

O CRIME DE PECULATO-DESVIO AO DEPOSITÁRIO INFIEL

Rubens Geraldi Bertolo¹

RESUMO

A pesquisa demonstra que não mais se aplica a prisão civil ao depositário infiel, apesar de ter previsão na Constituição Federal de 1988, mais especificadamente em seu art. 5º, LXVII; porém, foi derogada pelo fato de o Brasil ter aderido ao ato internacional denominado Pacto de San José Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por meio do Decreto Presidencial n. 678, de 06 de novembro de 1992, que admite tão somente a prisão civil no caso de inadimplemento de obrigação alimentar, fato comprovado pela Súmula vinculante nº 25, do Supremo Tribunal Federal. Como o depositário exerce uma função pública, é considerado como funcionário público em sentido amplo, conforme estabelece o art. 327 do código penal brasileiro e, se dolosamente, desviar os bens confiados a sua pessoa, deverá ser responsabilizado criminalmente como incurso no art. 312, *caput*, segunda parte, do mesmo estatuto repressivo.

Palavras-chave: Depositário infiel. Prisão civil. Peculato. Funcionário público.

¹ Mestre em direito constitucional. Docente do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga e do Curso de Direito da Unicastelo – Universidade Camilo Castelo Branco, Campus Fernandópolis, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu art. 5º, inciso II, que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei; porém, esta deverá ser produzida de acordo com o devido processo legislativo constitucional. Deste dispositivo extrai o princípio da legalidade.

De acordo com Bullos (2007, p. 422) o princípio da legalidade também foi previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e seu nascimento ocorreu com o Estado de Direito em oposição ao Estado de Polícia, autoritário e antidemocrático. Tal princípio é dirigido aos Poderes Públicos e aos particulares.

A Constituição Federal prevê em seu inciso LXVII, do art. 5º, da CF que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Percebe-se que o dispositivo trata da disciplina e aplicabilidade da prisão civil. Então, como regra, não haverá prisão civil por dívida, exceto em dois casos, a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Logo, constata-se que a nossa Lei Maior prevê a prisão civil do depositário infiel.

Apesar de a nossa Lei Maior prever a possibilidade de prisão civil ao depositário infiel, o art. 7º, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, com carta de adesão ao ato internacional depositada em 25 de setembro de 1992, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado por meio do Decreto Presidencial n. 678, de 6 de novembro de 1992, prevê tão somente a prisão civil no caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

Diante da subscrição pelo Brasil do Pacto de San José de Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, em razão de possuir *status* supra legal implicou a derrogação da norma referente à prisão do depositário infiel.

1 EVOLUÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL JUNTO AO STF

A nossa Corte Maior até bem pouco tempo reconhecia que na hipótese de depositário infiel era constitucional a prisão decretada pelo magistrado, pois em diversos julgamentos de *habeas corpus* impetrados foram indeferidos, conforme se observa nos HC 72131 / Rio de Janeiro; HC 70625 / São Paulo; e, HC 92541 / Paraná.

Alexandre de Moraes (2009, p. 121) ao discorrer sobre a prisão civil do depositário infiel informa que a Primeira Turma do STF, por maioria (4x1), no RHC 90.759, tendo como Relator Ministro Ricardo Lewandowski, decisão em 15/5/2007, manteve a prisão civil decretada admitindo sua constitucionalidade, por ser depósito judicial necessário em que a guarda do bem penhorado objetiva garantir o crédito do exequente, seja no caso de adjudicação ou hasta pública, afastaria a aplicação do citado Pacto de San José da Costa Rica.

