coisas do Estado, e o que tem por objecto coisas dos particulares. O Código Penal Italiano dá às duas modalidades de peculato, previstas no nosso Código, nome diverso. Reserva a denominação de peculato para o crime que tem por objecto coisas pertencentes ao Estado. Denomina «malversazione» o crime que tem por objecto coisas dos particulares sôbre as quais o Estado exerce qualquer posse legítima.

Efectivamente, no primeiro caso, o ofendido com o crime é só o Estado, e no segundo é o proprietário particular e o Estado na medida em que exerce um direito sôbre a coisa do domínio particular.

Qual o direito exercido pelo Estado sôbre coisas particulares, que é ofendido pelo peculato?

Responde-nos o citado art. 313.º do Código Penal: o direito de guardar, despendar, de administrar ou dar um destino legal. No fundo um direito de posse para qualquer fim legítimo. Abreviando, em consequência, poderemos dizer que, quando o objecto do peculato sejam coisas particulares, se ofende através dêste, além da propriedade particular, a posse legítima do próprio Estado. É esta segunda ofensa que caracteriza o peculato, em confronto com o furto ou abuso de confiança. Se sôbre as coisas particulares não recaísse a posse legítima do Estado, seriam elas objecto do furto ou abuso de confiança; mas não seriam por forma alguma objecto de peculato.

b) *O peculato como violação dos deveres de função*

A ofensa dum interêsse patrimonial do Estado, quer consista na propriedade, quer na posse do Estado sôbre coisas particulares, não constitue o crime de peculato se não fôr realizado por meio da violação dum dever funcional. Será antes e ainda abuso de confiança ou furto. É a violação da relação de serviço público

que deve constituir o modo de execução da lesão do interesse do Estado. E não se trata de violação de qualquer dever de serviço. A obrigação de serviço está em íntima ligação com o objecto do crime. Quere dizer, há-de tratar-se duma obrigação de serviço que tenha por conteúdo precisamente o direito ou o interesse do Estado sobre a coisa, objecto do crime. O Estado exerce os seus direitos através dos seus órgãos ou funcionários. O exercício da função que directamente diz respeito à tutela do direito do Estado é que especifica o modo de execução do crime patrimonial de peculato.

Se se tratar da violação dum dever de função que não tenha essas características, não integra os elementos da incriminação do art. 313.º. Na verdade, se a lesão patrimonial é causada por um funcionário não «em razão das suas funções», mas só dando ao funcionário «ocasião» à ofensa patrimonial, o crime praticado não é qualificado como peculato. E, o que sobretudo interessa para a hipótese da consulta, se houver violação dum dever de função, que não acarrete a lesão do interesse do Estado atrás definido, pode o facto ser incriminado como abuso de funções, como desobediência, mas não constituirá o crime de peculato, por falta do objecto principal do referido crime.

O objecto jurídico do peculato, pelo que fica dito, é duplo: interesse patrimonial do Estado, por um lado, sob a forma de ofensa à propriedade do Estado ou ofensa à posse legítima do mesmo Estado sobre coisas particulares; interesse do Estado, por outro lado, à fidelidade dos seus funcionários.

Este último interesse é um interesse instrumental em relação ao primeiro.

Constitue objecto jurídico, autònomamente considerado, de vários crimes de abuso de funções, «verbi gratia» da desobediência. Constitue mero interesse — meio no peculato. Este último crime, como crime patrimonial, assenta na lesão do interesse patrimonial do Estado, seja qual fôr a forma que êle revista: propriedade ou posse legítima. A violação dêste interesse patrimonial, por si, só dá lugar ao furto ou abuso de confiança. A mesma violação realizada por meio da ofensa duma relação de serviço directamente ligada à tutela daquêle primeiro interesse constitue o crime de peculato.

2. — CONSEQUÊNCIAS DA DOCTRINA EXPOSTA SÔBRE A NATUREZA DO PECULATO

Concluindo as observações que ficam exaradas :

O crime de peculato é um crime patrimonial porque lhe é essencial a ofensa dum direito do Estado sôbre coisas móveis, quer se trate do direito de propriedade do próprio Estado, quer dum direito de posse sôbre coisas dos particulares. O elemento essencial que caracteriza o peculato, no seu confronto com os demais crimes patrimoniais, consiste na violação duma especifica relação de obrigação e precisamente na violação duma obrigação de serviço em que se exterioriza o exercício pelo empregado público do direito do Estado.

