

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO**

LUAN CESAR APOLINÁRIO SPADA

**OS PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE PECULATO, CONCUSSÃO E PREVARICAÇÃO**

**SÃO PAULO
2020**

LUAN CESAR APOLINÁRIO SPADA

OS PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE PECULATO, CONCUSSÃO E PREVARICAÇÃO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Guaracy Moreira Filho

SÃO PAULO

2020

LUAN CESAR APOLINÁRIO SPADA

OS PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE PECULATO, CONCUSSÃO E PREVARICAÇÃO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Dr. Guaracy Moreira Filho
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dr. Hécio de Abreu Dallari Junior
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dr. Carlos Frederico Zimmermann Neto
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dedico esta pesquisa à minha família, principalmente a meus pais, assim como a todos que me influenciaram e contribuíram, direta e indiretamente para sua realização, cabendo aqui uma dedicação especial a meu avô José Valmir, pelo orgulho e admiração que sempre expressou por mim até seus últimos dias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai, Cesar Murilo Spada, por possibilitar minha formação em uma das mais graduadas faculdades de direito do país, além de todo suporte emocional, financeiro e afetivo que sempre teve ao dar uma exímia educação a seus filhos.

Agradeço a minha mãe, Fabíola Marques Apolinário Spada, por toda a força, carinho e compreensão que demonstrou em minha vida, e por todo o apoio que me deu para concluir o curso.

Agradeço a minha família, especialmente a meus irmãos, Renato Cesar Apolinário Spada e Isabelle Apolinário Spada, por todo o companheirismo e parceria que me sempre me deram de bom grado.

Meu agradecimento muito especial ao meu Orientador e Professor Doutor Guaracy Moreira Filho, cuja orientação e as aulas ministradas provaram-se de suma importância para a concretização do presente trabalho

Agradeço também ao meu já falecido avô, José Valmir Apolinário, que foi um dos principais motivos da minha graduação, sou por sua perseverança, alegria e bom humor que me sempre tinha, mesmo nos piores momentos.

Por fim, agradeço a todos meus amigos, especialmente ao Vitor Hossu Ferreira, José Augusto Padinha Guilherme Martins Ruano, Thiago Grangeia, Henrique Capp Campos e Hector Capp Campos, por toda alegria e suporte que proporcionam em minha vida.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a realização de uma análise doutrinária, histórica e normativa sobre os principais crimes executados por funcionários públicos contra a administração pública, os crimes de Peculato, Concussão e Prevaricação, crimes esses englobados nos chamados “Crimes contra a Administração Pública”, previstos no Código Penal. A obra tratará da contextualização histórica sobre o tema, trazendo o conceito e a previsão legal do funcionalismo público no âmbito administrativo e penal, bem como elucidando o decorrer do estudo criminológico com o passar dos anos. O trabalho também tem por objetivo desenvolver uma visão mais abrangente com o foco doutrinário sobre os crimes de peculato, concussão e prevaricação, crimes esses punidos desde o império romano com penas extremamente severas. O estudo irá abordar conceitualmente tais delitos, trazendo suas vertentes e previsão legal baseadas em estudos doutrinários e jurisprudenciais, elencando ainda uma breve recapitulação sobre a história da criminologia e tratando ainda do conceito de funcionário público, além da concepção de crimes funcionais e do procedimento das ações criminais que regem o crime.

Palavras-chave: Crimes. Administração Pública. Peculato. Concussão. Prevaricação. Tipo objetivo.

ABSTRACT

The present work aims to carry out a doctrinal, historical and normative analysis on the main crimes carried out by public officials against public administration, crimes of embezzlement, concussion and prevarication. These crimes are included in the so-called “Crimes against the Public Administration” provided for in the Penal Code. The work will deal with the historical contextualization on the theme, bringing the concept and the legal provision of civil service in the administrative and criminal spheres, as well as elucidating the course of the criminological study over the years. The work also aims to develop a more comprehensive view with a doctrinal focus on crimes of embezzlement, concussion and malfeasance, crimes that have been punished since the Roman empire with extremely severe penalties. The study will conceptually address such crimes, bringing their aspects and legal prediction based on doctrinal and jurisprudential studies, also listing a brief recap on the history of criminology, also addressing the concept of civil servant, in addition to the design of functional crimes and the procedure of crimes, criminal actions that govern crime.

Keywords: Crimes public administration. Embezzlement. Concussion. Prevarication. Objective type.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A CRIMINOLOGIA NO BRASIL	11
1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PROTEÇÃO PENAL BRASILEIRA	12
1.2 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	15
1.2.1 Conceito de funcionário público no direito administrativo	17
1.2.2 Conceito de Funcionário Público do direito penal	19
1.3 OS CRIMES FUNCIONAIS	22
1.4 CONCURSO DE PESSOAS	25
1.5 AÇÃO PENAL NOS CRIMES FUNCIONAIS	27
2 OS PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	28
2.1 DO PECULATO	28
2.1.1 Conceito	28
2.1.2 Tipos de peculato	30
2.2 DA CONCUSSÃO	34
2.2.1 Conceito e tipificação	34
2.2.2 Excesso de exação	36
2.3 DA PREVARICAÇÃO	39
2.3.1 Conceito e tipificação	39
2.3.2 Prevaricação imprópria	42
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar didaticamente no estudo do tema, cabe uma recapitulação histórica do conceito de criminologia e funcionalismo público para dar ênfase nas concepções que fundamentam a nossa legislação contemporânea e expor as bases penais do direito brasileiro.

A origem do termo “criminologia”

Etimologicamente, a palavra “criminologia” é derivada do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (estudo), possuindo o significado de estudo do crime.

Para Afrânio Peixoto (1953, p. 11) a criminologia é “[...] a ciência que estuda os crimes e criminosos, isto é, a criminalidade.”¹

A origem histórica dessa ciência é muito discutida doutrinariamente, no entanto, a maior parte dos doutrinadores atribui o marco inicial do estudo do crime e dos criminosos a Cesare Lombroso (1835-1909), um psiquiatra italiano que adotou muitas das teorias materialistas, positivistas e evolucionistas em sua obra “L'Uomo Delinquente (1876)”, pela qual ganhou grande fama por defender uma teoria popularmente conhecida como a do “criminoso nato” criada originalmente por Enrico Ferri

A teoria baseia-se na hipótese de que

[...] os comportamentos são biologicamente determinados, e ao basear suas afirmações em grande quantidade de dados antropométricos, Lombroso construiu uma teoria evolucionista na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Sendo o atavismo tanto físico quanto mental, poder-se-ia identificar, valendo-se de sinais anatômicos, aqueles indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime.²

Por meio dessas obras, Lombroso visava, então, a criação de uma ciência cujo desígnio era o estudo da natureza humana, uma ciência que seria capaz de lidar com a desigualdade social criada pelo homem. Para o ambicioso autor, no entanto, a antropologia criminal que defendia não era menos do que um grande empreendimento intelectual que possuía como alicerce suas obras positivistas.

A partir da criação de tal posicionamento ideológico, outros nomes foram ganhando destaque ao acompanharem as ambições do chamado “pai da antropologia criminal”. Entre os diversos autores que publicavam na época, é comum associarmos os nomes Raffaele Garofalo

¹ PEIXOTO, A. Criminologia, 4ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953. P. 11

² ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002. p. 679.

(1852-1934) e Enrico Ferri (1856-1929) pois foram esses autores que fundaram o movimento conhecido como “Escola Determinista” ou “Escola Italiana” de Direito Penal³ que auxiliou muito na definição atual da criminologia⁴ como sendo a ciência pautada no estudo do “homem delinquente”

As “escolas”, apesar de ganhar grande destaque na época entre os especialistas criminais e os leigos, somente obtiveram grande destaque após a realização de diversos congressos que levantaram críticas às visões de “criminoso nato” aplicada por Lombroso, as quais consistiam na aplicação de uma visão social sobre os atos praticados por aqueles que infringiam a lei. Essa visão opositora a Escola Italiana ficou conhecida como “Escola Sociológica de Lyon”.⁵

Tais debates acaloraram-se pelos anos de 1885 a 1909 conforme os congressos iam ocorrendo por toda a Europa, havendo diversas críticas a teoria de Lombroso no constante às metodologias científicas aplicadas pelo médico, o que fomentou grave deterioração as suas ideias de antropologia criminal, a qual permaneceu nesse impasse até o final do século XX, quando tais ideais vem a encontrar os "verdadeiros eldorados da Nova Escola" nas Américas.⁶

O Primeiro grande congresso, realizado em 1885 em Roma marcou grande impacto dentro da carreira de Lombroso, sendo considerado por muitos como o ápice da escola italiana de criminologia. Mais importante ainda, foram com tais congressos que as principais críticas às teorias penais apresentadas. No seguinte congresso, ocorrido em 1889 em Paris, uma oposição fora elaborada a fim de debater as ideias de criminoso nato propostas por Lombroso, a chamada Escola Sociológica de Lyon liderada por Lacassagne.

A escola partida da premissa de que o meio social representava um “caldo de cultura” do crime. Lombroso e Ferri, então, tentaram consecutivamente rebater a oposição com o seguir dos congressos, contribuindo bastante para a concepção dos fatores sociais na etiologia do crime. Com a morte de Lombroso, em 1909, os congressos tiveram seu fim, mas a repercussão de seus ideais repercutiu suficientemente para o direito penal ser influenciado perante suas ideias.

³ PRADEL, Jean. *Histoire des Doctrines Pénales*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

⁴ Para Carrara, a palavra criminologia foi utilizada inicialmente por Garofalo em forma de sinônimo da antropologia criminal, para ele a utilização se popularizou conforme as teorias de Lombroso vieram a ser popularmente criticadas (CARRARA, Sérgio Luis. "A Sciencia e Doutrina da Identificação no Brasil' ou do Controle do Eu no Templo da Técnica". *Boletim do Museu Nacional*, n. 50, p. 1-28, 1984).

⁵ MUCCHIELLI, Laurent. *La Découverte du Social: Naissance de la Sociologie en France*. Paris: Éditions de la Découverte, 1998.

⁶ DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na Belle Époque: A Medicalização do Crime*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 110.

Nesse escopo, é relevante ressaltar as críticas ao trabalho de Lombroso quanto a antropologia criminal mais importantes e influentes, podemos elencar a crítica de Gabriel Tarde (1843-1904), um magistrado francês que, em seus principais textos critica devastadoramente aos trabalhos de Lombroso ao indicar que a concepção apresentada pelo estudioso como o “criminoso nato” contribuíam muito mais para uma classificação de um tipo profissional de criminoso do que para as determinações biológicas inatas defendidas na obra “*L’Uomo Delinquente*”, pautando-se da escrita de seu livro, *La Criminalité Comparée* para explicitar os comportamentos sociais e noções de identidade e similaridade social para contrapor as leis propostas pela antropologia criminal, dispondo sobre seus critérios definição da responsabilidade penal.

Como podemos observar, os padrões metodológicos de Lombroso não encaixavam nos padrões científicos de sua própria época e foram rápida e duramente criticados por seus contemporâneos. Podemos encontrar, inclusive, indícios de que o estudioso manipulava seus dados livremente a fim de ilustrar seus pressupostos de análise. Podemos encontrar uma crítica nesse sentido na revista *L’Année Sociologique*, de autoria de Gaston Richard em 1896-1897 onde o autor afirma firmemente que a teoria lombrosiana é “puramente dedutiva sob uma aparência de fidelidade ao método experimental”, e desmonta em seguida os principais pilares da teoria do criminoso nato (Richard, 1897:394)⁷

Dessa forma, podemos observar que, no início do último século na Europa, os ideais básicos de antropologia criminal encontravam muita resistência. E é nesse período, ironicamente, que elas encontram aqui nos países latino-americanos os “verdadeiros eldorados da Nova Escola”(Darmon, 1991: 110)⁸.