O Supremo Tribunal Federal reconhecia a que prisão civil do depositário infiel era constitucional que até editou a Súmula 619, admitindo que a prisão do depositário judicial fosse decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, mesmo que não tenha sido proposta a ação de depósito.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal alterou sua interpretação reconhecendo que a prisão do depositário infiel, seja na hipótese de alienação fiduciária ou judicial, é inconstitucional, conforme se observa no RE 466343 / São Paulo e no HC 93403 – Minas Gerais e HC 89634 / São Paulo. Já, no **RE 562051 RG / MT - MATO GROSSO, reconheceu a repercussão geral e diante da proposta fora** editada a Súmula Vinculante nº 25, nos seguintes termos: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

2 FINALIDADE DA PRISÃO CIVIL

Toda vez que existir um conflito de interesse e se a resolução não for feita pelas partes, cabe ao interessado buscar o direito junto ao órgão do Judiciário. Cabe a este, como representante do Estado e que assumiu para si a força legítima, compor as lides apresentadas.

Não há dúvida que a prisão civil é forma de obrigar o devedor a saldar a pensão alimentícia em atraso ou apresentar o bem que estava em seu poder por obrigação assumida entre o juízo da execução e o depositário judicial dos bens penhorados, ou como garantia de uma dívida na aquisição de um bem com alienação fiduciária. A prisão civil decretada é uma forma de coação do Estado para que o depositário infiel efetue o pagamento da dívida ou apresente o bem. Como na maioria das vezes o bem é alienado, não pode o depositário apresentá-lo; logo, caso seja decretada a prisão, em tese, o pagamento do débito é realizado.

Não justifica a prisão civil do depositário infiel, pois como preleciona Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2008, p.1990) se o Código de Defesa do Consumidor proíbe a cobrança vexatória, que exponha o consumidor ao ridículo, muito mais ao depositário. Se ao fornecedor é proibida a cobrança vexatória, muito menos deve existir o aprisionamento do devedor, em razão de dívida oriunda de um financiamento.

Como o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e esta reconhece apenas a possibilidade de prisão civil no caso de inadimplemento de obrigação alimentar, por ser uma norma supra legal, foi derogada a norma estritamente legal definidora da custódia forçada do depositário infiel, mesmo que existente no Texto Constitucional.

3 O TIPO PENAL

Por determinação do princípio constitucional do *nullum crimen sine lege*, a sociedade, por meio de seus representantes, quando quer proibir certa conduta considerada prejudicial, estabelece a conduta e a respectiva sanção. Enrico Ferri (2003, p. 107) diz que “A lei penal é a expressão social e jurídica da justiça penal, como norma de conduta para cada indivíduo (Direito Penal substantivo) e como regra de processo especialmente para os funcionários (Direito Penal processual). O Estado estabelece ao povo como a si próprio o dever de agir em conformidade com a lei”.

O tipo penal nada mais é do que a descrição da conduta humana adequada ao dispositivo penal, o qual estabelece em seu preceito secundário a sanção cabível. É o que preleciona Rogério Grecco (2008, Vol. I, p. 155) que “Tipo, como a

O CRIME DE PECULATO-DESVIO AO DEPOSITÁRIO INFIEL

própria denominação diz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei –, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós”.

O fato típico é circunspeto pela conduta do agente ativo, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; pelo resultado e nexos de causalidade entre aquele e este. Apesar de existir tais elementos, para que um fato seja crime, necessário se faz que se amolde a um arquétipo abstrato previsto em lei produzida de acordo com o devido processo legislativo constitucional. Com o amoldamento da conduta humana ao arquétipo abstrato descrito na lei penal surge a tipicidade formal ou legal. Caso a conduta humana não se encaixa no tipo, o fato será considerado formalmente atípico.

Para configurar um ilícito penal é necessária a reunião dos elementos que integram o fato típico. A conduta, sinônimo de comportamento, de ação comportamental humana, seja omissiva ou comissiva, é um dos elementos. Ensina Franz von Liszt (2003, Tomo I, p. 217) que “Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam Nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*”.

O conceito de ação deve ser analisado sob dois momentos diferentes, ou seja, no ato de vontade e no resultado. Para que haja crime necessário se faz uma mudança no mundo exterior, como resultado, seja na forma comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa.