E assim, não haverá peculato se as coisas objecto do crime forem particulares e sôbre elas não incidir qualquer direito do Estado.

E não existirá crime de peculato se o agente não fôr empregado público ou a êle equiparado; ou sendo-o, não cometer o crime em razão das suas funções, isto é, violando directamente a relação de serviço, em virtude da qual o agente, em nome do Estado, exerce sôbre a coisa alheia dos particulares qualquer direito de administração, de guarda ou posse legítima. Esta posse não é a mera detenção material. É a exteriorização dum interêsse legítimo do Estado. Não há crime de furto quando a subtracção é de coisa que pertença a outrem. Não há peculato quando a ofensa patrimonial não fira um interêsse do Estado às coisas que são objecto do crime.

3. — IMPORTÂNCIA DO INTERÊSSE PATRIMONIAL DO ESTADO, NO PECULATO

Desta forma, não subsistirá o peculato, podendo verificar-se porventura qualquer outro crime patrimonial, se faltar o objecto jurídico específico da tutela patrimonial do Estado. Não basta abusar das próprias funções públicas lesando o património alheio, desde que sôbre êste não tenha quaisquer direitos a Administração. Verificar-se-á em tal hipótese um crime de furto ou de abuso de confiança agravado pela qualidade do agente (art. 34.º

n.º 24 do Código Penal Português), no qual o ofendido é o proprietário das coisas. No peculato o ofendido tem de ser sempre, também, no aspecto patrimonial, o próprio Estado.

O § 3.º do art. 313.º do Código Penal alarga para efeito de aplicação do corpo do artigo a noção de empregado público, de maneira a abranger as pessoas que forem constituídas pela autoridade legítima, depositários, cobradores e recebedores, e indica em que consiste a relação de serviço que os deve ligar ao objecto do crime, pois que só haverá peculato relativamente às coisas directamente confiadas à sua guarda, coisas de que forem depositários públicos, ou cobradores ou recebedores. Trata-se sempre de exercer, em virtude da função, sobre coisas do próprio Estado, ou de particulares, um direito de que o Estado é titular.

A confirmação e corroboração da interpretação que fica enunciada do peculato resulta, quanto à matéria que é objecto da consulta, do confronto do § 3.º do art. 313.º com o art. 422.º. Um e outro artigos se referem ao depositário público, ao depositário constituído pela autoridade legítima. Mas enquanto o art. 313.º é aplicável se as coisas depositadas são pertença de outrem que não o depositário, o art. 422.º é aplicável quando as coisas depositadas pertencem ao próprio depositário. No primeiro caso, o crime executa-se com violação do direito do Estado à posse legítima dos objectos depositados e a ofensa do direito de propriedade do particular. No segundo caso, só tem lugar a ofensa da posse do Estado, visto que a coisa pertence ao próprio depositário.

Verificada a inexistência da posse legítima do Estado, não pode subsistir, na hipótese do art. 422.º, qualquer crime patrimonial. A subtracção que então fôsse efectuada seria uma subtracção de coisa própria, o que manifestamente não constitue crime. Se o depositário fôr irregular, se não tiver havido constituição legítima do depósito, quer por deficiência de condições de forma, quer por deficiência de condições de fundo, subsiste apenas o facto de o agente ter utilizado as coisas próprias sobre as quais não recai qualquer direito estadual, único cuja tutela se pretende efectivar através da incriminação da última parte do art. 422.º do Código Penal. Haveria então um crime impossível.

A interpretação do art. 422.º que está em correlação com o art. 313.º e § 3.º esclarece o âmbito dêste. Quando a coisa entre-

que a um depositário público pertence a terceiro, verifica-se a violação cumulativa do direito de propriedade alheia, e do direito de posse do Estado. Se este último fôr inexistente, subsiste apenas a violação do direito de propriedade alheia, que é tutelado pelos arts. 421.º ou 453.º.