⁷ RICHARD, Gaston. (1897), "Sociologie Criminelle". *L’Année Sociologique –Première Année, 1896-1897*, p. 392-394.

⁸ DARMON, Pierre. (1991), *Médicos e Assassinos na Belle Époque: A Medicalização do Crime*. Rio de Janeiro, Paz e Terra. P. 110

1. A CRIMINOLOGIA NO BRASIL

Muito se discorre e discute sobre quem seria o verdadeiro progenitor dos estudos criminológicos no nosso país, algumas doutrinas especulam que João Vieira de Araújo, professor da escola de direito de Recife no final do século XIX, teria sido o nome responsável por trazer as obras da escola italiana e aplicá-la em seus estudos no Brasil, o que convém a arguição, já que o professor foi o professor tratou muito dos ideais de Lombroso em sua obra “Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil”, publicada em 1884 onde cita especificamente o livro “L’Uomo Delinquente”:

O direito criminal dentre todos os outros direitos é justamente o que está sujeito às mais constantes e rápidas mudanças em seu conceito. Basta ler a obra do grande professor italiano Cesare Lombroso – *L’Uomo Delinquente* – e ter uma ligeira notícia da importância dos estudos realizados na antropologia em diversos países adiantados da Europa para avaliar ou prever que progressos estupendos estão reservados no futuro às instituições criminais.⁹

Os demais doutrinadores e historiadores, no entanto, associam constantemente tal pioneirismo no estudo da teoria da antropologia criminal ao professor Tobias Barreto no livro “Menores e Loucos”¹⁰, já que este também faz grandes referências ao livro “L’Uomo Delinquente” a fim de explicar a necessidade da criação de categorias que ausentassem a responsabilidade em certos postos no campo penal.

De todo modo, não podemos identificar com a devida exatidão qual foi o real pioneiro a trazer as obras da escola determinista ao país, mas é certo que podemos identificar que as obras italianas influenciaram muito nas teorias adotadas para elaboração dos Códigos Penais brasileiros como, por exemplo, no artigo 59 do Código de 1940, referindo-se à personalidade do criminoso como um dos requisitos a serem observados pelo magistrado na aplicação das sanções cabíveis; ou mesmo nas circunstâncias agravantes presentes no artigo 61, que determina que a periculosidade do indivíduo há de ser observada a fim de aumentar sua pena.

Podemos observar, portanto, que as bases teóricas que originaram o estudo da criminologia datam aproximadamente do final do século XIX e início do XX com os debates que ocorreram na Europa e perpetuaram de forma abrangente nas américas, de forma que os

⁹ ARAÚJO, João Vieira de. *Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil*. Recife: Tipografia do Jornal do Recife, 1884. P. 683

¹⁰ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos e Fundamentos do Direito de Punir*. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & Cia, 1926 [1884].

pensamentos clássicos e positivistas influenciaram e influenciam a criação e aplicação de leis penais no Brasil.

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PROTEÇÃO PENAL BRASILEIRA

A história da administração pública no Brasil data desde o século XIV. Com o descobrimento do país, a coroa portuguesa objetivava unicamente a exploração da nova colônia descoberta, por isso concedia poderes bem amplos para os colonizadores, tais como a exploração irrefreável de recursos, controle e extermínio das populações indígenas que interferissem e até mesmo poderes para aplicação de pena de morte quando tais colonizadores identificassem tal necessidade, com exceção da aplicação aos fidalgos.

Tal situação perpetuou-se até meados do ano de 1808, quando a família portuguesa, em uma fuga desesperada das tropas napoleônicas, decidiu viajar para o Brasil. Com tal vinda, houve a aplicação das chamadas “Ordenações Filipinas” da coroa portuguesa, as quais estipulavam uma legislação penal e processual penal para a colônia.

Foi no ano de 1824, no entanto, que a nossa primeira carta constitucional foi outorgada, e com ela, uma legislação penal foi determinada, apesar de tal legislação apenas vir a ser efetivada em 1830, com o chamado código criminal do império, é nessa legislação que encontramos o primeiro tema de proteção criminal a administração pública do país, o qual alocava os crimes funcionais e a tipificação de peculato, falsidade e perjúrio nos seus respectivos título V e VI.

Anos à frente, em 1890 e após a proclamação da república, o Código Penal da República é outorgado, e com ele, as matérias de título II: “Dos crimes contra a segurança interna da república” que explicitava as condutas praticadas por particulares contra a administração pública e a de título V: “Dos crimes contra a boa ordem da administração pública”, que apresentava as omissões e abusos dos funcionários públicos.

Finalmente, no ano de 1940, chegamos ao nosso terceiro código penal. Com o decreto da Lei nº 2.848, a legislação penal brasileira chegou a algo próximo ao que estudamos hoje, trazendo um título exclusivo para incriminar fatos típicos que prejudiquem os interesses públicos, tais como a advocacia administrativa, falsa comunicação de crime ou contravenção, emprego ilegal de verbas ou rendas públicas, reingresso de estrangeiro expulso, violação de sigilo funcional entre diversos outros crimes que compõe a legislação.

Fato que vale destacar da adição do título XI ao Código Penal, que se subdivide nos três capítulos “I – Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral; capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, e; capítulo III – Dos crimes contra a administração da justiça.” É o evidente enriquecimento das proteções penais que a administração pública recebeu, já que o novo código supriu diversas lacunas dos códigos anteriores ao apresentar as novidades acima mencionadas.

Com o passar do tempo, as normas foram sendo adaptadas para inclusão de novas tipificações, como é o caso da inclusão da lesão ao ente público, ou ao ofício administrativo, que foram incluídas pelo reordenamento do capítulo dos crimes praticados contra a administração pública.

Mais pra frente, nos anos de 2.000 e 2.002, houveram a inclusão de dois capítulos adicionais ao código pelas Leis 10.028 do mesmo ano e 10.467, de 2002: o capítulo IV – “Dos crimes contra as finanças públicas”, tipificado no artigo 359- A, B, C, D, E, F, G, e H e o capítulo II-A “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, tipificados nos artigos 337-B, C e D.

Ainda, hoje em dia a nossa legislação penal conta com cinco títulos, quais sejam:

- I) Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (arts. 312 a 327);
- II) Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral (arts. 328 a 337-A);
- II-A) Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B a 337-D);
- III) Dos crimes contra a administração da justiça (arts. 338 a 359);
- IV) Dos crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H).

Ainda sobre as proteções penais adotadas nos crimes praticados por funcionários públicos, adotando observações quanto ao procedimento das ações penais, podemos ressaltar o âmbito da progressão de regime. No sistema penal brasileiro, o modelo progressivo (ou inglês) de execução de penas privativas de liberdade é adotado e utilizado para conjugar aspectos objetivos (tais como frações de cumprimento de pena), formais (oitiva do Ministério Público e da defesa) e subjetivos (como o bom comportamento carcerário, por exemplo) respaldando-se

no artigo 33 parágrafo 2º do nosso Código Penal cumulado com o artigo 112 da LEP (Lei de Execuções Penais).

Para progressão do regime nos crimes contra a Administração Pública, no entanto, existe um requisito adicional a ser observado, que é a reparação do dano ou a devolução do produto do ilícito com os devidos acréscimos previstos em lei (conforme dispõe o parágrafo 4º do artigo 33 do Código Penal).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal merece destaque nesse sentido, vez que atesta a constitucionalidade da previsão legal do dispositivo citado no parágrafo anterior, conforme obtém-se do EP 22 ProgReg-AgR/DF: “é constitucional o art. 33, § 4º, do CP, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a administração pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito.”¹¹

Por fim, cabe ressaltar uma característica relevante quanto aos aspectos penais abrangidos pelo Código Penal referente aos crimes contra a Administração Pública que é sua relação com os crimes cometidos no exterior. Conforme podemos elencar com a leitura do inciso I, caput, do art. 7 cumulado com §1º do mesmo artigo do dispositivo legal, os crimes cometidos contra a administração pública estão sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, independentemente se o agente foi absolvido ou condenado pela justiça estrangeira. Tal fenômeno é chamado doutrinariamente de “extraterritorialidade incondicionada” ou “extraterritorialidade irrestrita”, conforme pode-se observar da doutrina específica:

As hipóteses de extraterritorialidade irrestrita estão catalogadas no inc. I, do art. 7º, do CP, e vinculam-se à alta relevância dos interesses atingidos. Em tais hipóteses, não se exige qualquer condição para a incidência da nossa lei penal. Portanto, os fatos serão processados e julgados no Brasil, independentemente do seu autor ser brasileiro, estrangeiro ou apátrida. Pouco importa se a conduta tiver sido praticada em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente, ou ainda no território de outro Estado. Na mesma esteira, é igualmente irrelevante o fato de o autor do delito ter sido julgado, absolvido ou condenado no estrangeiro, ou que lá o fato esteja alcançado pela prescrição ou que sequer seja previsto como crime (cf. art. 7º, § 1º, do CP).

[...]

A hipótese de extraterritorialidade do art. 7º, I, “c”, do CP, encontra-se igualmente ancorada no citado princípio da proteção ou defesa, guardando, no caso, relação com os servidores públicos que se encontrem desempenhando suas atividades fora do território nacional. O Capítulo I, do Título XI, da Parte Especial do Código, contempla os chamados “crimes funcionais”, ou seja,

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *EP 22 ProgReg-AgR/DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, DJE: 18/03/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8038320>. Acesso em: 3 nov. 2020.

aqueles que são cometidos por funcionários públicos (peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação etc.).¹²

1.2 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O conceito de administração pública é, sem dúvidas, um tema abrangido pelos mais diversos e renomados autores, para Magalhães Noronha, cito:

O conceito de administração pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a Administração Pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido restrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e de outros entes públicos.¹³

Para Draft¹⁴: “Administração é o atingimento das metas organizacionais de modo eficiente e eficaz por meio do planejamento, organização, liderança e controle dos recursos organizacionais.” Em outras palavras, para o autor, é a atividade que o Estado desempenha de forma a buscar o bem comum para a sociedade por meio de métodos organizacionais, englobando os poderes executivo, legislativo e judiciário.

Desde o princípio do exercício da administração pública como provedora das *Necessidades instrumentais*, como cita Bitencourt¹⁵, é observado que a necessidade social e coletiva de defesa dos meios de segurança pública é evidente.

Um outro ponto que vale a pena ressaltar, é que o conceito de administração pública para o direito penal não é efetivamente tão restrito quanto para o direito administrativo e o constitucional, uma vez que ambas as concepções adotam a ideologia funcional do Estado para com a sociedade, empregando uma visão que adota a finalidade da administração pública como uma forma de prestação e produção de serviços, bens e utilidades para a população, valendo-se observar que, no direito público coletivo, a égide moral dos administradores deve ser amplamente utilizada a fim de primar o bem estar coletivo.

¹² JAPIASSU, Eduardo Carlos; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Editora Atlas, 2018.n.p. acessado em 9 de novembro de 2020 <https://books.google.com.br/books?id=tpY4DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false>

¹³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4. p. 198.

¹⁴ Apesar de ser um poder atribuído diretamente ao poder Executivo, todos os poderes possuem uma forma de exercer sua administração (DRAFT, Richard L. *Administração*. São Paulo: Cengage Learning, 2010).