A Administração Pública é composta pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, órgãos esses que exercem funções típicas e atípicas, sempre em benefício do bem-estar da sociedade. Cabe ao Legislativo editar normas genéricas e abstratas que obrigam a todos; bem como, exercer a fiscalização político-administrativa e a fiscalização contábil-financeira, esta com auxílio do Tribunal de Contas. Além dessas funções, o Legislativo para evitar a dependência exerce, de forma atípica, as funções Executiva e Jurisdicional. O Executivo, em sua função típica, aplica a lei ao caso concreto, administrando a coisa pública. Também exerce atipicamente a função Legislativa e a função Jurisdicional. A função típica do Judiciário é aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes, tornando-a definitiva com o

trânsito em julgado. Este órgão, como os demais, para evitar a dependência exerce, atipicamente, as outras duas funções, ou seja, a Executiva e Legislativa, desde que prevista no Texto Maior.

O Estado, visando assegurar a sua probidade, moralidade e eficácia, criou tipos penais praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, dentre eles o peculato.

4 PECULATO

O Estado estabelece normas penais para as condutas consideradas graves e que a sociedade quer reprimir para a convivência harmoniosa. O Estado deve se preocupar com comportamentos mais gravosos à sociedade, de forma que só deve intervir por meio do direito penal se os outros ramos do direito não conseguem prevenir o comportamento ilícito. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, Vol. III, p. 257), prelecionam que “Selecionando os fatos graves, que mais ofendem aos interesses da administração, prevê a lei no referido título os crimes contra a Administração em Geral. O objetivo dos crimes inseridos no último título da parte especial do código penal brasileiro é o interesse da normalidade funcional, probidade e decoro da Administração Pública, hoje, muitas vezes, violadas.

Hungria nos ensinava que o crime de peculato tem sua origem no direito romano, com o nome de *peculatus ou depeculatus*, mesmo antes de ser introduzida a moeda, quando bois e carneiros constituíam a riqueza pública e visa garantir a probidade da Administração (1958, Vol. IX, p. 333). É um crime funcional, também chamado de delito próprio, pois é praticado pelas pessoas físicas que exercem uma atividade em nome do Estado e tem como pressuposto a anterior posse lícita, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, exercida em nome do Poder Público.

A doutrina distingue os crimes em estudo em próprios – peculato-apropriação – dos impróprios – peculato-furto. Aqueles têm como característica a função pública e a posse do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. Estes – crimes funcionais impróprios – são os que se destacam por ser o agente funcionário público, mas não tem a posse do dinheiro, valor ou qualquer bem móvel, seja público ou particular,

porém vale-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Se não possuir tal qualidade, o crime será outro.

Bitencourt nos ensina que o Estado descreveu como crime o fato de o funcionário público apropriar-se de bem móvel, público ou particular de que tem a posse em razão do cargo e este “deve ser uma relação objetiva, existente entre a *posse* e o *cargo*, uma relação, diríamos, de *causa* e *efeito*, entre este e aquela, e não apenas uma *relação de confiança subjetiva*.” (2007, Vol. 5, p. 10).

O legislador não costuma apresentar conceitos; porém, para não existir dúvida o código penal brasileiro em seu art. 327, *caput* e § 1º, trouxe o conceito de funcionário público, ou seja:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Rogério Greco (2008, Vol. IV, p. 359) preleciona que “*Funcionário público*, portanto, para efeitos penais, não somente é aquele ocupante de um *Cargo*, que poderíamos denominar de funcionário público em sentido estrito, mas também aquele que exerce emprego ou função pública”. Como regra, funcionários públicos são os servidores investidos em cargos públicos da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade a que pertencem. Trata-se de uma das espécies de servidores públicos, como os agentes políticos, os agentes honoríficos e agentes delegados. A função pública é uma atribuição que a Administração confere a cada categoria profissional, ou confia individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.

