FUNCIONÁRIO PÚBLICO — PECULATO — PREFEITO

— O crime de peculato, praticado por Prefeito municipal, pode ser objeto de inquérito policial, independentemente do processo administrativo, ou de apreciação da Câmara Municipal.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Recorrentes: Major João Leite Tôrres e outro
Recurso de *habeas-corpus* n.º 47.825 — Relator: Sr. Desembargador PINHEIRO MACHADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de *habeas-corpus* n.º 47.825, da comarca de Santos, em que são recorrentes o Major João Leite Tôrres e Lindolfo de Barros, e é recorrido o Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da mesma comarca: Acordam, em Câmaras Criminais Con-

juntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida por seus fundamentos e pelos da sustentação de fls.

Custas como de direito.

São Paulo, 3 de janeiro de 1956. — *Márcio Munhós*, Presidente com voto. — *Pinheiro Machado*, Relator. — *J. Augusto de Lima*. — *Otávio Lacôrte*. — *O. Costa Manso*, com a seguinte declaração de voto:

Competência privativa da Câmara dos Vereadores para tomada de contas dos Prefeitos.

O problema referente aos órgãos políticos eletivos nada tem que ver com o da tomada de contas de funcionários burocráticos administrativos.

Inaplicabilidade da jurisprudência relativa ao processo dêstes últimos, aos casos de tomada de contas dos Prefeitos.

Crimes de responsabilidade e crimes comuns. Suposta inexistência dos primeiros no Código Penal.

Atos de govêrno e de administração e simples ação física penalmente púnível.

Neguei a ordem, na espécie, confirmando, assim, a decisão recorrida, não, porém, *data venia*, nos têrmos do venerando acórdão, que se limita a aludir, por equívoco, sem qualquer ressalva, aos fundamentos da sentença, quando tais fundamentos foram objeto de debates e divergências, já que se mostram inaceitáveis, em largos trechos.

E' que o ilustre juiz que a prolatou não discerniu com clareza situações diferentes. Argumenta, por isso, em certos períodos, de modo frontalmente oposto a reiterados julgados das egrégias Câmaras Criminais. Supõe, em flagrante equívoco, que estas Câmaras, em decisões relativas a processos contra Prefeitos, por crime de peculato, — "ferem de frente uma antiga e cerrada jurisprudência". Não ferem. Essa jurisprudência continua atual. Apenas alude a assunto totalmente diverso: o da desnecessidade de prévia tomada de contas de funcionários burocráticos, meramente administrativos, para efeito de responsabilidade penal.

Boa parte da jurisprudência invocada na decisão recorrida se relaciona com êsse problema. Enquanto que os acórdãos respeitantes à tomada de contas de Prefeitos cuidam de outra coisa — da competência, de natureza constitucional, do órgão legislativo, para julgar da administração do Executivo.

Não se confundem as duas situações, — a do funcionário burocrático e a do representante eletivo, mandatário político no exercício de um órgão de govêrno.

Ora, a respeitável sentença recorrida não distingue êsses aspectos e argumenta, indiferentemente, com acórdãos, autores, doutrinas que aludem ora a um, ora a outro...

Demais, a sentença procura estabelecer uma rígida distinção, inexistente, entre crimes de responsabilidade e crimes comuns, sendo êstes os previstos no Código Penal e aquêles os constantes da Lei n.º 1.079.

Tal não ocorre.

Em primeiro lugar, a Lei n.º 1.079, tem escopo especial. Só se refere às altas autoridades ali expressamente municipais. E mesmo quanto àquelas mencionadas. Nelas não se incluem as municipais. E mesmo quanto àquelas não exaure a matéria em todos os seus ângulos, pois se limita a enumerar em caráter genérico, sem contornos de tipicidade, uma série de fatos que, por sua natureza, são suscetíveis de levar o agente à barra do tribunal político, — o Parlamento para o só efeito de perda do cargo e dos direitos políticos, — sem prejuízo das sanções ordinárias, constantes das leis penais.