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

Nesse sentido, situado perante o conceito de administração pública, vamos focalizar na violação do conceito de bem ensinado por Bitencourt¹⁵ no constante a objetividade jurídica dos crimes contra a administração pública que se pautam em sua normalidade funcional, moralidade, eficácia, probidade e incolumidade. Nesse sentido, destaco ainda a divisão dogmática dos crimes próprios, impróprios e mistos, divisão que é fortemente defendida doutrinariamente. Além disso, cabe citar os crimes que trespasam a evidente violação do dever funcional na função pública, tais como os crimes em razão da função, os quais são objetivos deste estudo, tal como o crime de peculato.

Dos crimes praticados contra a Administração Pública ocorreu a divisão em três capítulos, já citados anteriormente, em uma terminologia diferente há os crimes praticados pelos próprios funcionários públicos: *delicta in officio*, ou seja, *delicta propria*, em suma, daqueles que integram a função administrativa estatal; os segundos são os crimes praticados pelo particular contra a Administração Pública, os quais recebem a denominação de *delicta communia*; finalmente, no terceiro capítulo, com os “crimes contra a Administração da Justiça”, conforme expressão do Código Penal.

Tais proibições, no entanto, não se restringem unicamente ao direito penal, elas estendem sua ilicitude até os ramos do direito administrativo, tornando toda concepção ilegal dos crimes contra a administração atos ilícitos administrativos, obstando sua diferenciação nos gravames das penas previstas legislativamente.

Nesse sentido, destaca-se que os instrumentos punitivos internos da administração pública estão inertes dentro de sua hierarquia, voltados a punições disciplinares dentro do próprio ramo que é o direito administrativo. Tais métodos punitivos, no entanto, não devem se confundir com o poder coercitivo aplicado pelo Estado, uma vez que é a este que cabe a aplicação das normas penais. Nesse sentido, Fernando Capez ensina que, uma vez existente condenação criminal, inviabiliza-se a absolvição ou o arquivamento de um processo de punição administrativa por falta de provas, isso se explica pois, apesar do exemplo abordar duas esferas independentes, a exigência de imposição da sanção criminal é bem maior do que a administrativa. Ainda nessa hipótese, caso o investigado seja absolvido criminalmente, tal absolvição há de beneficiar o sujeito perante a investigação interna que está passando.

1.2.1 Conceito de funcionário público no direito administrativo

Antes de adentrarmos na análise penal sobre o tema, é importante frisarmos a concepção de funcionalismo público para o direito administrativo, uma vez que o tema abordado estende-se do ramo do direito administrativo até o ramo do direito penal, já que, por se tratarem de crimes próprios, ou seja, crimes nos quais a consumação somente pode ser praticada por funcionários públicos.

Importante destacar, inicialmente, que a nossa Constituição Federal de 1988 não cita o termo “funcionário público”, trazendo em seu escopo expressões ora como “servidor público” (v.g. art. 37, VI, da Constituição Federal), ora como “agente público” (v.g. art. 37, §6º, da Constituição Federal). Quanto ao tema, explica Maria Sylvia Di Pietro:

A Constituição de 1988, na seção II do capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão “Servidores Públicos” para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas. É o que se infere dos dispositivos contidos nessa seção.

No entanto, na seção I, que contém disposições gerais concernentes à Administração Pública, contempla normas que abrangem todas as pessoas que prestam serviços à “Administração Pública Direta e Indireta”, o que inclui não só as autarquias e fundações públicas, como também as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado.

Na seção III, cuida dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Isso significa que “servidor público” é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Nenhuma vez a Constituição utiliza o vocábulo funcionário, o que não impede seja este mantido na legislação ordinária.¹⁶

Em termos técnicos, a doutrina administrativa prefere a utilização do termo “agentes públicos”, que engloba servidores públicos, empregados públicos, agentes políticos e particulares em colaboração com o Estado.

Ainda nesse escopo, cita-se Marcelo Alexandrino: “Considera-se agente público toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por meio de eleição,

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. P. 351

nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função.”¹⁷

A expressão “funcionário público” aparece da mesma forma na Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429, de 2 de junho de 1992), em seu artigo 2º, o qual dispõe abertamente:

[...] reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Ocorre, no entanto, que a terminologia “funcionário público” é a expressão mais comumente difundida na linguagem popular, sendo comumente associado ao “agente público” representado no direito administrativo. Inclusive, o termo é amplamente referido no Código Penal, sendo esse o motivo de sua abordagem no presente trabalho.

Entretantes, podemos compreender por funcionário público no Direito administrativo como toda pessoa física incumbida em exercer alguma atividade em prol do Estado e pessoas jurídicas que compõe a administração indireta. Quanto a essa concepção, nos lembra Damásio: “O que caracteriza a figura do funcionário público, permitindo distinção em relação aos outros servidores, é a titularidade de um cargo por lei, com especificação própria, em número determinado e pago pelos cofres da entidade estatal a que pertence.”¹⁸

Importante diferenciar, no entanto, a concepção de cargo público, de emprego público e de função pública.

Quanto a concepção de cargo, Celso Antônio Bandeira de Mello nos auxilia: “[...] cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente.”¹⁹ A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro complementa:

Com efeito, as várias competências previstas na Constituição, para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.²⁰

¹⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. *Curso de Direito Administrativo Descomplicado*. 16. ed. São Paulo: Editora Método, 2008. P. 116

¹⁸ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4. p. 101.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 417.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 427.

Emprego público, por sua vez, se distancia conceitualmente de cargo por seu regime de contratação. Para a contratação em um cargo público, é seguido o procedimento descrito no Estatuto dos Funcionários Públicos, respaldado nas leis 1.711 de 1952 e 8.112 de 1990 e possuindo vínculo estatutário. No entanto, tratando-se de emprego público, tanto o regime de contratação quanto as normas regentes do exercício da atividade pública são guiados nos ditames da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) por meio de vínculo contratual.

Por fim, tratando-se de função pública, elucida Di Pietro que esta pode ocorrer através de duas formas:

[...] a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para as quais não se exerce concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; e as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração.²¹

Ainda nesse diapasão, cabe o entendimento de Hely Lopes Meirelles sobre o assunto, abraçando as atividades executiva, legislativa e judiciária estatais: [...] função pública é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.”²²

1.2.2 Conceito de Funcionário Público do direito penal

Inobstante às definições aqui exploradas, cabe o breve detalhamento acerca da definição de funcionário público. De acordo com o disposto no art. 327 e 327-D, do Código Penal:

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.

§ 2º. A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

[...]

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 429.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 381.

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Podemos inferir dessa definição, que o funcionalismo público é um elemento caracterizado pela figura instituída de algum cargo público, criado por lei anterior, com uma própria especificação e em número previamente determinado, além de ser remunerado pelo Estado. Nessa definição, a investidura em emprego público para serviço temporário, e o próprio exercício de função pública (determinado pelas atribuições que a administração pública confere a cada categoria profissional) caracterizam o funcionário público.

Assim, temos por exemplo, que um jurado é considerado funcionário público para fins penais (definição essa que existe legalmente no código processual penal, em seu artigo 445: “O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados”) bem como o mesário eleitoral, advogado dativo e o próprio estagiário podem ser considerados funcionário público para efeitos penais.

Para a doutrina, o termo “funcionário público” é comumente associado como “agente público”, uma vez que este aborda um conceito mais abrangente dos sujeitos nas relações criminais da administração pública. Entende-se que agente público é como tal qualquer pessoa que exerça, a qualquer título, ainda que transitoriamente e sem remuneração, função pública, definição esta, que é pacífica na doutrina.

No âmbito da administração indireta, todos aqueles que desempenham funções empresariais em empresas públicas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e agências reguladoras são abrangidos pela definição do código penal.

Fernando Capez²³ subdivide os agentes públicos em quatro espécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes delegados e agentes honoríficos. O autor trata ainda que o funcionário público é apenas uma espécie do gênero “agente público”.

Guilherme de Souza Nucci²⁴ define ainda pessoas que podem se confundir com funcionários, ou agentes, públicos mas que não são, como, por exemplo: a) administrador judicial da massa falida; b) defensor dativo; c) administradores e médicos de hospitais privados

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

credenciados pelo governo; d) tutores e curadores; e) inventariantes; f) advogado, mesmo exercendo a função de representante classista ou remunerado por convênio público; e g) dirigente sindical.

Ainda, cabe ressaltar o disposto no 1º do artigo 327, o qual disciplina a figura de funcionário público por equiparação, o que auxilia na amplitude conceitual administrativa e na elasticidade da proteção do bem jurídico tutelado pela normativa penal, amparando, dessa forma, a moralidade e probidade administrativa, as quais são amplamente protegidas como objetos jurídicos dos crimes em estudo no escopo deste estudo.

Analisando tal conceito, é importante frisar que o termo “entidade paraestatal” gera discordância entre a doutrina, vez que ora é utilizado para designar o intitulado “terceiro setor”, referindo-se a entidades privadas e sem fins lucrativos que atuam ao lado do Estado na conquista de objetivos de caráter público, e ora é utilizado para se referir àquelas entidades da administração pública tidas como indiretas, tais como as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Assim, José dos Santos Carvalho Filho nos ensina:

O termo paraestatal tem formação híbrida, porque, enquanto o prefixo para é de origem grega, o vocábulo status é de origem latina. Paraestatal significa ao lado do Estado, paralelo ao Estado. Entidades paraestatais, desse modo, são aquelas pessoas jurídicas que atuam ao lado e em colaboração com o Estado. 24 Não obstante, vários são os sentidos que leis, doutrinadores e tribunais têm emprestado à expressão, o que não só deixa dúvidas ao intérprete quando com ela se depara, como também imprime indesejável imprecisão jurídica, que em nada contribui para a ciência do Direito. Há juristas que entendem serem entidades paraestatais aquelas que, tendo personalidade jurídica de direito privado (não incluídas, pois, as autarquias), recebem amparo oficial do Poder Público, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as entidades de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos), como o SESI, SENAI, SESC, SENAC etc. 25 Outros pensam exatamente o contrário: entidades paraestatais seriam as autarquias. 26 Alguns, a seu turno, só enquadram nessa categoria as pessoas colaboradoras que não se preordenam a fins lucrativos, estando excluídas, assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. 27 Para outros, ainda, paraestatais seriam as pessoas de direito privado integrantes da Administração Indireta, excluindo-se, por conseguinte, as autarquias, as fundações de direito público e os serviços sociais autônomos. 28 Por fim, já se considerou que na categoria se incluem além dos serviços sociais autônomos até mesmo as escolas oficializadas, os partidos políticos e os sindicatos, excluindo-se a administração indireta. 29 Na prática, tem-se encontrado, com frequência, o emprego da expressão empresas estatais, sendo nelas enquadradas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Há também autores que adotam o referido sentido. 30 Essa funda divergência acaba levando o estudioso, sem dúvida, a não empregar a expressão, por ser destituída de qualquer precisão jurídica. 31 Na verdade, justifica-se

integralmente essa posição. Com muito maior razão, não deveria utilizá-la a lei, como o faz, por exemplo, o art. 327, § 1º, do Código Penal, que considera funcionário público aquele que exerce função em entidade paraestatal. 32 Seja como for, a expressão, a nosso ver, e tendo em vista o seu significado, deveria abranger toda pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa, de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle. Estariam, pois, enquadradas como entidades paraestatais as pessoas da administração indireta e os serviços sociais autônomos. Na verdade, sequer as autarquias deveriam, a rigor, estar excluídas da categoria das paraestatais, como sustentam alguns estudiosos. A despeito de serem pessoas de direito público, não 7. 7.1. estão no interior (já que não são órgãos), mas sim ao lado do ente federativo, e, tanto quanto as demais entidades, estão sujeitas à vinculação estatal e desempenham funções do interesse do Estado, em perfeita sintonia com suas metas. Para uma compreensão lógica, em nosso entender, ou a pessoa caracteriza-se como estatal, se for integrante do próprio Estado, como é o caso das pessoas federativas, ou, não sendo assim, terá ela que qualificar-se como paraestatal, por atuar em direta colaboração com o Estado por força de vínculo jurídico formal.²⁵

Para fins deste estudo, podemos compreender como entidade paraestatal todos os serviços sociais autônomos, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil e todas aquelas entidades privadas que atuam com parceria estatal recebendo recursos públicos.