Mirabete, citando Nelson Hungria, (2010, Vol. III, p. 260) preleciona que “Não são funcionários públicos para os efeitos penais os que exercem apenas um *múnus público*, em que prevalece um interesse privado, como ocorre no caso de tutores, ou curadores dativos, inventariantes judiciais, síndicos (administradores judiciais) falimentares, etc. A nosso sentir, se existir um interesse público àqueles que exercem um “cargo público”, será considerado funcionário público.

O art. 312, *caput*, do código penal brasileiro deve ser estudado sob dois aspectos, ou seja, peculato apropriação e peculato-desvio.

4.1 Peculato Apropriação

O peculato-apropriação está previsto na primeira parte do art. 312, *caput*, do código penal brasileiro. Trata-se de apropriação indébita praticada em decorrência da função pública exercida pelo sujeito ativo. Mirabete (2010, Vol. III, p. 264) nos ensina que se o agente se dispõe a fazer sua a coisa de que tem a posse, está no sentido amplo, “compreendendo não só o poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada, disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha”.

O agente, em razão do cargo, tem a posse de um bem pertencente ao Estado ou ao particular ou apenas está sob sua guarda ou vigilância, apropriando-se dele.

O funcionário público em sentido amplo tendo a posse lícita de dinheiro, valor ou qualquer outro *bem móvel* público ou particular, toma-o para si, invertendo a natureza da posse, passando a agir como se fosse dono do bem. O legislador destacou dinheiro como possibilidade material do crime em estudo pelo fato de abduzir “o entendimento da antiga doutrina, que não admitia peculato de coisa fungível, limitando a incidência dessa infração penal às coisas infungíveis” (BITENCOURT, Parte especial 5, p. 12). Asseverava que se a coisa fosse fungível, o funcionário devia certa quantidade e não a espécie e sua obrigação era devolver o “valor”, mas não responder por peculato, ambos considerados como peculato próprio.

4.2 Peculato-Desvio

O peculato-desvio está previsto na segunda parte do *caput* do art. 312, do código penal brasileiro. Neste o funcionário público dá ao bem móvel, ou ao *semovente*, destinação diversa da exigida, em proveito próprio ou de terceiro. Neste, o funcionário não tem o propósito de apropriar-se, mas tão somente de desviá-lo em proveito próprio ou de terceiro. O desvio nada mais é do que o uso irregular da coisa pública ou particular que tem a posse em razão do cargo.

O CRIME DE PECULATO-DESVIO AO DEPOSITÁRIO INFIEL

Desviar é alterar o norte, tomar outro rumo. O agente em vez de dar o destino certo do bem que tem a posse, dá outro, no seu interesse ou de outrem. O sujeito ativo não tem a intenção de inverter a posse da coisa, mas tão somente desviá-la. Não age como se fosse dono. Seu comportamento é desviar, seja dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, mas em proveito próprio ou de terceiro. Dinheiro é moeda corrente, coisa fungível.

4.3 Crime De Peculato Praticado Pelo Depositário Infiel

Vimos que o depositário infiel não pode ser preso no âmbito civil; porém, em tese, há possibilidade de responder pelo ato no âmbito criminal. O código penal brasileiro prevê, em seu art. 312, *caput*, o crime de peculato, *in verbis*: “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, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.” Citado dispositivo estabelece a pena de reclusão, de dois a doze anos, e multa. Em seu art. 327, *caput*, encontramos o conceito em sentido amplo de funcionário público, ou seja, “considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

O depositário infiel não pode ser responsabilizado com o corpo pela dívida, ou seja, com a prisão civil, já que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser ela incabível, tendo em vista o Pacto de Costa Rica de San José, firmado pelo Brasil, pois somente admite prisão civil no caso de inadimplemento alimentar. Sendo assim, poderá o depositário infiel, que é considerado como funcionário público por equiparação, responder pelo crime de peculato, na medida em que desvia os bens confiados à sua guarda e conservação, mediante depósito legal.