Em segundo lugar, é um êrro supor que o Código Penal só cogita de crimes comuns e não de responsabilidade. Pois no título n.º XI — "Dos Crimes contra a Administração Pública", capítulo I — "Dos Crimes Praticados por Funcionários Públicos contra a Administração em Geral", se inscrevem precisamente, — crimes de responsabilidade.

O Código do Processo Penal contém, até, um capítulo especial, no livro II,

título II, denominado — "Do Processo e do Julgamento dos Crimes de Responsabilidade dos Funcionários Públicos..."

Releva notar, de outro lado, que as figuras do Código Penal, no título e no capítulo supracitados, se identificam, no tocante à sua tipicidade, quer sejam cometidas por funcionários burocráticos, quer por mandatários eletivos. Uns e outros podem cometer crimes de responsabilidade — de peculato, de emprêgo irregular de verbas ou rendas públicas, de corrupção ou suborno, de prevaricação, de condescendência criminosa, etc.

São aceitáveis, destarte, os fundamentos com que a respeitável decisão recorrida critica a jurisprudência destas Câmaras.

Mas a denegação do *habeas-corpus*, na espécie, foi mantida, atendendo-se a uma situação tôda especial.

Tal como o caso foi apresentado, não se cuidava, pròpriamente, de apuração de possíveis delitos cometidos através de atos de govêrno e de administração, — porque, então, necessária se tornaria a prévia manifestação do Legislativo, prestação de contas, rejeição destas, para, só aí, caracterizar-se um crime e legitimar-se a interferência do Judiciário. O de que se tratava era de um apossamento puro e simples de dinheiros públicos, com evidente aparência de criminalidade, de mera ação física penalmente punível.

Ora, se um Prefeito mete a mão nos cofres municipais, enche o bôlso, e se dispõe, até, a fugir, — não há de a Polícia ir ao embarque para lhe dar adeus...

O problema da competência privativa do Legislativo na prestação de contas de atos de govêrno e de administração não se confunde com o das imunidades, que Prefeito não tem.

Cabe à Justiça investigar o caso. E por isso é que, na espécie, não se ordenou, desde logo, através de *habeas-corpus*, o trancamento do inquérito e do processo, entendendo-se prudente que os fatos fôssem objeto de melhor e mais demorado exame.

Por estas razões, e não, *data venia*, pelos fundamentos da decisão recorrida, é que o *habeas-corpus*, a meu ver, foi denegado. — *Olavo Guimarães.* — *Vasconcelos Leme.* — *Vasco Conceição.*

*

DECISÃO RECORRIDA

Vistos, etc.

A êste Juízo foi impetrado *habeas-corpus* preventivo em favor dos cidadãos Major João Leite Tôrres e Lindolfo de Barros, o primeiro Prefeito licenciado de Guarujá e o segundo Tesoureiro em comissão daquela municipalidade, sob a alegação de que estão ambos ameaçados de "violências" porque, contra êles, por determinação do Sr. Presidente do Estado e por intermédio das Secretarias da Justiça e da Segurança Pública, foi instaurado um inquérito policial, para a apuração de desvio de dinheiros públicos que teriam ocorrido na referida Prefeitura.

Alegam, em síntese, os impetrantes, que o inquérito é ilegal; e por isso redundará em constrangimento para ambos os pacientes porque pressupõe êle a prática de crime, obrigando o comparecimento dos indiciados à Polícia, submetendo-os, assim, a vexames, uma vez que terão que ser interrogados e identificados.

Dizem, ainda, os impetrantes, os bacharéis Gomes da Silva e Olívio Orlando Nozé, que não há lei que autorize a devassa pública, na Contabilidade de uma Prefeitura, sob o pretexto de se colhêr dados para provar infrações ou delitos; e que a Lei Orgânica dos Municípios conferiu, privativamente, às Câmaras Municipais a faculdade de tomar e julgar as contas dos Prefeitos — art. 34, n.º IV —, bem como dos responsáveis pela guarda e arrecadação das rendas e dos bens públicos; e, competindo às Câmaras tomar e julgar tais contas, privativamente, antes dessa prestação, não é possível a intervenção policial para apurar a existência de crime, porventura decorrente da gestão do Prefeito ou da guarda de seu

Tesoureiro; e em abono de tais assertivas, citam os impetrados dois acórdãos inseridos na *Revista dos Tribunais*, vols. 220-78 e 227-112.