Com isso, podemos inferir que funcionário público é a pessoa física que exerce função pública, seja ela cargo de confiança, contratado, carreira e estagiário, com ou sem remuneração, que trabalhe não somente em empresa pública, mas qualquer empresa estatal ou paraestatal. Observando também aqueles que trabalham para empresa que apenas presta serviços, contratada ou conveniada para execução de atividade que outrora pertence à Administração Pública, tomemos o exemplo dos funcionários de empreiteiras que prestam serviço para as prefeituras, autarquias, fundações dentre outras, os quais são considerados funcionários públicos no exercício de sua função.

1.3 OS CRIMES FUNCIONAIS

Em regra, os crimes funcionais são aqueles que podem unicamente serem praticados por um grupo específico de pessoas, os chamados funcionários públicos, no exercício inerte de suas funções e atividades no Estado, podendo ser executado e consumado por concurso de

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018. P. 52

agentes ou dentro da individualidade do criminoso. Para Guilherme de Souza Nucci²⁶, tais crimes se subdividem em duas espécies, quais sejam: os crimes funcionais próprios e os crimes funcionais impróprios. Sobre tal classificação, ainda há na doutrina aqueles que chamem os crimes funcionais impróprios de mistos.

Podemos definir por crime próprio aquele em que o funcionário público é o único que tem o poder de praticá-lo, onde o elemento essencial do crime é a função pública do infrator, exemplo de tal infração seria o crime de Concussão, que será estudado futuramente. Nesses crimes, a necessidade de prévia existência de função pública é tamanha, que sua ausência caracteriza fato atípico ou irrelevante.

Já nos crimes impróprios ou mistos, qualquer pessoa possui o condão de praticar o crime, inclusive os funcionários públicos, tal como o crime de peculato-furto. Diferentemente dos crimes próprios, a inexistência de função pública não gera a caracterização de fato típico, uma vez que o crime pode ser substituído por outro cuja tipicidade seja similar, aproveitando o exemplo dado anteriormente, caso o funcionário tenha cometido tal delito fora de suas atribuições públicas, ou mediante uma exoneração, o crime de peculato seria alterado para o crime de apropriação indébita.

Ainda sobre tais classificações, cabem as precisas lições doutrinárias:

A seu turno, os crimes funcionais se dividem em próprios e impróprios. No primeiro caso, exige-se a presença da elementar “funcionário público”, sem a qual o fato se torna atípico. No segundo, trata-se de ilícito a priori tipificado como crime comum, tornando-se, todavia, delito funcional em razão da elementar especializante “funcionário público”. Exemplo do primeiro é o crime de prevaricação que, sem a presença de um funcionário público, torna-se um indiferente penal. Exemplo do segundo caso é justamente o crime de peculato – ora analisado – que, ante a ausência de um funcionário público como autor, coautor ou partícipe, nada mais seria, em termos gerais, do que uma hipótese de apropriação indébita (art. 168, do CP).²⁷

Aproveitando tais definições, o nosso Código Penal brasileiro aborda, em seu título XI, os crimes que podem unicamente ser praticados por funcionários públicos, os quais são: Peculato, peculato mediante erro de outrem, concussão, corrupção passiva, facilitação de contrabando ou descaminho, advocacia administrativa, extravio modificação ou alteração não

²⁶ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁷ JAPIASSU, Eduardo Carlos; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Editora Atlas, 2018.n.p. acessado em 9 de novembro de 2020 <https://books.google.com.br/books?id=tpY4DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false>

autorizada de sistema de informações, inserção de dados falsos em sistema de informações, abandono de função, sonegação ou inutilização de livro ou documento, violência arbitrária, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, prevaricação, condescendência criminosa, exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, violação de sigilo funcional e violação de sigilo de proposta de concorrência.

Ocorre, no entanto, que a mera classificação do sujeito como funcionário público não é suficiente para a consumação dos crimes funcionais, para Bitencourt:

Não basta que o sujeito passivo seja funcionário público (ou assistente deste), sendo indispensável que ele tenha competência para executar o ato que se quer impedir. Com efeito, pressupostos do crime de resistência são a qualidade ou condição do sujeito passivo — que deve, necessariamente, ser funcionário público competente — e a legalidade do ato funcional. Em termos bem esquemáticos, é necessário que o funcionário pratique ato legal e que este integre o âmbito de suas atribuições funcionais.²⁸

Porém, é de pouca importância a titularidade secundária ou primária do autor, vez que a competência efetiva e objetiva para realização do fato típico é fundamental.

Nesse contexto, se faz importante ressaltar que crimes próprios não são os únicos que podem ser considerados como próprios e impróprios, o código penal lista algumas classificações de crimes que podem ser considerados próprios e impróprios, os quais sempre demandam uma função ou atribuição especial do sujeito ativo no crime. Cito, por exemplo, os crimes omissivos próprios e impróprios, que atribuem uma gama de responsabilidades aos possíveis sujeitos ativos de tais fatos típicos (o crime de omissão de socorro, por exemplo, que atribui os deveres de prestar auxílio aos transeuntes ou responsáveis por uma criança que venha a sofrer um acidente).

No constante à imposição de penas punitivas, aos infratores penais que venham a praticar crimes contra a administração pública recaem as penas previstas no código penal, no entanto, a aplicação de tal sanção criminal não impede que demais sanções cíveis e/ou administrativas recaiam sobre o sujeito ativo, podendo este ser processado e púnico em qualquer uma das esferas, independentemente. Tal independência sugere que os infratores possam sofrer o acúmulo de sanções tanto penais quanto cíveis e administrativas.

As penas aplicadas nesses casos podem ser disciplinares, no âmbito administrativo, onde o infrator poderá sofrer a pena de demissão em certas circunstâncias; civil, quando couber

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

indenização sobre o dano ao patrimônio gerado e penal, tratando-se das penas restritivas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias.

Nesse âmbito, vale ainda destacar que existem causas aumentativas de pena em virtude da condição de agente público do sujeito criminoso, o artigo 327, § 2º, do Código Penal, dispõe:

A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

1.4 CONCURSO DE PESSOAS

Para o professor Guaracy Moreira Filho²⁹, “Concurso de pessoas é a vontade livre e consciente de duas ou mais pessoas participarem da mesma infração penal”. Os crimes praticados por meio de concurso de pessoas podem ocorrer por meio de coautoria, participação, concurso de delinquentes ou de agentes, dentre outras formas.

Diante de tal classificação, a doutrina apresenta três teorias sobre o concurso de pessoas: a teoria pluralista, que determina que, nos casos em que vários agentes praticam condutas diferentes mas objetivando o mesmo resultado, cada um responderá por um delito; a teoria unitária, que define que, em casos em que os agentes praticam diversas condutas e todas resultam no mesmo resultado, somente uma infração ocorre, logo somente responderão pelo mesmo tipo penal; e a teoria dualista, que opta por separar os coautores dos partícipes e puni-los separadamente pelos delitos cumpridos.

O Código Penal adota amplamente a teoria unitarista para a aplicação da legislação, mas também há casos em que a teoria dualista é encontrada em seu escopo, como nos crimes de corrupção passiva e ativa, previstos respectivamente nos artigos 317 e 333.

Quanto à caracterização do concurso de pessoas dentro dos crimes contra a Administração Pública, podemos aferir que a premissa adotada aos demais crimes do código penal se estende aos crimes abordados neste trabalho, com o adicional de que, para incorrer no concurso de pessoas para os crimes funcionais, os concorrentes devem necessariamente possuir conhecimento da especial de funcionário público do outro agente. Isso significa que agentes privados podem concorrer com agentes públicos para a consumação, ou a tentativa, do crime, basta ter conhecimento acerca da condição especial de funcionário público que o outro agente possuía.

²⁹ MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Riddel, 2010.

Caso o agente privado desconheça a condição especial do agente público, no caso de peculato, por exemplo, ensina Bitencourt:

Desconhecendo essa condição, o dolo do particular não abrange todos os elementos constitutivos do tipo, configurando-se o conhecido erro de tipo, que afasta a tipicidade da conduta. Responderá, no entanto, por outro crime, consoante o permissivo contido no art. 29, § 2º, do Código Penal, que abriga a chamada cooperação dolosamente distinta, autorizando-o a responder, em princípio, pelo crime de apropriação indébita, exatamente o crime que pretendia praticar, cuja pena cominada (1 a 4 anos de reclusão) é consideravelmente inferior à de peculato (2 a 12 anos de reclusão).³⁰

Nesse diapasão, ainda ensina Capez a existência da atipicidade absoluta e relativa:

Dispõe o art. 30 do Código Penal: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Pois bem. A condição de funcionário público constitui elementar nos crimes previstos no Capítulo I do Título XI. Ausente essa condição, o crime desaparece (atipicidade absoluta) ou se transforma em outro (atipicidade relativa). Essa elementar, por ter caráter pessoal, comunica-se ao coautor ou partícipe do crime. O particular, portanto, estranho à Administração Pública, que colabore de qualquer forma para o crime cometido por funcionário público, por exemplo, peculato, responderá por esse delito na qualidade de coautor ou partícipe, embora não detenha a qualidade especial de funcionário público. Obviamente o particular deve ter conhecimento dessa condição pessoal do coagente, isto é, o dolo deve abranger a elementar do tipo penal.³¹

Presente no artigo 30 mencionado acima, o princípio da comunicabilidade abordado pelo Código Penal determina que todos os participantes do delito cometido respondam igualmente pelo crime adotadas as condições de conhecimento da função de agente público por parte do agente privado partícipe no crime ou que não haja demais excludentes de culpabilidade ou ilicitude. Nessa linha, cabe ressaltar que, para o particular responder pelos mesmos crimes praticados pelo funcionário público, deve obedecer a duas regras fundamentais: a prática do crime em concurso com o agente público e o consequente conhecimento da condição de funcionário público do coautor (ou copartícipe).

Conclui-se logo, que caso nenhum dos coautores possua a função pública que o enquadre em crime funcional ou tenha ao menos a sabida condição análoga a essa atribuição, a possibilidade de enquadramento como crime funcional é excluída, mas não a possibilidade de enquadramento como crime comum, que é a situação asseverada pelo código penal. Para a caracterização de concurso de pessoas, inclusive, o funcionário público não precisa sequer se

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5. P. 756

³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

sujeitar a execução material do crime, podendo recorrer a facilitação da incorrência do fato típico, se configurando nesses casos, o concurso de agentes.

1.5 AÇÃO PENAL NOS CRIMES FUNCIONAIS

O procedimento aplicado a todos os crimes funcionais podem ser localizados no artigo 514 do Código Processual Penal:

Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de 15 dias.