Nelson Hungria (1958, Vol IX, p. 333) prelecionava que “Atacando o patrimônio privado que lhe foi confiado em razão do cargo (como no caso de depositário público infiel ou do manipulador ou estafeta postal que se apropria de algum registro com valor), o funcionário viola igualmente os seus deveres para com a administração e, além de prejudicar a confiança que os particulares depositam nela, sujeita-a à indenização pelo dano.” Acreditamos que hoje não mais existe a figura do depositário público. Por ausência de tal encargo, o depósito normalmente é

feito em nome do requerido, que conserva o bem até efetivo pagamento do débito ou sua remoção ou entrega ao arrematante. Aquele que for nomeado como fiel depositário exerce uma “função pública” no sentido lato; logo, **desviando**, dolosamente, o bem que foi depositado em seu poder pratica a conduta gizada no art. 312, *caput*, segunda parte, do código penal brasileiro.

Nelson Hungria discorrendo sobre funcionário público possui o mesmo entendimento, senão vejamos:

Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, que, embora ‘transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública’. Sobre o que seja funcionário público, na órbita do direito administrativo, duas principais teorias são formuladas: uma restritiva, outra ampliada. Segundo a primeira, só é funcionário público aquele que, na representação da soberania do Estado, exerce um poder de império ou dispõe de autoridade, ou a quem é confiado, ainda que em proporção mínima, um certo poder discricionário, uma determinada faculdade de exame nos casos concretos, para a execução de uma lei ou regulamento. Não teriam, portanto, a dita qualidade aqueles a quem é incumbida uma tarefa inteiramente material, resultante de atos preestabelecidos e invariáveis, sem nenhuma liberdade de direção ou de ação. Segundo a outra teoria, porém, é funcionário público quem quer que exerça, profissionalmente, uma *função pública*, seja esta de império ou de gestão, ou simplesmente técnica. O conceito de *funcionário público* deve ser, assim, ligado à noção ampla de ‘função pública’. Este, o critério prevalente ou moderno. Consoante a lição de Gavazzi, o conceito de funcionário público já não deriva do de *autoridade*, mas do de *função pública*, e por função pública se deve entender *qualquer* atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública. Adotando a noção extensiva, o nosso Código, ainda lhe deu maior elasticidade, não exigindo, para caracterização de funcionário público, nem mesmo o exercício *profissional* ou *permanente* da função pública. Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não propriamente a *qualidade de funcionário* que caracteriza o *crime funcional*, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou ‘*per accidens*’(ex.: o jurado, a cujo respeito achou de ser expresso o art. 438 do Cód. de

O CRIME DE PECULATO-DESVIO AO DEPOSITÁRIO INFIEL

Processo Penal; o **depositário nomeado pelo juiz**, etc.). Considera-se funcionário público, segundo o texto legal, não só o indivíduo investido, mediante nomeação e posse, em *cargo público* (devendo entender-se por tal, ‘*ut*’ art. 2º do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, aquele que é criado por lei, com denominação própria, em número certo e pagão pelos cofres públicos) ou que serve em *emprego público* (eventual posto de serviço público, fora dos quadros regulares e para o qual não há necessidade, sequer, de título de nomeação), como também qualquer pessoa que exerça *função pública*, seja esta qual for” – grifo nosso. (1958, Vol. IX, p. 397 e 398).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constituinte Originário ao estabelecer a atual Constituição brasileira proibiu a prisão civil por dívida, admitindo tão somente no caso de inadimplemento de obrigação alimentar voluntária e inescusável e a do depositário infiel.

O Brasil aquiesceu ao Pacto de San José de Costa Rica e o Congresso Nacional aprovou a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, com carta de adesão ao ato internacional depositada em 25 de setembro de 1992, promulgado por meio do Decreto Presidencial n. 678, de 6 de novembro de 1992, que no art. 7º, n. 7, prevê tão somente a prisão civil no caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Com este instrumento normativo, o Brasil proscreveu de seu ordenamento jurídico a exceção da prisão civil do depositário infiel.

A prisão civil do depositário infiel era forma de o Estado coagi-lo a entregar o bem que se encontrava em seu poder por determinação judicial ou acordo de vontade, ou então a efetuar o pagamento da dívida.

A sociedade, por meio de seus representantes, fulcrada no princípio constitucional *nullum crimen sine lege*, quando quer proibir certa conduta considerada prejudicial, criminaliza a conduta e estabelece a respectiva sanção, temos aí o fato típico e antijurídico. Fato típico é composto pela conduta do agente ativo, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; pelo resultado e nexos de causalidade entre aquele e este. Apesar de existir tais elementos, para que um fato seja crime, necessário se faz que se amolde a um protótipo abstrato previsto em lei produzida de acordo com o devido processo legislativo constitucional. Com o amoldamento da conduta humana ao modelo abstrato descrito na lei penal surge a tipicidade legal. Se a conduta humana não se encaixar no tipo, o fato será considerado atípico.

No art. 312, *caput*, primeira parte, do código penal brasileiro está prevista a conduta criminosa denominada peculato-apropriação, enquanto que o peculato desvio está gizado na parte final – crime próprio –; já em seu § 1º, temos o peculato-furto – crime impróprio. Aquele tem como característica a função pública e a posse do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. Este – crimes funcionais impróprios – é o que se destaca por ser o agente funcionário público, mas não tem a posse do dinheiro, valor ou qualquer bem móvel, seja público ou particular, porém vale-se da

O CRIME DE PECULATO-DESVIO AO DEPOSITÁRIO INFIEL

facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Se não possuir tal qualidade, o crime será outro.

Vimos que o crime de peculato subdivide em peculato-apropriação e peculato-desvio. Aquele o agente se dispõe a fazer sua a coisa de que tem a posse de um bem pertencente ao Estado ou ao particular ou apenas está sob sua guarda ou vigilância e dele se apropria. Neste o funcionário público dá ao bem móvel, ou ao semovente, que se encontra em seu poder, destinação diversa da exigida, seja em proveito próprio ou de terceiro.

No peculato-desvio o funcionário não tem o propósito de apropriar-se, mas tão somente de desviá-lo em proveito próprio ou de terceiro. O desvio é o uso irregular da coisa pública ou particular que tem a posse em razão do cargo. O agente em vez de dar o destino certo do bem que tem a posse, dá outro, no seu interesse ou de outrem. Ele não age como se fosse dono, não tem a intenção de inverter a posse da coisa, mas tão somente desviá-la.

Sedo assim, o depositário infiel não poderá ser preso por dívida, já que o Supremo Tribunal Federal entendeu não ser possível a prisão civil, pelo fato de o Brasil ter aderido ao Pacto de Costa Rica de San José, que admite tão somente a prisão civil no caso de inadimplemento alimentar. Poderá o depositário infiel, que é considerado como funcionário público por equiparação, responder pelo crime de peculato, na medida em que desvia os bens confiados à sua guarda e conservação, mediante depósito legal, desde que pratique a conduta de forma dolosa.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. atualizada até a Emenda Constitucional n. 56, de 20-12-2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 5.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal – o criminoso e o crime**. Tradução Luiz de Lemos D' Oliveira. 1 ed. Campinas: Russell, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. revista e atualizada até 1º de janeiro de 2008. Niterói: Impetus, 2008, vol. 4.

_____. **Curso de direito penal**. 10 ed. revista e atualizada até 1º de janeiro de 2008. Niterói: Impetus, 2008, vol. 1.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Tradução José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2003, tomo 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 24. ed. revista e atualizada até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010, vol. 3.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed. atualizada até a EC n. 57/08. São Paulo: Atlas, 2008.