É assim, sempre indispensável a ofensa dum direito do Estado, sob pena de têmos de entender que o art. 422.º pune a subtracção de coisas próprias, sem violação de qualquer direito de terceiro. O art. 422.º incrimina sòmente a subtracção de coisas que pertencem ao infractor enquanto essa subtracção atinge direitos de terceiros ou do Estado, que sôbre essas coisas impendem.

A prova de que tais direitos não existem, exclue necessariamente a incriminação. O caso do § 3.º do art. 313.º distingue-se do art. 422.º por as coisas depositadas pertencerem a terceiro, que não ao depositário. E por isso, a carência de direito do Estado pode não suprimir o crime patrimonial, mas modifica a sua qualificação. Deixa de ser previsto como peculato, para constituir exclusivamente ofensa do direito de propriedade particular, punido como furto ou abuso de confiança, se se verificarem os respectivos elementos.

Com a apreensão pelo Estado de coisa alheia, êste comprime o direito do proprietário sem o destruir. Sujeita a coisa directamente à realização duma pretensão legítima. A constituição ilegal dessa sujeição exclue a possibilidade da sua violação jurídica. Não se ofendem pretensões ou direitos inexistentes. Se o pretense ofensor do direito inexistente do Estado é o proprietário da coisa, não pode haver qualquer crime patrimonial. Pode sòmente colocar-se o problema da violação «formal» de qualquer dever ou ordem, e cair-se-à no crime de desobediência.

Se o pretense infractor do direito inexistente do Estado não é o proprietário, desapareceu sem dúvida a violação do direito do Estado, mas pode permanecer a violação do direito de propriedade alheia, como furto ou abuso de confiança, ou ainda a desobediência em relação ao Estado: de maneira alguma, porém, o crime de peculato a que faltará sempre o elemento essencial da ofensa dum interêsse legítimo estadual sôbre as coisas subtraídas ou desviadas.

O peculato é sempre um *crime patrimonial* que inclue a ofensa

dum direito do Estado sôbre coisas próprias ou alheias. Doutra maneira nem se compreenderia a sua punição em função do crime de roubo, cuja pena se gradua pelo vâlor do objecto do crime.

4. — EFICÁCIA DO CASO JULGADO DE DECISÕES NÃO PENAIS, EM PROCESSO PENAL

Sendo esta a interpretação, que me parece curial, dos preceitos do art. 313.º, § 3.º e art. 422.º do Código Penal há que atentar, na hipótese da consulta, no efeito que tem sôbre a existência do crime, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Administrativo (Secção do Contencioso das Contribuições e Impostos) da insubsistência da apreensão. Reconheceu-se que nenhuma pretensão legítima tinha o Estado sôbre os bens depositados; reconheceu-se que a apreensão foi ilegal. A actuação do argüido não ofendeu, em consequência, um direito do Estado, que os seus órgãos judiciais declararam inexistente.

Valerá, porém, êste reconhecimento judicial do Supremo Tribunal Administrativo no campo do processo penal?

A resposta não pode ser equívoca. Há a êsse respeito caso julgado. As decisões não penais julgadas pelos tribunais competentes têm *sempre* efeito de caso julgado em processo penal.

Nenhuma disposição do Código de Processo Penal limita essa eficácia. O art. 152.º do Código de Processo Penal alarga a eficácia normal dos casos julgados não penais, dentro do processo penal; não constitue excepção a uma regra de ineficácia.

A demonstração é fácil. O caso julgado não penal não tem eficácia «erga omnes», mas tão sòmente entre as partes e seus representantes. Esta última eficácia não lhe pode ser negada em nenhum processo judicial, penal ou não penal, pois que nos processos penais os documentos autenticados fazem prova plena como em processo civil, administrativo ou fiscal.

Por virtude do art. 152.º do mesmo Código de Processo Penal o caso julgado sôbre questões prejudiciais, isto é, sôbre questões não penais, que o juiz poderia decidir (art. 2.º do Código de Processo Penal) e por decisão própria deferiu ao tribunal normalmente competente (arts. 3.º e 147.º do cit. Código de Processo Penal) tem eficácia superior à que lhe resulta da legislação civil

e processual civil. Têm eficácia «naquê» processo penal, «mesmo que se não trate das mesmas partes ou seus representantes». O art. 152.º do Código de Processo Penal foi formulado precisamente para atribuir ao caso julgado uma eficácia superior à normal.