Parágrafo único - Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Mesmo sendo este o procedimento aplicável para todos os crimes funcionais, cabe ressaltar que este se enquadra unicamente aos crimes afiançáveis, sendo terminantemente excluídos os crimes inafiançáveis. No contexto abordado, somente dois dos crimes praticados contra administração pública ficam de fora da concessão de fiança, quais sejam: o crime de excesso de exação, previsto no artigo 316 §1º do código penal e o crime de facilitação de contrabando ou descaminho, previsto no artigo 318 do mesmo texto legal. A restrição dessa atribuição existe pela vedação de concessão de fiança aos crimes cujas penas mínimas superem dois anos, que vem a ser o caso.

Seguido do oferecimento da denúncia, o procedimento segue o padrão das ações penais, em que o juiz determina a autuação e ordena a notificação do agente para apresentação de defesa no prazo restrito de quinze dias após o oferecimento de queixa ou denúncia. Cabe ressaltar que o desrespeito a este procedimento acarreta a nulidade de todo o processo, uma vez que tal atitude ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, quanto ao cabimento da resposta preliminar prevista no artigo supracitado, vale ressaltar a Súmula 330 do STJ: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial”.

Tal súmula gerou grande repercussão por gerar diversos debates quanto à observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, no entanto, ao entendimento do STF, a defesa preliminar apresentada no artigo 514 do Código de Processos Penais se torna dispensável, gerando, por sua ausência, apenas a nulidade relativa no processo. Quanto a isso:

A inobservância ao disposto no artigo 514 do CPP, para configurar nulidade, exige o protesto oportuno e a demonstração de prejuízo daí decorrente quando a acusação está supedaneada em inquérito (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso)” (Resp. 481.974/RJ, DJ de 20.10.2003 e ainda STF, RTJ 110/601).

E ainda:

Habeas Corpus – crime funcional afiançável – denúncia oferecida com fundamento em inquérito policial – ausência de notificação prévia (CPP, art. 514)– nulidade processual inócua – pedido indeferido – Revela-se indispensável a notificação prévia, para efeito de defesa preliminar (CPP, art. 514) nos casos em que a denúncia é apresentada com base em inquérito policial. Doutrina. Precedentes”. (HC n. 85.560/SP, j. 13.06.06, 2ª Turma).³²

2 OS PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 DO PECULATO

2.1.1 Conceito

Originado do Direito romano, o crime de peculato data de desde antes da monetização da Roma antiga, referindo-se, nesta época, aos delitos praticados por qualquer cidadão ou funcionário público que subtraísse ou desviasse para si bens primariamente estatais. Nomeado como *peculatos* ou *depeculatus*, este crime era caracterizado pelo desvio, subtração ou apropriação dos produtos de escambo praticados à época, sejam estes bois e carneiros (gado – do latim *pecus*) ou quaisquer outros bens que pudessem se equiparar a moeda. O valor desses animais era incomensurável dada a questão religiosa que os abordava, uma vez que estes eram comumente utilizados como sacrifícios, o que ressaltava ainda mais seus valores para o Estado.

Nesta época, as penas estabelecidas aos crimes de subtração de bens estatais eram habitualmente as de trabalhos forçados e sem remuneração que extrapolavam o prazo e chegavam até uma vida inteira beneficiando o Estado. Nesse contexto, chegou-se até mesmo a ser considerado como peculato quaisquer crimes de subtração ou desvio de recursos públicos que fosse fruto de fraude contra o erário ou contra a administração pública.

Persistindo na adoção de punibilidade, o crime de peculato chegou inclusive à idade média, agora atribuído não só as propriedades trocadas, mas a moeda também. A sobriedade das punições também se perpetuou, conforme o Estatuto de Florença, aquele que cometesse tal

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus n° 85.560/SP*. Relator: Min. Celso de Mello, DJE: 15/12/2006.

delito era sentenciado a ser amarrado a um cavalo e arrastado por toda a extensão da cidade, o que acabava levando diversos infratores a morte por contusão ou trauma.

Mais próximo a nossa atualidade, temos o Código de 1890 que passou a adotar o peculato como crime contra a boa ordem e administração pública prevendo-o em seu artigo 221 e punindo o infrator com “prisão celular por seis meses a quatro anos, perda do emprego e multa de 5 a 20 % da quantia ou valor dos efeitos apropriados, extraviados ou consumidos.” Estabelecendo a conduta típica do agente público como: “Subtrair, consumir ou extraviar, dinheiro, documento, efeitos, gêneros ou quaisquer bens pertencentes à fazenda pública, confiados à sua guarda ou administração ou à de outrem sobre quem exerça fiscalização em razão do ofício”.

Nos dias atuais, o peculato encontra-se previsto no artigo 312 do Código Penal:

Art. 312. 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:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º. Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Podemos observar da leitura do artigo que a apropriação de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, ou seu desvio visando benefício próprio ou alheio por funcionário público, é considerado peculato.

Portanto, obtemos duas hipóteses de peculato do artigo supracitado, a hipótese em que o funcionário se apropria do bem em virtude de seu cargo, agindo como se fosse seu proprietário (o chamado peculato-apropriação) e a hipótese do desvio do bem de propriedade estatal, pelo qual o agente altera o destino do bem que uma vez detinha posse visando benefício próprio ou de terceiros (denominado doutrinariamente por peculato-desvio).

Ainda há autores que definem o fato típico como peculato próprio, conforme elenca Capez:

O peculato próprio, na realidade, constitui uma apropriação indébita, só que praticada por funcionário público com violação do dever funcional. Aí reside o diferencial do crime em estudo. Antes de ser uma ação lesiva aos interesses

patrimoniais da Administração Pública, é principalmente uma ação que fere a moralidade administrativa, em virtude da quebra do dever funcional.³³

Guilherme de Souza Nucci³⁴ nos auxilia a analisar os verbos contidos no artigo, exemplificando as condutas de seu caput em: a) apropriar-se, que significa tomar como propriedade sua ou se apossar, sendo chamado peculato-apropriação; b) desviar, que significa alterar o destino ou desencaminhar, que é chamado de peculato-desvio.

2.1.2 Tipos de peculato

A partir de tal classificação, podemos tecer a tipificação do peculato conforme previsto no nosso Código Penal

Conforme elencado anteriormente, a doutrina considera a bifurcação de peculato próprio em dois subtipos, sendo eles o peculato-apropriação e o peculato-desvio. Peculato-apropriação apoia-se muito na ideia do crime de apropriação indébita, onde o agente passa a deter a posse do bem móvel de forma puramente legítima e passa a agir como se dele fosse seu verdadeiro proprietário, alienando-o ou consumindo-o sem o consentimento do verdadeiro proprietário (no caso do peculato, do Estado). Essa quebra de confiança provocada pelo agente público em detrimento de sua função é o diferencial do crime de peculato para o de apropriação indébita. O professor Guaracy Moreira Filho³⁵ cita os exemplos do “carcereiro que se apropria do relógio do preso sob sua guarda ou do chefe de posto de saúde que se apropria de remédios para uso em consultório particular.”

Peculato-desvio, previsto no mesmo caput do artigo 312 em “ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio” refere-se a conduta em que o agente público detém a posse do bem móvel e destina-o diferentemente ao destino final, agindo em seu próprio proveito ou de terceiros, o professor Guaracy Moreira complementa a explicação com o exemplo: “É emprestar, o funcionário, o dinheiro apreendido que está sob sua guarda ou desviar latas de leite em pó da escola pública para a casa de um amigo em seu proveito”. Existe, ainda, a hipótese em que o agente desvia o bem móvel em sua posse visando não próprio benefício, mas o benefício da Administração Pública, nessa hipótese, o agente não incorre no artigo 312, mas no 315 do Código Penal, respondendo pelo crime de irregularidade de verbas ou rendas públicas.

³³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁵ MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Riddel, 2010. p. 439.

Peculato-furto, ou peculato impróprio, previsto no §1º do artigo 312 destoa dos crimes elencados anteriormente, nele, o agente se resvale de sua condição de funcionário público para subtrair ou facilitar a subtração do bem. Nesse caso, a tentativa e a consumação ocorrem nos mesmos moldes do furto, já que o crime somente se distancia da classificação como comum por necessitar da função pública do agente, o qual precisa inclusive possuir a ciência sobre sua condição.

Peculato culposo: conforme prevê o §2º do mesmo artigo analisado, define que o agente que concorre culposamente para o crime de outrem será punido com pena de detenção de três meses a um ano. Nesse ponto, concorrer culposamente seria incorrer em imprudência, negligência ou imperícia, assim pode o funcionário público contribuir culposamente para o crime de apropriação indébita ou furto por um particular, como também pode auxiliar na prática de outros tipos de peculato. Nesses casos, é habitual que ocorram diversos furtos dentro das repartições públicas sem a participação do funcionário em si, fato esse que não chega a ser punível para o funcionário. Noronha³⁶ defende que também poderá haver culpa no caso de subtração praticada por estranho sem a colaboração de funcionário. Mirabete³⁷, no entanto, leciona mais acertadamente que o §2º há de ser interpretado conjuntamente com o caput e §1º referentes apenas a espécies de peculato, o que cabe no entendimento aplicado no código, em que não se admite participação culposa em crimes dolosos.

Ainda sobre o fato delituoso, cabe também a análise sobre o parágrafo terceiro do artigo 312, o qual adota em seu escopo uma possibilidade de arrependimento efetivo ou posterior:

Art. 312. [...]

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.”

Sobre a reparação do dano e a extinção de punibilidade, nos ensina Damásio:

Ocorrendo reparação do dano antes da sentença irrecorrível, extingue-se a punibilidade, prejudicando o disposto no art. 16 do CP (arrependimento posterior); se lhe é posterior, reduz-se de metade a pena imposta (§3º).

³⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4. p. 311.

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 3. p. 269-270.

A reparação do dano pode efetuar-se mediante restituição do objeto material ou pela indenização do valor correspondente. Pode ser promovida pelo sujeito ativo ou por terceiro em seu nome.³⁸

Dessa forma, podemos elucidar, conforme observado pelo doutrinador, que no caso do peculato culposo, o arrependimento eficaz pode gerar a extinção da punibilidade do crime, ou reduzir à metade sua pena, a depender exclusivamente do tempo em que a devida reparação ocorrerá.

No entanto, um aspecto polêmico sobre o arrependimento posterior no crime de peculato gira entorno da possibilidade de aquele ser configurado na modalidade dolosa do crime, uma vez que a conduta prescrita no *caput* do artigo 312 não admite a extinção de punibilidade prevista no artigo 16 do Código Penal.

Dessa forma, se faz relevante a interpretação do ministro Ribeiro Dantas sobre o tema:

HABEAS CORPUS. PECULATO-APROPRIAÇÃO. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. PECULATO CULPOSO. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REPARAÇÃO DO DANO. PEDIDO SUPERADO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MATÉRIA DE COGNIÇÃO DO JUÍZO DA CAUSA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito policial por meio do habeas corpus é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. 2. Não há que se falar em ausência de justa causa ou de atipicidade da conduta, se os atos supostamente praticados pelo recorrente se amoldam perfeitamente ao tipo descrito na 1.ª parte do art. 312 do Código Penal (peculato-apropriação), na medida em que há indícios razoáveis de que o acusado teria se apropriado da importância em espécie de R\$ 13.298,00, cuja posse ele detinha em razão do cargo de Delegado de Polícia Civil do Estado da Bahia. [...] 6. Afastada a hipótese de peculato na modalidade culposa, fica superada a pretensão de extinção da punibilidade pela reparação do dano, na medida em que o crime de peculato, em sua forma dolosa, não a admite, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa. 7. No peculato doloso, embora não seja possível a extinção da punibilidade, o ressarcimento do dano pode configurar o arrependimento posterior, se verificada a presença de seus requisitos. Porém, tratando-se de causa de diminuição de pena, deve ser analisada no momento oportuno, pelo juiz da causa, sob pena de supressão de instância. [...] (STJ - RHC: 120906 BA 2019/0350598-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de

³⁸ ESTEFAM, André; JESUS, Damásio de. *Direito Penal 4 -Parte especial -Crimes Contra a Fé Pública, Crimes Contra a Administração Pública (Arts. 289 A 359-H)*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

Julgamento: 16/06/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2020) – (grifei).³⁹

Outra categoria de peculato que cabe aqui um relevante estudo dentro artigo 312 é o peculato de uso, caracterizado pelo ato do funcionário público utilizar o bem móvel para uso próprio ou de outrem momentaneamente. Tal categoria não pode ser caracterizada como infração penal, no entanto, uma vez que o tipo objetivo do crime não se concretizou, já que o agente desvia o bem infungível apenas momentaneamente e retorna-o a posse do Estado.

Nas palavras de Bitencourt:

O peculato de uso, que se tipificaria pelo uso momentâneo do objeto material do peculato, o qual se encontra na posse do funcionário em razão do cargo, sem animus domini, e a devolve intacta após sua utilização, não configura crime. Em se tratando de Prefeito Municipal, contudo, conduta semelhante adequa-se à descrição típica constante do art. 1º, II, do Decreto-lei n. 201/67, que disciplina os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais. O natimorto Código Penal de 1969 acrescentava às atuais figuras a incriminação do peculato de uso, nos seguintes termos: “Usar, para fins alheios ao serviço, ou permitir que outrem, indevidamente, faça uso de veículos ou qualquer outra coisa infungível de não pequeno valor, que, pertencente à administração pública ou sob sua guarda, lhe tenha sido entregue em razão do cargo” (art. 346).⁴⁰

O professor Guaracy Moreira⁴¹ também cita em seu código comentado o peculato de uso, definindo que não se configura crime, no entanto, a utilização indevida de bem público pode aferir infração administrativa, a depender a atitude tomada pelo funcionário público, o professor ainda diferencia acertadamente o peculato de uso do peculato-desvio ao exemplificando o caso em que um funcionário público utiliza de veículo do Estado para levar seus filhos à escola ou fazer compras no supermercado, o que possui condão meramente temporário, não ocorrendo o peculato-desvio pela momentaneidade do ato praticado.

A seguir, passamos ao crime de peculato mediante erro de outrem. Disposto no artigo 313 do Código Penal, que retrata:

Art. 313. 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.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). RHC: 120906 BA 2019/0350598-0. Relator: Min. Ribeiro Dantas, DJE: 23/06/2020.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

⁴¹ MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Riddel, 2010. p. 411.

Chamado também de peculato estelionato, o crime decorre, conforme entende-se de sua alcunha, do erro de outrem que, mediante falsa percepção da realidade, entrega valor monetário ou qualquer utilidade ou lucro ao funcionário público que, a princípio não era autorizado a recebê-lo.

Podemos compreender por delituosa a conduta do agente público que, ao exercer seu cargo ou função, recebe, apropria-se ou retém, de forma indevida, em seu nome ou de terceiros, qualquer bem ou valor ao se aproveitar de erro alheio. O objeto jurídico tutelado pelo artigo é o mesmo em que se baseia a maioria da tipificação dos crimes contra a administração e a fé pública, ou seja, o prestígio e o normal funcionamento da Administração pública e o princípio da probidade que rege o funcionalismo público.

O ato delituoso de receber deve, necessariamente ocorrer no real e efetivo exercício da função pública, sem isso, o peculato por erro não ocorre. A doutrina prevê que o erro pode prover tanto da pessoa que provê a entrega, quanto sobre quem é devido, ou mesmo sobre o quanto é devido e sobre a obrigação de entregar.

Nessas hipóteses, cabe reafirmar que, para ser efetivamente considerado o peculato mediante erro de outrem, o erro deve incidir sobre a entrega, não o recebimento, de forma que, caso o agente não possua o conhecimento de que o recebimento não era destinado a ele, ou receba por engano, a tipicidade do caso não se configura.

2.2 DA CONCUSSÃO

2.2.1 Conceito e tipificação

Assim como o crime de peculato, a concussão (do latim *concutere* – verbo utilizado para referir-se ao ato de chacoalhar uma árvore a fim de obter seus frutos) possui sua origem desde o império romano, naquela época, no entanto, tal crime era configurado como uma infração civil destinada essencialmente a impedir que funcionários públicos de altos escalões, tais como juízes, advogados, oficiais do exército, entre outros, obtivessem qualquer bonificação ou remuneração pelos serviços prestados, os quais deveriam ser gratuitos, dada a natureza organizacional da sociedade romana à época.

Tal conduta, conforme dito, era primariamente considerada uma infração civil, mas passou a ser tratada como crime com o passar do tempo e do expandir do império romano,

sendo adotada a pena de furto para as infrações praticadas pelos funcionários públicos, que previa a restituição em dobro do valor ou do bem obtido ilicitamente.

Posteriormente, na idade média, a concussão era comumente confundida com o crime de corrupção, embora já fosse possível a repartição das condutas entre ambos os delitos, possuindo o crime de concussão a natureza de extorsão e o crime de corrupção a natureza meramente espontânea do interessado.

No entanto, a tipificação do crime de concussão só veio a ocorrer realmente no código penal francês de 1791, sofrendo grandes alterações em 1810 com o código napoleônico que, além da comentada tipificação, tratou do tipo penal, que viria a ser explorado em codificações futuras.

No Brasil, o crime de concussão foi abordado pela primeira vez em 1830 através do artigo 135 do Código Criminal da época, que elencava os tipos penais para ser caracterizado o fato típico. Por fim, com o Código de 1940, o ordenamento jurídico brasileiro aborda o crime em seu sucinto artigo 316: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

O conceito de concussão para a doutrina, conforme já mencionado anteriormente, deriva do latim *concutere* – o ato de chacoalhar uma árvore a fim de obter frutos. Tratando -se de um tipo de extorsão pelo qual o funcionário público abusa de sua autoridade a fim de obter para si ou para outrem algum tipo de vantagem indevida sobre terceiro, se valendo de exigência direta ou indireta para tanto que acaba cedendo por receio ou medo de futura represália por parte do agente público.

A concepção de Nelson Hungria⁴² quanto a concussão explicita a diferença entre a exigência direta e a indireta:

No seu tipo fundamental, a concussão consiste no fato de o funcionário público “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”, sendo-lhe cominada a pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, de dois mil a vinte mil cruzeiros (art. 3 16), Exigir é impor como obrigação ou reclamar imperiosamente. A exigência pode ser formulada diretamente, aviso aperto ou facie *ad fadem*, sob a ameaça explícita ou implícita de represálias (ímediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência.”

⁴² HU HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9. p. 359.

No delito analisado, o bem jurídico tutelado pelo legislador é a moralidade e probidade da Administração Pública além do patrimônio do atingido pelo crime, Mirabete e Fabbrini pontuam perfeitamente sobre esse assunto:

[...] objetiva a incriminação do fato tutelar a regularidade da administração, no que tange à probidade dos seus funcionários, ao legítimo uso da qualidade e da função por eles exercida. Em plano secundário, protegido está também o interesse patrimonial de particular, ou mesmo de funcionário, de quem é exigida a vantagem.⁴³

Quanto a tipicidade objetiva do fato típico, o legislador se resvale do verbo “exigir”, portanto, a conduta necessariamente precisa do “chacoalhar da árvore”, necessita que a conduta seja adotada pelo agente público perante particular, que se dobra a vontade do infrator por receio de retaliação. Tal conduta, no entanto, pode ser explícita, caso o funcionário público exija abertamente vantagem, ou implícita, fazendo o agente, de forma velada ou subtendida, respaldar-se de seu cargo a fim de fazer com que a vítima entenda a exigência da contribuição pretendida.

Cabe aqui uma diferenciação entre o crime de concussão e o de corrupção passiva, uma vez que, conforme explicado, o primeiro exige a vantagem indevida, ainda que de forma direta ou indireta, já na corrupção, o agente apenas deixa subentendido suas intenções, sem exigir, em momento algum que lhe seja conferida vantagem ou contribuição

Por ser um crime formal e unissubsistente, a concussão se consuma no momento da exigência, independente do recebimento ou não da vantagem exigida., dessa forma, é evidente que não se cabe tentativa nesses casos, ainda que haja devolução ou mesmo o agente sequer perceba a vantagem exigida ou venha a receber posteriormente, conforme elucida o STF (RTJ 71/651).

2.2.2 Excesso de exação

O parágrafo primeiro do artigo 316 destoa razoavelmente do resto do ordenamento do Código Penal, nele o tipo fundamental de um crime está previsto em um parágrafo, ao invés dos demais crimes do código em que o tipo fundamental é abordado diretamente no *caput* e as características aumentativas ou diminutivas à pena são descritos nos parágrafos.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 3.

Assim, o tipo penal do excesso de exação se configura como uma figura autônoma, destoando do crime de Concussão por sua tipificação. O crime ocorre "[...] se o funcionário público exige tributo ou contribuição que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza". Ou seja, o funcionário público exige o pagamento de contribuição social ou tributo indevido visando o benefício da Administração Pública ou se utiliza de meios vexatórios ou gravosos para cobrar a vítima. O crime destoa da concussão nesse ponto, pois nela, o agente exige vantagem indevida, sem qualquer nexos com tributos ou contribuições, visando proveito próprio ou de terceiros.

Importante destacar aqui, que a doutrina considera que a consumação deste crime pode ocorrer em duas situações específicas e desprovidas de possibilidade de tentativa, uma para a primeira conduta descrita no parágrafo, de exigir, aonde o crime se consuma no momento em que o funcionário público exige o pagamento de tributo indevido. A outra possibilidade de consumação ocorre quando o funcionário público se utiliza de meio vexatório ou gravoso para obter a quitação do tributo ou contribuição, sendo o crime consumado quando o agente utiliza o meio vexatório ou gravoso.

Mais algumas diferenciações que valem destaque quanto ao crime em análise são o objeto jurídico e material deste. Assim como no crime de concussão, o objeto jurídico tutelado é a probidade administrativa, mas o patrimônio que o legislador visa tutelar é o patrimônio do Estado, ao invés do patrimônio do particular, como é o crime de concussão. Já quanto ao objeto material, a diferença é maior ainda, sendo que no crime em apreço é o tributo ou a contribuição social⁴⁴ são os objetos tutelados, diferentemente da concussão, cujo objeto material é a vantagem indevida.

As demais características do fato típico, tal como os sujeitos passivo e ativo e classificação doutrinária são idênticos ao crime de concussão, ou seja, o excesso de exação é um crime próprio, formal ou de mera conduta, unissubsistente, comissivo, doloso, unissubjetivo, unissubsistente, transeunte, de forma livre, de dano e que não admite tentativa cujos sujeitos ativos podem unicamente ser funcionários públicos (apesar se admitir participação de terceiros, dada as circunstâncias de caráter pessoal da prática do delito) e os sujeitos passivos são o Estado e a pessoa diretamente prejudicada pelo crime.

⁴⁴ (1) tributo - "é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada [...] Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria" (CTN, Lei 5.172/1966, arts. 3º e 5º); (2) contribuição social - de competência da União (CF, arts. 149 e 195)

Por último, cabe levantar a situação prevista no parágrafo segundo do artigo 316 que aborda uma mescla dos tipos objetivos dos dois crimes citados neste capítulo, o intitulado excesso de exação qualificado.

Para nos auxiliar com o entendimento quanto essa categoria de excesso de exação, cabe o julgado do TJPA:

APELAÇÃO. COBRANÇA JUNTO A COMERCIANTES DE SUPOSTAS TAXAS DEVIDAS À FAZENDA ESTADUAL. APROPRIAÇÃO DOS VALORES ARRECADADOS. SERVIDOR PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO DE EXCESSO DE EXAÇÃO QUALIFICADA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REGRAS DE APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I Confirma-se a condenação, por delito de excesso de exação, do servidor da Secretaria de Estado da Fazenda, investido no cargo de auxiliar de administração, que arrecada junto aos comerciantes de Municípios do interior supostas taxas pelo exercício da atividade, apropriando-se do produto da arrecadação. II As tentativas de minimizar seus atos somente servem para tornar ainda mais evidente sua consciência de que realizava atos ilegais, o que é corroborado pelos depoimentos dos comerciantes vitimados pelo golpe e pelo policial civil que realizou a prisão em flagrante, descrevendo em detalhes toda a missão, que se originou em informações da própria fazenda estadual. III O tipo de excesso de exação se configura quando o funcionário recebe o pagamento de tributo indevido porque não instituído por lei; quando o pagamento é devido, mas o agente realiza a cobrança de forma a constringer moralmente o contribuinte; e quando o agente recebe o pagamento de um tributo que é devido, mas ao invés de recolher ao fisco, detém para si o valor. Nestes autos, o apelante incorreu na primeira modalidade, porque se aproveitava da ignorância ou da sagacidade das vítimas, neste caso por acreditarem pagar valores inferiores ao realmente devido. IV Ao alterar a redação do art. 316 do [Código Penal](#), a Lei n. 8.137, de 1990, promoveu uma aberração jurídica, na medida em que a modalidade mais gravosa aquela na qual o agente se apropria dos valores recebidos indevidamente ficou com uma pena mínima cominada inferior à da forma simples. Em respeito ao princípio da proporcionalidade, deve-se assegurar a aplicação benéfica da lei. V A sentença incorreu em erro gravíssimo quando, após condenar o apelante a quatro anos de reclusão, substituiu esta pena por uma única restritiva de direitos, em violação ao art. 44, § 2º, do [Código Penal](#), recrudescendo o erro ao fixar a prestação de serviços à comunidade por apenas dois anos, eis que as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade pelo tempo da condenação. VI Recurso improvido. Decisão unânime.

(TJ-PA - APL: 200730078729 PA 2007300-78729, Relator: JOAO JOSE DA SILVA MAROJA, Data de Julgamento: 16/12/2008, Data de Publicação: 19/12/2008).⁴⁵

⁴⁵ PARÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Pará. APL 200730078729 PA 2007300-78729. Relator: João José da Silva Maroja, DJE: 19/12/2008.

Dessa forma, podemos observar que o dolo específico de obter em proveito próprio ou de terceiro é um requisito para a classificação desse crime, sendo esse consumado no momento em que o desvio ocorre, não podendo ser caracterizada tentativa para a doutrina, uma vez que, “se desvia tem a posse do tributo indevido, logo não há tentativa.”⁴⁶ Ensina o professor Delmanto também, que o desvio precisa ser antes do recolhimento ao tesouro público, senão poderá caracterizar peculato (art. 321 CP)⁴⁷

2.3 DA PREVARICAÇÃO

2.3.1 Conceito e tipificação

Assim como os demais crimes abordados neste trabalho, a prevaricação deriva desde o direito romano, a palavra prevaricação possui a origem latina *prevaricatio* (alguém cujas pernas são tortas ou cambaias). Etimologicamente, *praevaricator* significa “andar de forma oblíqua ou desviando-se do caminho correto”.

Para os romanos, o ato de prevaricar era comumente associado ao conceito de patrocínio infiel, o qual permaneceu até o período medieval onde sofreu uma ampliação a fim de encaixar a conduta àquele “infiel ao próprio cargo”, que descumprisse com sua função e dever inerente ao ofício.

Com o surgimento dos primeiros códigos penais elaborados, alguns códigos penais abordaram o conceito romano mais restrito, enquanto a maioria dos demais mantiveram a noção ampliada do conceito de prevaricação desenvolvida na época medieval, tal como o código francês de 1810 e o código Sardo de 1859.

O crime veio a ser abordado aqui no Brasil junto com o código penal do império de 1830, onde era tratado como uma série de violações de deveres praticados por funcionários públicos, “por afeição, ódio ou contemplação, ou para promover interesse pessoal seu” (art. 129). Posteriormente, no código de 1890, o crime seguiu com a mesma definição de seu predecessor, mas estendeu-se tanto ao advogado ou procurador do crime diversas outras infrações.

Por fim, temos presente no atual Código Penal que dispõe:

⁴⁶ MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Riddel, 2010. p. 448.

⁴⁷ DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

A partir da leitura do artigo, podemos extrair que a conduta tipificada é o ato de **retardar, deixar de praticar** ou **praticar** indevidamente ato de ofício visando a satisfação de seu próprio interesse ou sentimento pessoal.

Para Noronha, prevaricação é:

[...] a infidelidade ao dever do ofício, à função exercida. É o não-cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse ou sentimento próprios. Nossa lei compreende a omissão de ato funcional, o retardamento e a prática, sempre contrários à disposição legal. O objeto jurídico é o interesse da administração pública que não se compadece com o proceder do funcionário que não cumpre seus deveres com o fito de satisfazer a objetivos pessoais, prejudicando o desenvolvimento normal e regular daquela atividade. Já não se trata de coibir a venda do ato ou conduta, como na corrupção, mas de impedir procedimento que molesta ou ofende aquele bem jurídico, sendo do mesmo modo impelido o funcionário por objetivos pessoais.⁴⁸

Dessa forma, podemos elencar a diferenciação necessária entre o ato de retardar e deixar de praticar. Dentro do verbo retardar, podemos entender como inserir a conduta daquele que atrasa, mas ainda pode fazer de forma tardia, atrasada. Já a conduta de deixar de praticar pressupõe não ser mais possível praticar o ato em razão de alguma circunstância, seja por intempestividade, superação da situação por outra ou qualquer outra razão.

Ainda nesse escopo, podemos analisar a conduta de praticar ato contra disposição expressa em lei, conforme se entende, o verbo especifica uma conduta comissiva que pode ser entendida como executar ato de ofício contrariamente ao disposto em lei.

Para Hungria, na modalidade retardar a consumação se dá com o fim do prazo estabelecido para a prática do ato ou com a perda da oportunidade para a prática útil do ato. Na modalidade deixar de praticar a consumação ocorre com o fim do prazo estabelecido, e, no praticar, com a finalização do ato.⁴⁹

Como do disposto no artigo constam três tipos de condutas distintas, é correto afirmar que, classificando-os doutrinariamente, o crime é omissivo ou comissivo, à depender da conduta praticada pelo agente, bem como também é próprio, formal, de ação múltipla, necessariamente doloso, possui forma livre, é instantâneo, unissubsistente e unissubjetivo,

⁴⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4. p. 257.

⁴⁹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

motivos esses que elucidam que sua consumação ocorre no momento em que o ato é praticado, não cabendo aqui qualquer tentativa, assim como nos crimes de Peculato e Concussão abordados anteriormente

Ponto relevante a essa análise, refere-se ao objetivo do infrator, diferentemente dos crimes analisados anteriormente, cujos infratores precisam visar algum benefício para si ou terceiros (ou para o Estado, no caso do crime de concussão), no caso do crime de prevaricação, o criminoso objetiva somente a satisfação de seu interesse ou sentimento pessoal. O professor Guaracy Moreira auxilia na caracterização das condutas:

Interesse pessoal é a busca de uma vantagem pelo funcionário, seja ela patrimonial, material ou moral. Sentimento pessoal é o amor, a simpatia, a piedade, o ódio, o desejo de vingança, a subserviência etc. Para a configuração do delito, portanto, é necessário que o agente tenha agido com o propósito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, sem o que a conduta será atípica.⁵⁰

Também cabe o posicionamento de Nucci sobre tal diferenciação:

[...] interesse pessoal é qualquer proveito, ganho ou vantagem auferido pelo agente, não necessariamente de natureza econômica. Aliás, sobre o assunto, dizem ANTONIO PAGLIARO e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR que o interesse não deve ser de ordem econômica, pois isso iria configurar a corrupção passiva (Dos crimes contra a Administração Pública, p. 138). Sentimento pessoal é a disposição afetiva do agente em relação a algum bem ou valor. O funcionário que, pretendendo fazer um favor a alguém, retarda ato de ofício, age com “interesse pessoal”; se fizer o mesmo para se vingar de um inimigo, age com “sentimento pessoal”.⁵¹

Importante destacar dessa caracterização, que o crime tão somente depende da intenção do agente, que a ausência deste caracteriza a atipicidade da conduta, portanto casos cuja omissão ocorre em virtude de erro do funcionário público, por negligência, dúvida ou excesso de serviço, não é possível enquadrar a prevaricação. Portanto, é correto discernir que, para a caracterização do crime de Prevaricação, o agente precisa incorrer no dolo genérico e no específico, ou seja, precisa possuir a deliberada vontade de retardar, omitir ou praticar indevidamente o ato de ofício e que seja constatada a decorrência do crime para satisfação de interesse ou sentimento pessoal do agente.

⁵⁰ MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Riddel, 2010. p. 453.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

2.3.2 Prevaricação imprópria

Presente no artigo 319-A, o chamado crime de prevaricação imprópria, ou prevaricação especial consiste em:

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:
Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Inserido pela Lei nº 11.466, de 2007, o artigo aborda uma tipificação bem específica quanto às condutas praticadas tanto pelo diretor de penitenciária quanto por funcionário público que lá trabalhe. Chamado de prevaricação imprópria, o crime destoa brevemente das características do fato típico abordado anteriormente, uma vez que em seu escopo, a necessidade de satisfação pessoal do agente deixa de ser um requisito. Também se faz importante ressaltar que a mesma lei que acrescentou o artigo no código penal também faz alterações no artigo 50 da lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), acrescentando ao artigo o inciso VII, o qual passou a considerar a posse, utilização ou fornecimento do aparelho telefônico como falta grave.

Outra característica importante sobre esse crime, é o objeto material tutelado, o qual especificamente legisla sobre os aparelhos telefônicos, de rádio ou similar. O legislador abrangeu especificamente esse escopo para sanar os problemas de comunicação de presos com o mundo exterior ou mesmo com outros presos. Esse tipo penal veio a ser abordado justamente na época de abertura do mercado telefônico no Brasil, período em que muitos presos adquiriam indevidamente telefones celulares, o que acabou fazendo com que diversas fugas, rebeliões, roubos, mortes e ataques à instituições públicas fossem planejadas e executadas, ocasionando grande pressão ao judiciário para legislar e proibir o uso desses aparelhos dentro dos complexos penitenciários.

A doutrina classifica esse tipo de crime como próprio, omissivo, de perigo, de forma livre, instantâneo, unissubjetivo, unissubsistente e doloso. Sendo um crime praticado somente por funcionários públicos ligados à rede carcerária, a infração deste artigo necessita especificamente o dolo genérico do funcionário público que consiste em deixar deliberadamente a entrada de objetos materiais que possibilitem a comunicação com o ambiente externo ou entre os próprios presos.

Por fim, cabe elencar que, uma vez que o crime exige o dolo específico, sua consumação ocorre quando a omissão acontecer, ou seja, quando o agente público possibilita o acesso do preso ao aparelho de comunicação. O crime se consuma independentemente do acesso do prisioneiro ao aparelho de comunicação, basta que a facilitação ou a omissão ocorra para que o crime seja consumado. Logo, como o fato típico é consumado com uma simples ação omissiva, não cabe tentativa. Como afirma o professor Guaracy: “Ou o agente se omite deixando de cumprir seu dever legal e o crime se consuma, ou não se omite e o fato é um indiferente penal.”⁵²

⁵² MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Riddel, 2010. p. 455.

CONCLUSÃO

Após realizar essa pesquisa através de uma amplitude de fontes informativas, dentre vários sites de jurisprudência, consultas doutrinárias, artigos científicos e outras fontes, pude concluir o trabalho a partir das premissas históricas presentes no encaixe jurídico dos crimes contra a administração pública.

Este trabalho iniciou-se com a análise do estudo criminológico, passando pela origem do termo “criminologia” e do estudo os crimes com o passar dos anos, tratando desde sua origem etimológica e histórica, com os estudos de Lombroso e da escola determinista com sua intitulada “antropologia criminal” e chegando até os grandes debates dos congressos, responsáveis pelo amplo destaque que as teorias obtiveram.

Após tal ligação histórica, o trabalho foca no estudo dos crimes no Brasil, trazendo em seu escopo pontos relevantes para o debate entre a origem da criminologia brasileira, como a cronologia entre citações e obras historicamente relacionadas ao livro “*L’Uomo Delinquente*” de Lombroso.

Então, o estudo se volta para a caracterização de administração pública e a proteção penal implicada a ela no decorrer da história brasileira, levantando pontos relevantes à esse escopo, tais como a progressão histórica das proteções à administração pública originários desde o século XIV, com o descobrimento do país, que sofreu diversas alterações, tais como a outorga da nossa primeira carta constitucional e a proclamação da república junto com o código penal de 1890, que culminou na criação do Código Penal Brasileiro de 1940 e a inclusão dos capítulos “Dos crimes contra as finanças públicas” e “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira” em seu escopo, que não permaneceu intacto até a atualidade, sofrendo diversas alterações com o passar dos anos. Alterações que valem destaque são a inclusão do título XI com os capítulos “I – Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral; capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, e; capítulo III – Dos crimes contra a administração da justiça.” E o acréscimo dos artigos 359- A, B, C, D, E, F, G, e H ao texto legal, assim como a inclusão do capítulo II-A “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, tipificados nos artigos 337-B, C e D.

A obra avança elucidando o conceito de administração pública brasileiro, trazendo em destaque a conceitualização de Magalhães Noronha e Draft sobre o tema para aprofundar-se na contextualização penal de administração pública e a importância da preservação da égide moral

dos administradores a fim de ser preservado o bem estar coletivo. O texto ainda elucida a extensão do âmbito punitivo aos crimes praticados pelos funcionários públicos, que pode chegar ao ramo administrativo do direito, incorrendo sua amplitude até as punições administrativas, mas não aprofundando-se em seu escopo, uma vez que este não é o foco do estudo.

Em seguida, a pesquisa avança para a contextualização do funcionalismo público brasileiro dentro da contextualização administrativa, abordando seu amplo conceito desde sua abordagem na constituição, trazendo abordagens doutrinárias sobre a preferência da utilização do termo “agente público” dentro da conceitualização administrativa. Ainda, é possível extrair do trabalho a necessária diferenciação entre cargo público, emprego e função pública, sendo concluído que cargo é a denominação mais enxuta das atribuições simples que um agente pode exercer; emprego é aquele cujo agente público é imbuído de suas atribuições por meio do regime de contratação guiado pela CLT e função pública são as atribuições elencadas a cada categoria profissional para execução de eventuais serviços públicos.

Nessa linha lógica, também é abordado a concepção do funcionalismo público para o direito penal. O trabalho utiliza o conceito trazido pelo artigo 327 e elenca como funcionário público como a “figura instituída de algum cargo público, criado por lei anterior, com uma própria especificação e em número previamente determinado, além de ser remunerado pelo Estado”, avançando mediante a utilização de exemplos para auxiliar na caracterização conspícua de funcionário público. Ainda nesse tema, relevante ressaltar as observações doutrinárias que são abordadas neste, tal como a diferenciação de funcionário de agente público, as subdivisões de Capez quanto aos agentes públicos e a caracterização de Nucci quanto as pessoas que podem, mas não devem confundir-se com agentes ou funcionários públicos. Ainda, a obra aborda um ponto muito relevante quanto a discussão de conceito de funcionalismo público, que é a classificação do funcionário das chamadas “entidades paraestatais”, abordando a concepção de José dos Santos Carvalho Filho para atualizar a concepção geral de funcionário público.

O trabalho também elenca a caracterização de crime funcional, explicando seu conceito para o direito penal e exemplificando a caracterização de crimes próprios e impróprios ou mistos. Nessa mesma linha de raciocínio, traz pontos importantes ao exemplificar que a classificação de crime próprio nos crimes contra a administração pública não se configura meramente diante da configuração do agente como funcionário público, sendo necessário observar sua competência para a execução do ato delituoso. Exemplo de tal competência

exclusiva, é o crime de prevaricação imprópria, cujo fato típico somente pode ser praticado por diretor de penitenciária ou agente público que lá trabalhe.

Importante destacar os aspectos processuais levantados na obra, uma vez que se enfatiza a abrangência do Código Processual Penal para a aplicação das penas previstas nos artigos abordados, podemos elencar tais aspectos nos dois tópicos que seguem o estudo, os quais tratam, respectivamente do concurso de pessoas, tratando de seu conceito, a apresentação das três principais teorias doutrinárias para a caracterização do concurso (a teoria pluralista, unitária e dualista) e as possibilidades adotadas pela legislação para a caracterização do concurso de pessoas entre os crimes praticados por funcionários públicos. O outro tópico abordado na obra é a ação penal nos crimes funcionais, nesse tópico é apresentado o procedimento de abertura do inquérito e do processo penal para investigação e julgamento do crime, trazendo um relevante posicionamento do STJ sobre a resposta preliminar prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal.

Então a obra se respalda na análise dos crimes de Peculato, Concussão e Prevaricação, abordando os aspectos principais de cada crime, bem como suas classificações doutrinárias e suas ramificações codificadas.

Iniciando pela análise do crime de peculato, a obra aborda tanto seu conceito previsto legalmente, quanto sua previsão legal. Partindo de uma análise histórica quanto aos primeiros registros de tipificação do crime desde o direito romano e avançando até sua caracterização nos dias atuais, aonde caracteriza e divide o peculato previsto no artigo 312 em dois, o peculato apropriação e o peculato desvio. Ainda nesse capítulo, a obra avança para as subdivisões do peculato, caracterizando detalhadamente as demais ramificações do crime que consistem no peculato-furto, peculato culposo e peculato de uso, trazendo amplos posicionamentos doutrinários sobre as divisões citadas.

Em seguida, a obra passa ao estudo do crime de concussão, consistido no ato de “chacoalhar uma árvore a fim de obter frutos”. Tratando -se de um tipo de extorsão pelo qual o funcionário público abusa de sua autoridade a fim de obter para si ou para outrem algum tipo de vantagem indevida sobre terceiro, se valendo de exigência direta ou indireta para tanto que acaba cedendo por receio ou medo de futura represália por parte do agente público. A análise trata do crime a partir da visão doutrinária, abordando a tipicidade objetiva deste, sua diferenciação quanto ao crime de concussão e corrupção passiva e, por abordar doutrinariamente o fato típico, sua classificação doutrinária. Nesse escopo, o trabalho ainda aborda o crime de excesso de exação, previsto no artigo 316 do Código Penal, explicando sua

configuração, possibilidades de consumação, diferenças e semelhanças com o crime de concussão e classificação doutrinária, trazendo um relevante posicionamento jurisprudencial quanto a seu dolo específico.

Por fim, a obra passa para a análise do crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, explicitando a conduta típica prevista no crime e a necessária diferenciação entre o ato de retardar, deixar de praticar e praticar ato contra disposição expressa em lei, elucidando o relevante aspecto deste crime que é a objetivação do infrator em satisfazer seu próprio interesse, não necessitando unicamente visar algum benefício para si ou terceiro. Dentro dessa mesma análise, o capítulo se encerra com a tipificação presente no artigo 319-A, abordando o crime de prevaricação imprópria e a influência da realidade dos presídios para a inserção da tipicidade do artigo a fim de ser punido o diretor de penitenciária ou agente público que lá trabalhe e facilitara entrada de aparelhos que possibilitem a comunicação dos presos com o exterior.

Do exposto, podemos extrair que as tipificações dos crimes contribuem para a prevenção ou a devida punição dos tipos mais comuns de crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública, um exemplo da necessidade de tal tipificação é o caso da Lei 11.466/2007 que atendeu às demandas da realidade ao inserir o tipo penal conhecido como prevaricação imprópria a fim de evitar com que os aparelhos telefônicos entrassem nos complexos carcerários pela facilitação de seus funcionários. Portanto, pode-se sugerir ao legislador que continue atendendo à realidade atualizando e adaptando ao código novas leis que contribuam com a prevenção dos crimes contra a administração pública.

Assim, podemos concluir que as análises constantes neste trabalho auxiliam no entendimento aprofundado dos crimes em si, assim como podem auxiliar aqueles que buscam aprender mais sobre o tema, bem como contribuir para eventuais trabalhos acadêmicos que visem o estudo dos crimes contra a administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Curso de Direito Administrativo Descomplicado*. 16. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002.

ARAÚJO, João Vieira de. *Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil*. Recife: Tipografia do Jornal do Recife, 1884.

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos e Fundamentos do Direito de Punir*. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & Cia, 1926 [1884].

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRARA, Sérgio Luis. "A Sciencia e Doutrina da Identificação no Brasil' ou do Controle do Eu no Templo da Técnica". *Boletim do Museu Nacional*, n. 50, p. 1-28, 1984.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na Belle Époque: A Medicalização do Crime*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

DRAFT, Richard L. *Administração*. São Paulo: Cengage Learning, 2010

ESTEFAM, André; JESUS, Damásio de. *Direito Penal 4 -Parte especial -Crimes Contra a Fé Pública, Crimes Contra a Administração Pública (Arts. 289 A 359-H)*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

JAPIASSU, Eduardo Carlos; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 3.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Riddel, 2010.

MUCCHIELLI, Laurent. *La Découverte du Social: Naissance de la Sociologie en France*. Paris: Éditions de la Découverte, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEIXOTO, A. *Criminologia*, 4ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953.

PRADEL, Jean. *Histoire des Doctrines Pénales*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991

RICHARD, Gaston. (1897), "Sociologie Criminelle". *L'Année Sociologique* –Première Année,

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Luan Cesar Apolinário Spada

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3166927-1, Período Noturno, Turma T, tendo realizado o TCC com o título: os principais crimes contra a administração pública: uma análise dos crimes de peculato, concussão e prevaricação sob a orientação do(a) professor(a): Guaracy Moreira Filho declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 09 de Novembro de 2020.



Assinatura do discente