Requisitou êste Juízo informações à autoridade dada como coatora — fls. —, e, para melhores esclarecimentos, ao Presidente da Comissão de Inquérito Administrativo da Prefeitura de Guarujá, em face dos documentos de fls., apresentados com as informações de fls., completadas pelas de fls.; e tendo em vista as alegações dos impetrantes, os informes das autoridades consultadas e documentos carreados para os autos, decido.

Em que pesem os ensinamentos que costumam conter os julgados dos nossos tribunais, sou de opinião que os acórdãos citados em abono da tese sustentada pelos impetrantes não podem nem devem prevalecer, não só por argumentos de ordem jurídica como pelas conseqüências desastrosas que poderão acarretar, caso vinguem e formem jurisprudência pacífica, tendo-se em conta, principalmente, o ambiente de corrupção político-administrativa em que vivemos...

E' de se ponderar, em primeiro lugar, que, embora o peculato seja um crime praticado por funcionários contra a Administração, é um delito comum; e não um dos chamados crimes de responsabilidade, que dependem, para sua caracterização, que sejam os atos que o configuram, aprovados ou não pelo Legislativo; só êstes delitos — definidos pela Lei n.º 1.079, de 1950 — é que, realmente, devem ser apreciados, primeiramente, pelos órgãos legislativos, importando na aplicação das penas previstas no art. 2.º da citada lei; cumprindo observar, ainda, que, mesmo assim, a aplicação de tais penas não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, quando êle se concretize.

Em segundo lugar, os acórdãos citados ferem de frente uma antiga e cerrada jurisprudência, que sempre repeliu a tese, por alguns defendida, de que, para a existência do peculato, era "essencial" a tomada de contas — v. *Revista dos Tribunais*, vols. 107/51; 146/89; 158/579; 178/559; 183/643 — e só aceita, pelos nossos Tribunais, excepcionalmente, em falta de outras provas, quando se tornasse indispensável tal providência; isto é, quando deficiente a prova, reclamasse melhor investigação.

O peculato, em sua essência, nada mais é que uma apropriação indébita de dinheiro ou coisas que pertençam à União, ao Estado ou ao Município, que o funcionário recebeu ou teve sob sua guarda; e para a caracterização do crime de apropriação jamais se exigiu prévia prestação de contas, quando das provas apresentadas em Juízo, resultasse evidente a infidelidade do acusado — *Revista Forense*, vols. 108/331 e 107/343.

A nossa Suprema Côrte, embora vacilasse a princípio, acabou fixando o princípio de que, no peculato, a prévia tomada de contas, não seria obstáculo ao início do processo criminal, desde que, pelas provas colhidas se constatasse a existência do crime — Nelson Hungria, *Direito Penal*, pág. 431; e o egrégio Tribunal de Recursos chegou a consignar, expressamente, que o inquérito policial, em tais casos, nada tinha que ver com o administrativo e que ambos podiam ser feitos simultâneamente; pois coisa alguma impedia que aquêle se desenvolvesse independentemente da ultimação dêste e fôsse remetido antes dêle, ao Juízo competente — *Revista Forense*, vol. CXXII, págs. 246-247.

Não há dúvida que o art. 22 da Constituição federal, legitimou o art. 34, n.º IV, da Lei Orgânica dos Municípios, que dispôs competir, "privativamente", à Câmara Municipal, tomar e julgar as contas do Prefeito; como legitimou os preceitos da Constituição do Estado que determinam que a prestação de contas do Governador seja feita perante a Assembléia, a quem compete, também, "privativamente", tomá-las e julgá-las — v. art. 21, *d* —; e assim sendo, o Poder Judiciário não pode, realmente, intervir em tais prestações antes ou durante as mesmas; nelas não "tomará parte"; nelas não poderá imiscuir-se.

Mas, dizer-se que, sem a prévia aprovação ou desaprovação de contas dos Prefeitos ou Governador, pelos órgãos competentes, não se poderá cogitar de procedimento policial ou judicial contra êles e contra seus comparsas, há uma grande distância; as linhas divisórias dos poderes são perfeitamente demarcadas; os órgãos legislativos, não podem substituir, suplantar ou superpor-se aos demais poderes; tais órgãos podem aprovar despesas não autorizadas regularmente ou aplicações de dinheiros que se destinavam a determinados fins em outros; podem aprovar e legalizar empréstimos, emissões de apólices e operações de créditos feitas abusivamente, sem autorização; podem aprovar ou desaprovar alienações de imóveis, feitas irregularmente; enfim, podem apreciar fatos que, "uma vez aprovados", perdem a sua ilegalidade; porque, tais operações, uma vez ratificadas, se consideram como permitidas pelo efeito retroativo de tais ratificações; uma vez aprovadas tais operações, desaparece a suposta improbidade administrativa; não aprovadas, caracteriza-se o "crime de responsabilidade", definido na Lei n.º 1.079 citada; na primeira hipótese não pode o Judiciário abrir discussão em tôrno de tais assuntos, que só interessam à Administração, ao "juízo político", através dos corpos legislativos.

Mas, quando, jogando com os dinheiros públicos, o Prefeito ou Governador os dilapida em proveito próprio, dêles se apropriando indèbitamente, pratica um crime comum; dêles tem que se ocupar o Judiciário, uma vez levados ao seu conhecimento; porque, em tais casos, não há um "crime de responsabilidade" e, sim, um crime gravíssimo, "contra a Administração pública"; o peculato, crime comum, — repita-se — está definido no art. 312 do nosso Código Penal; e pune a improbidade e a infidelidade de funcionários públicos que, de qualquer forma, apropriem-se de valores ou bens que têm a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio.

Em conseqüência, para a apuração de tais crimes, pouco importa a apreciação do Legislativo, que não tem o poder de julgar e "absolver" indiciados em crimes comuns; também já se disse, o crime de peculato, não só independe de prévia prestação de contas, como não o ilide o ressarcimento do prejuízo, o que, também, ocorre nos crimes contra o patrimônio.

Constatado o desvio de dinheiros ou bens públicos, pouco importa a prestação de contas, se estas foram aprovadas ou não; ainda recentemente, por denúncia de um cidadão que a instruiu suficientemente, foi um ex-Governador processado, regularmente, por peculato, tendo já suas contas aprovadas pela Assembléia do Estado e pelo Tribunal de Contas; aliás, tratadistas como Eusébio Gomes — *Tratado Derecho Penal*, vol. V, págs. 532 e seguintes — e Sebastian Soler, entendem que, em se tratando de desvio de dinheiros públicos, a intervenção do Poder Judiciário não constitui uma invasão dentro da esfera constitucionalmente reservada a outros poderes, como o dos Tribunais de Contas, "que não condenam nem absolvem..." e assim se manifesta o último escritor citado: *"si se ha cometido efetivamente un delito, ningun miembro del poder administrador tiene facultad de dispensarlo y nadie más que el poder judicial, la facultad de juzgarlo — Derecho Penal Argentino*, vol. V, pág. 207.

Nem se diga, *data venia*, como ficou consignado num dos venerandos acórdãos citados pelos impetrantes, que, apresentando contas, teria o peculatário oportunidade para repor o alcance, ilidindo a ação; nos atentados ao patrimônio, seja particular, seja público, pouco importa o ressarcimento do dano, que apenas constitui uma circunstância atenuante — Código Penal, art. 48, n.º IV, *b*; isso não anula a criminalidade do ato praticado; a composição feita com a Fazenda, seja estadual ou municipal, não pode desobrigar o acusado da responsabilidade criminal — *Revista Forense*, vol. 97/209; *Revista dos Tribunais*, 199/61 e 189/653.

Por outro lado, o crime de peculato se consuma no momento em que o agen-

te converte em proveito próprio, ou de outrem, o dinheiro ou a coisa subtraída, de que tinha posse ou detenção (*Revista Forense*, citado vol. 97); isto é, no momento em que, realmente, se dá a infidelidade por parte do funcionário, e não quando chamado a prestar contas; tanto assim que o nosso Tribunal condenou um Tesoureiro de determinada Prefeitura do interior do Estado, que "aplicou", no jôgo, quantia que recebera para compra de determinada mercadoria, embora dias depois tivesse restituído o dinheiro e feito a compra da qual se encarregara — *Revista dos Tribunais*, vol. 189 citado, pág. 653...

Assim, para a apuração do crime de peculato, não é necessário que, prèviamente, se exija do peculatário, uma prestação de contas; nem a aprovação destas, por interêsses político-partidários, poderá legitimar um fato criminoso; assim, nenhuma Assembléia ou Câmara, poderá, sob tal aspecto, acobertar um crime como o de peculato; no caso *sub-judice*, a Câmara Municipal de Guarujá — a interessada — poderá tomar contas do Prefeito e Tesoureiro, aprová-las ou desaprová-las; mas jamais poderá "anistiar" os indiciados, por interêsses meramente políticos, facciosos; porque se trata de crime comum, e uma aprovação de contas ou uma composição, jamais expungiria o fato de seu caráter criminoso.

Em resumo: a atitude do Sr. Governador do Estado, mandando abrir rigoroso inquérito, para apurar o desvio de dinheiro do Estado entregue à Prefeitura de Guarujá — fls. para investimentos em obras públicas municipais, foi honesta, louvável e legítima; o inquérito, por si, não constitui uma violência contra os pacientes, que, realmente, estão envolvidos em fatos gravíssimos, sendo de se ponderar que, segundo os documentos trazidos para êste processo sumaríssimo de *habeas-corpus*, já se pode inferir que as provas indiciais são veementes contra os pacientes; um dêles já confessou, por escrito, os desvios praticados — fls. — apontando o outro como principal responsável pelos desmandos havidos, tanto de dinheiros dados pelo Estado como pertencentes à Prefeitura; o segundo deixou, nos cofres da Prefeitura, "vales" que o comprometem irremediàvelmente, como tudo faz crer, fls.; tendo já ficado apurado, no inquérito administrativo, o desvio de quantias dadas pelo Estado ao Município, depositadas no Banco Moreira Sales e dêsse estabelecimento retiradas pelo Prefeito; não podem ser mais comprometedoras as informações constantes do ofício de fls., dadas pelo Sr. Presidente da Comissão de Inquérito Administrativo da Prefeitura de Guarujá.

Dizem os impetrantes, a fls., que o inquérito instaurou-se a pedido do Prefeito recém-eleito, que levou o caso ao conhecimento do Governador do Estado, que, por sua vez, o atendeu, por intermédio das Secretarias da Justiça e da Segurança Pública; vendo-se, portanto, a autoridade policial coagida a agir por interêsses partidários; e que, assim sendo, o procedimento policial, cheirava a política; é de se ponderar, porém, que, ainda que assim fôsse, se qualquer pessoa do povo, nos crimes de ação pública, pode denunciar fatos criminosos que cheguem ao seu conhecimento — Código do Processo Penal, art. 4.º, n.º II, § 3.º, para a abertura do competente inquérito, com maior razão essa medida poderia ser determinada por um Governador, mesmo que agindo politicamente e sem estar interessado na moralidade administrativa; mas diga-se sem rebuços: o inquérito instaurado, não cheira a política; cheira mesmo a peculato.

Pelos motivos expostos denego o *habeas-corpus* preventivo requerido a fls.

Custas pelos impetrantes.

Santos, 24 de novembro de 1955. — *Benedito de Oliveira Noronha.*