Quere dizer, o caso julgado civil (no sentido de «não penal») é sempre de respeitar no processo penal. Se o julgado foi provocado pelo próprio juiz penal, a decisão dêste juiz deferindo a competência condiciona efeitos mais latos do caso julgado, que será como tal reconhecido no processo penal, ainda que relativamente a quem não interveio no processo em que se dirimiu a questão prejudicial. Esta interpretação que defendemos já em comentário ao Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 1935 (*in* «O Direito», 1935, pág. 149 e seg.) está de acôrdo com a orientação fixada por êsse Assento embora êste diga respeito à hipótese inversa: a da eficácia do julgamento sôbre matéria civil no processo penal.

O Assento reconhece a eficácia da decisão civil tomada em processo penal, entre as partes e seus representantes, como tratando-se, e é efectivamente assim, duma decisão não penal. Tem a mesma eficácia que teria se o julgamento fôsse efectuado em processo civil ou não penal.

A hipótese inversa e correspectiva tem de ser considerada por idêntico modo. O caso julgado é sempre de respeitar nos têrmos precisos da legislação civil. Nenhuma disposição exclue os seus efeitos no processo penal. Por exemplo, a questão de propriedade que foi julgada definitivamente em processo civil não poderá discutir-se de novo em processo penal, com o pretexto do crime de furto, quando se trate das mesmas partes. Bastará notar, como fizemos já, que os documentos autenticados fazem prova plena em processo penal (art. 468.º e § único do Código de Processo Penal) e a sentença é também um documento autêntico.

Os limites da sua eficacia é que, *em regra*, são os mesmos que em qualquer outro processo. *Excepcionalmente*, porém, ou seja, quando o juiz penal tenha deferido a competência a outro tribunal nos têrmos do art. 3.º do Código de Processo Penal, a decisão tomada sôbre a questão prejudicial terá efeito de caso julgado, mesmo que no processo penal não intervenham as mes-

mas partes ou seus representantes que intervieram no processo não penal; e para êsse alargamento da eficácia do caso julgado não penal era indispensável que houvesse preceito especial que o estabelecesse. É essa a razão de ser do art. 152.º do Código de Processo Penal.

5. — CONCLUSÃO

Temos assim alcançado todos os elementos que importava reunir para responder às questões colocadas na Consulta.

E assim :

a) O Acórdão do Contencioso das Contribuições e Impostos que reconheceu insubsistente a apreensão do minério constitue caso julgado no processo penal que se discute, pois que foram partes no respectivo processo o Estado e António, que são precisamente os intervenientes no processo penal, no qual se pretende fazer valer a sua eficácia.

b) Não pode ter lugar a incriminação por peculato nos termos do § 3.º do art. 313.º do Código Penal, porquanto :

1) O peculato não consiste somente na violação dum dever de função, com carácter formal, a qual constituiria segundo as circunstâncias um crime de desobediência previsto nos arts. 303.º e 188.º do Código Penal;

2) É indispensável que a violação do dever de função seja o modo de execução da ofensa de um direito de propriedade do Estado ou de um direito do Estado sobre coisas alheias que no caso da Consulta se reconheceu judicialmente não existir;

3) A inexistência de quaisquer direitos ou posse legítima do Estado sobre coisas alheias não suprime a eventual subsistência dum crime contra a propriedade alheia quando os factos obedeçam aos requisitos do crime de furto ou abuso de confiança;

4) E assim, António não violando um direito do Estado sobre o minério, não cometeria qualquer crime patrimonial,

reconhecida que fôsse a sua qualidade de proprietário do minério; ou, sendo outrem o proprietário, teria cometido eventualmente o crime de abuso de confiança, no qual seria ofendido o proprietário do minério, se o mesmo proprietário não tivesse autorizado ou aceitado a sua actuação, como poderia ter feito, visto que o direito lesado pelo abuso de confiança é um direito disponível.

Manuel Cavaleiro Ferreira

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa