



PECULATO CULPOSO: DESLEGITIMAÇÃO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PENAL E ATUAÇÃO SATISFATÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DA AÇÃO CÍVEL DE IMPROBIDADE

Paula Gomes da Costa Cavalcanti*

Felipe Kleber Vieira de Andrade**

RESUMO

O presente artigo científico tem o visio precípua de demonstrar a deslegitimidade jurídico-constitucional da criminalização da figura típica do peculato culposo, estatuído no Código Penal no preceptivo de número 312, Parágrafo Único. Para tanto, utilizam-se: (i) uma concepção de direito penal contemporânea minimalista materializada, sobretudo em seu caráter *ultima ratio*; (ii) a atuação satisfatória do direito administrativo e civil pelos mecanismos internos e ação de improbidade administrativa que tutelam o mesmo bem jurídico-penal. Conclui-se, ao final, com base nos aportes da doutrina penal e constitucional e em importantes julgados pela ilegitimidade do processo e propriamente da punição aplicadas pelo direito criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Peculato culposo. Deslegitimação. Direito Penal *Ultima Ratio*.

Considere-se! – Quem é castigado já não é aquele que realizou o ato. Ele é sempre o bode expiatório. (Nietzsche)

1 INTRODUÇÃO

Na pesquisa realizada em 2013 pelo *Transparency International*, organização não-governamental dedicada ao combate à corrupção, diagnosticou-se que 70% dos brasileiros considera a corrupção um gravíssimo problema do setor público nacional. Há, de fato, uma percepção geral de que a corrupção, em sentido vulgar, ou os ilícitos contra a administração

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. paula.gcc@outlook.com

** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. felipekebler_14@hotmail.com

pública, em termos jurídicos, deterioram a vida política e econômica, pública e privada no Brasil, inviabilizando a coesão social e o exercício da democracia.

Esse descrédito entre os brasileiros reflete a perda de legitimidade das instituições públicas e como aponta Simon Schwartzman:

Quando essa legitimidade não existe, a autoridade só pode se exercer seja pelo autoritarismo e violência, seja pelo uso da corrupção, através do cooptação de aliados e eleitores; e, mais frequentemente, por alguma combinação de ambos (SCHWARTZMAN, 2008, p.3).

Assim, os regimes autoritários favorecem os ilícitos contra a administração pública e os regimes corrompidos fomentam, a fim de conservar suas práticas, o autoritarismo. No Brasil constitucional-democrático, tal sorte de ilícito é justamente esse canal de reavivamento do autoritarismo e elitismo exercidos historicamente pelo poder público pátrio.

Para além, a violação à administração pública é um tema global e está intimamente ligada ao fenômeno de debilitamento das instituições cuidadoras do bem comum, cujo protagonista dessa tragédia capitalista globalizante é o Estado – que acaba por desmanchar-se em uma soma de interesses meramente particulares e financeiros. Nesse contexto, as referidas violações se alimentam, sobretudo, da inevitável perda de confiança das pessoas nas instituições e valores coletivos.

Com tal visão crítica do Direito, reconhece-se seu caráter essencialmente político e se atribui, no presente estudo, ao Sistema Judiciário corresponsabilidade no enfrentamento aos ilícitos contra a administração pública. Logo de início, enfatiza-se que o advento da Constituição Federal de 1988 importou em grande ampliação dos mecanismos de controle dos bens e interesses públicos e de coibição e punição da corrupção, com ampla preocupação de proteção da moralidade administrativa, com a criação de instrumentos próprios para a correção dos desvios, com atribuição de poderes a atores aptos a efetivar controle sobre as atividades administrativa e política, destaque para o Ministério Público, e com determinação das esferas adequadas para apuração e julgamento de atos corruptos.

Da Constituição, brotou um leque de diplomas normativos civis, penais e administrativos com o mesmo fim de tutela à administração pública. Menciona-se a extensiva proteção dada pelo Código Penal, insculpida no Título XI, “Dos Crimes Contra a Administração Pública”; pela Lei nº 10.028/2000, que disciplina os crimes praticados por prefeito; Lei nº 8.429/92; e, por fim, pela mais recente Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Dessa feita, verifica-se uma diversidade de diplomas legais- originando uma multiplicidade de normas de conduta, de normas de sanção, de normas de processo e de instituições legitimadas para aplicá-las- que, muitas vezes, incorrem em um *bis in idem* improficuo. Partindo da perspectiva política funcional do Direito, aqui adotada, o diálogo e a coordenação inteligente dessas fontes legais é o ponto-chave para o desenvolvimento de uma estratégia eficaz de combate aos ilícitos em questão.

Desse panorama mais amplo, procedeu-se então ao recorte de análise do crime de peculato culposo, visto que esse exercício induz a um estudo aprofundado, devido sua especificidade; e, ao mesmo tempo, carrega em si, simbolicamente, o desafio do combate aos ilícitos contra a administração pública no Brasil, permitindo uma visão total do referido problema da sobreposição de normas.

Desenvolve-se, a seguir, um estudo do tipo penal peculato culposo na via integralizada e sistêmica, demonstrando a propensão de ilegitimidade persecutória em face de elementos jurídicos outros capazes de tutelar o mesmo bem jurídico eficazmente, na conformidade com os princípios penais constitucionais.

2 A DIFERENCIAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO E PARA O DIREITO PENAL

Oportuno consignar, de início, acerca da distinção entre a figura jurídica funcionário público vertente ao Direito Penal e a figura mais ampla e complexa de agente público dizendo respeito ao conceito utilizado na esfera do Direito Administrativo.

Nessa esfera administrativista, sobejamente importante é o reconhecimento da natureza jurídica do agente público que se cuida, pois que influirá em questões de previdência social e trabalhista. Vale destacar o caráter peculiar em algumas espécies do gênero, inclusive com regime de previdência social próprio e diferenças relativas à responsabilidade civil do Estado pelas condutas advindas de potenciais ilícitos do agente em questão.

Os agentes públicos (OLIVEIRA, 2012, p. 1050): “são responsáveis pela manifestação de vontade do Estado e pelo exercício da função pública, que pode ser remunerada ou gratuita; definitiva ou temporária; com ou sem vínculo formal com o Estado”.

Dessa forma, no espectro doutrinário citado, extraem-se duas espécies da figura jurídica agentes públicos, quais sejam: agentes públicos de direito e agentes públicos de fato.

Registra-se aqui, de imediato, que na Ciência do Direito a classificação e estabelecimento dos contornos jurídicos de determinado objeto é fulcral para o seu próprio entendimento e topografia dentro do ordenamento.

No caso dos agentes públicos de direito, de fácil elucidação é sua demanda, porquanto os são assim todos aqueles agentes detentores de vínculos solenes e formais com o Estado, devidamente investidos de cargo, função ou emprego público, consoante as normas de direito preestabelecidas para tanto. Essa espécie é composta dos seguintes micros sistemas: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração.

No tangente aos agentes políticos há uma celeuma institucionalizada e embate doutrinário em relação aos seus componentes. A primeira corrente diz ser agente político todos aqueles que atuam nos escalões mais altos da organização do Governo, com isenção de ônus público para o exercício de suas funções, esculpidas pela Constituição, não havendo subordinação a outros agentes públicos. Estão aqui, os possuidores de quaisquer mandatos eletivos, assim como os membros do Poder Judiciário e Ministério Público.

Outro entendimento, este majoritário, diz compor este quadro, apenas os detentores de cargo transitório, decisório de políticas fundamentais para o Estado e ingressantes por meio de sufrágio universal.

Não há de se falar em dubiedade para a classificação dos agentes políticos como sendo agentes públicos de direito, a relevância prática é que reverbera o ponto nevrálgico da presente polêmica. O Excelso Pretório, por meio da súmula vinculante número 13, assentou inaplicabilidade da própria súmula aos agentes políticos, noutra banda também se afigura como controversa a incidência da Lei de Improbidade Administrativa em algumas carreiras dessa espécie e nas quais há previsão de sanções idênticas por cometimento de crimes de responsabilidade específicos.

Em seguida, conceitua-se que (OLIVEIRA, 2012, p. 1875) “os servidores públicos representam a grande maioria dos agentes públicos”. Aqui estão abarcados todos aqueles agentes públicos admitidos por via de planejamento, ainda que temporários da respectiva entidade receptora, os quais recebem remunerações fixas. É o caso dos cargos públicos e empregados públicos.

Por fim, como última espécie do ramo agente público de direito, têm-se os particulares em colaboração, explanados como sendo (DI PIETRO, 2010, p. 467) “as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado sem vínculo empregatício com ou sem remuneração”. Acrescentamos, com a devida vênia, que apesar de não haver vínculo empregatício, ainda existe o liame formal, já que é necessária à ingerência do Estado em atribuí-los, afirmá-los,

sobretudo reconhecê-los como tais.

Dando seguimento, quanto à espécie agente públicos de fato, alocam-se dentro desse núcleo os agentes de fato putativos e necessários. Os primeiros são agentes públicos, tendo a aparência de colaborador com o Poder Público, quando na verdade não o são pela via legalizada, formal e burocrático, daí o nome putativo. Nesse rol, estão as pessoas que ocupam cargo, emprego ou função pública, sem submeter ao crivo constitucional do concurso público. Já os agentes de fato necessários, com efeito, exercem a função pública em situação atípica, tormentosa e calamitosa.

Posto isso, vê-se patente à extensa deliberação doutrinária administrativa para delimitar os contornos da colação do tema e suas respectivas ramificações. Pretendeu o administrativista, isto não comporta dúvida, diferenciar as diversas categorias no intento de se evitar o reducionismo e a generalização equivocada, que viesse corromper o trato do tema.

Também, deve-se consignar o avanço constitucional tangente à nomenclatura utilizada, fator determinante no aprofundamento doutrinário administrativista. Rubrica a Constituição Federal no Capítulo VII, Seção II, “Dos Servidores Públicos”, oriunda da Emenda Constitucional nº 18 de 1998, contrapondo-se a denominação inicial esculpida no Capítulo VI, Seção VII, “Dos Funcionários Públicos”.

Nesta senda, os diplomas administrativos posteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adaptaram-se ao novo modelo, veja-se a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – dispõe sobre a Improbidade Administrativa – e pela complexidade do tema fazem uma conceituação mais abrangente do agente público. Cabe suscitar também a própria Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Hodiernamente, a todo tempo tem se mostrado a nova figura do Servidor Público, que deve estar devidamente atento a todos os princípios constitucionais inerentes à Administração Pública notadamente a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Destaque-se a atuação por parte dos mecanismos de controle, determinando e fiscalizando a realização de metas, tal como o Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, a própria Controladoria Geral da União, dentre outros.

Por outro pórtico, o Direito Penal faz, em que pese como relatado acima haver extenso delineamento administrativista, certo reducionismo daquele sujeito ativo próprio caracterizador dos crimes contra a Administração Pública.

Logo, o conceito de funcionário público do Código Penal¹ culmina num simplismo porque coloca todas as espécies de agente públicos no mesmo patamar. Noutros termos, faz equivaler o conceito de agente público a funcionário público, quando, contudo, se sabe que a categoria antiga e extinta de funcionário público para o Direito Administrativo era apenas uma espécie do gênero total agentes públicos; simultaneamente, o Direito Penal estende o conceito ora afirmado a toda a categoria, não importando suas subclassificações.

Explana, nesta diretriz:

O CP mantém a expressão “funcionário público” para designar o que os administrativistas nomeiam, na atualidade, de agente público, incluindo os que se encontram vinculados a cargos, empregos ou funções públicas, sendo designados por servidores públicos e agentes administrativos (DAMÁSIO DE JESUS, 2012, p.1154).

De outra parte, fora inserida *novel* legislação estatuída no §1º, pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000². Portanto, dissociou-se qualquer ligação entre o conceito do penal para o administrativo, isto porque os ocupantes de emprego em entidade paraestatal, assim como os trabalhadores de empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica nem mesmo são submetidos ao regime de direito público, para as relações administrativas; enquanto que o são para o direito penal.

2.1 Dogmática penal acerca do tipo penal peculato doloso

Quando se discorre a respeito da figura típica peculato, dado sua consagração nos inúmeros diplomas penais mundiais, é impositiva a análise histórica de seu mister. Leciona-se:

O mencionado delito, com a referida denominação, tem seu nascedouro no Direito romano, quando se caracterizava pela subtração de coisas pertencentes ao Estado. Aliás, tanto no Código de Hamurabi como o Código de Manu já tratavam das subtrações de bens pertencentes ao rei, apenando o agente com morte. O nome *peculatos* ou *depeculatus* está sedimentado no fato de que o gado (pecus) constituía o patrimônio mobiliário mais importante da coletividade naquela época, tendo sido erigido em meio de pagamentos (PRADO, 2010, p. 390. Grifo nosso).

¹Art. 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. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

²§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Em terras brasileiras, o crime já fora tipificado no Código Penal do Império, no Título VII, Dos crimes contra o tesouro público e propriedade pública, CAPÍTULO I³. Avançando no tempo, também foi consignado no Código de 1980, no Título V atinente aos crimes contra a boa ordem e Administração Pública.

Foi aperfeiçoado até chegar a presente redação⁴. Dentro da topografia do Código Penal, encontra-se inserto no Capítulo destinado aos crimes cometidos pelos funcionários públicos contra a administração em geral.

O bem jurídico protegido, em seu turno, como é preceituado (PRADO, 2010, P. 392): “não é só o interesse em preservar o patrimônio público, mas principalmente a finalidade de resguardar a probidade administrativa cuja importância, inclusive, foi cristalizada pela Constituição da República de 1988 (art.37, caput, e §4º)”.

Tangente a essa dupla configuração do bem jurídico está o recentíssimo julgado de lavra do Tribunal Regional Federal⁵. Quanto ao sujeito ativo, inequivocamente está a se falar em crime próprio cometido por aqueles agentes pré-fixados no artigo 327, *caput*, e §1º, inclusive atenta-se para a abordagem mais aprofundada sobre o tema, realizada na primeira parte desse trabalho.

O sujeito passivo, em sua esfera, é o titular do bem jurídico tutelado, em regra o Estado, também podendo ser o particular, nos casos específicos.

Além disso, importante atentar para o cerne da responsabilização criminal do *extraneus* para com o mesmo artigo. A condição especial funcionário público é elementar do

³Art. 170. Apropriar-se o empregado público, consumir, extraviar, ou consentir que outrem se aproprie, consuma, ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros, ou efeitos públicos, que tiver a seu cargo. Penas - de perda do emprego, prisão com trabalho por dois meses a quatro anos, e multa de cinco a vinte por cento da quantia, ou valor dos efeitos apropriados, consumidos, ou extraviados.

⁴Art. 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 dois a doze anos, e multa; § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

⁵RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1 - Recorrida acusada de ter desviado em proveito próprio presentes destinados a crianças em situação de vulnerabilidade social. 2 - A jurisprudência preconiza que o princípio da insignificância não tem cabimento para os crimes contra a administração pública. Isso porque o artigo 312 do Código Penal vai além da ofensa ao patrimônio, pois atinge, em primeiro lugar, a moralidade administrativa. Precedentes. 3 - Ressalta-se que as condutas supostamente cometidas pela recorrida possuem considerável grau de reprovabilidade, posto que prejudicam um programa destinado a crianças carentes, fragiliza a confiança em programas sociais e desestimula as ações do voluntariado pela sociedade. 4 – Denúncia recebida. (RSE nº 2013.61.81.000032-1/ SP, Rel. Desembargadora Federal Cecilia Mello, julgado em 08/10/2014, DJe 14/10/2014.). Grifado.

tipo penal, posto que, como dito, ausente o agente, assim também não haverá crime funcional, por força da atipicidade relativa, podendo incidir outra espécie criminal.

Nessa esteira, reza o artigo 30 do Código Penal⁶ acerca da comunicabilidade somente de circunstâncias elementares, sendo essa hipótese do tipo aqui analisado. Desta feita, o terceiro – não funcionário público – concorrente do crime em comento, seja na figura de coautor ou partícipe, será responsabilizado nos termos do peculato.

Muito embora haja a comunicabilidade da elementar, como dantes mencionado, é preciso que o terceiro saiba da condição de funcionário do primeiro sujeito ativo, ou não se terá outras consequências penais.

Bittencourt (BITTENCOURT, 2013, p. 1392) revela: “Desconhecendo essa condição, o dolo do particular não abrange todos os elementos constitutivos do tipo, configurando-se o conhecido erro do tipo, que afasta a tipicidade da conduta”.

Adentrando no ponto meritório do crime, tem-se como pressuposto de configuração do tipo 312, Parágrafo Único, a anterior posse lícita de coisa móvel pública, objeto de desvio ou apropriação.

Indubitavelmente, a posse que se refere a redação do tipo há de ser plenamente determinada pela organização interna do Órgão, não necessitando ser jungida de formalismo burocrático, isto é, a posse tem de decorrer das atribuições do agente público, respeitando-se e reconhecendo-se o grau de hierarquia do mérito administrativo.

Com isto, afastar-se-á o preenchimento típico, frise-se do 312, quando houver indicação, pelo caso concreto, de que a coisa desviada ou apropriada fora entregue desarraigada das hipóteses conectas ao exercício do cargo, mesmo que presentes no liame das atividades de Administração Pública.

Hungria ensina:

Conceitualmente, a preexistente posse deve ter-se operado em razão do cargo, isto é, faz-se mister uma íntima relação de causa e efeito entre o cargo e a posse. Não basta que a res tenha sido confiada *contemplatione officii*: é preciso que a sua entrega ao funcionário resulte de mandamento legal (HUNGRIA, 1958, p. 340)

O objeto material do delito, por seu turno, elencado pelo tipo penal é o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. Entrementes, incumbe evidenciar que o tal objeto material também pode ser de propriedade de particular, como determina a redação legal, para que se configure o ilícito penal, máxime esclarecendo a necessidade do nexo de causalidade

⁶ Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

do objeto com a atividade de administração.

Os verbos da conduta materializam-se na forma de apropriação e desvio. No primeiro caso, o imputado age como se fosse o objeto seu, dispondo-o a seu próprio talante. Nesse momento, a natureza da posse se inverte como *animus domini*, ocorrendo fenômeno similar ao da figura penal da apropriação indébita.

Na figura de desvio, há alteração no curso necessário legal da coisa pelo funcionário público, desencaminhando para destinação diversa ao seu próprio interesse ou de terceiros.

Quando o desvio for positivo para o Estado, logicamente não se concretizará o tipo penal. Regis Prado (PRADO, 2012, p. 395) sentencia: “Evidentemente quando o desvio for benéfico para a Administração, não se configurará o delito em epígrafe, podendo tal fato amoldar-se ao no disposto no artigo 315 do Código Penal”.

Fortemente debatido é o tema de peculato-uso, dentro da espécie de desvio. Assim como o furto de uso, ausente o elemento volitivo *animus domini* solidificado na vontade permanente de desvio, sendo a coisa, então, devolvida sem dano, não há crime de peculato.

Nucci define perfeitamente a questão:

9. Peculato de uso: assim como o furto, não se configura crime quando o funcionário público utiliza um bem qualquer infungível, em seu benefício ou de outrem, mas com a nítida intenção de devolver, isto é, sem que exista a vontade de se apossar do que não lhe pertence, mas está sob sua guarda. A vontade de apropriar demonstra que a intenção precisa estar voltada à conquista definitiva do bem móvel. Portanto, inexistente crime quando o agente utiliza um veículo que lhe foi confiado para o serviço público em seu próprio benefício isto é, para assuntos particulares. Configura-se, nesta hipótese, mero ilícito administrativo. Não se pode, ainda, falar em peculato de uso quando versar sobre dinheiro, ou seja, coisa fungível. Se o funcionário usar dinheiro que tem sob sua guarda para seu próprio benefício, pratica o delito de peculato. Ressalte-se, no entanto, que atualmente está em vigor a Lei 8.429/92 (que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências), prevendo, nos arts. 9.º, 10 e 11, vários atos de improbidade administrativa, que importam em perda do cargo, restituição dos valores, multa, proibição de recebimento de incentivos fiscais ou créditos e suspensão dos direitos políticos, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. No exemplo supramencionado, constitui ato de improbidade administrativa “utilizar, em obra ou serviço, particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1.º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”. Portanto, ainda que não punível penalmente, constitui ilícito administrativo dos mais graves. Sobre o tema, convém mencionar a lição de Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior: “Nesta hipótese, para que se possa falar de apropriação indébita ou de desvio, é necessário que o uso, por sua natureza e por sua duração, seja tal que comprometa a utilidade da coisa para a administração pública ou para outro sujeito ao qual pertença. Naturalmente, para que se aperfeiçoe o crime, é preciso que haja um compromisso sério na utilização da coisa. Por isso, não haverá ilícito penal, mas somente um ato moralmente reprovável e suscetível de sanções disciplinares, se um funcionário público, por ocasião de uma festa, enfeitar sua casa com quadros da repartição, ou, então, usar vez ou outra máquinas de escrever,

automóveis, que pertençam a terceiros e estejam em sua posse em razão do cargo. Se se verificar consumo de gasolina ou de outro material, poder-se-á configurar o peculato em relação a tais materiais. (NUCCI, 2005, p. 977, grifo nosso).

Nos mesmos trilhos, o Supremo Tribunal Federal ratifica a tese⁷. Finalmente, em ambas as espécies o dolo é o elemento subjetivo, e a consumação se dá na efetiva aferição de ocorrência do resultado naturalístico, porque se trata de crime material.

Registramos, por oportuno, acerca da existência também de outros dois tipos modais do peculato, quais sejam: o furto e o estelionato. Nada obstante, como o trabalho se atém à exaustão ao crime de peculato culposo, o qual alude à figura típica do 312, não trataremos deles, no afã de não perder o foco da problemática abordada.

2.2 Dogmática penal acerca do tipo penal peculato culposo

Pontifique-se que o crime segue a dogmática penal explanada anteriormente, modificando, contudo, apenas os aspectos que lhe são peculiares, o elemento subjetivo da conduta, a causa de extinção de punibilidade e a específica condicionante de processamento.

Com outro recorte fático-jurídico, o Código Penal prevê o crime de peculato culposo, nos termos do artigo 312, §2º. Sua característica marcante é o elemento subjetivo do tipo preenchido pela conduta culposa.

Para abordar o crime em questão é indispensável fazer remissão à conduta culposa, dentro do quadrante Direito Penal. Discorre Nucci (NUCCI, 2014, p. 290) “é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado”.

Como se sabe, a culpa, *lato sensu*, tem seus meios de configuração, a saber: imprudência, negligência ou imperícia, saliente-se sobre tanto que se cuida de tipo penal aberto, como explicam os professores (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 441) “não é possível individualizar a conduta proibida se não se recorre à outra norma que nos indique qual é o ‘cuidado devido’ que tinha o sujeito ativo”.

A negligência é, resumidamente, um descuido ou desatenção num contexto fático, materializada na forma passiva, quando resta desatendido o dever objetivo de cuidado. Imprudência revela uma conduta ativa, máxime insensato e incoerente. Imperícia, sem maiores divagações, é agir imprudentemente no campo da tecnicidade, seja qual for o ofício.

⁷ PENAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO-DESVIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. USO DE VIATURA DESCARACTERIZADA PARA ENCONTRO PESSOAL. PECULATO-USO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA.

Convém destacar um abrandamento penal, neste tipo, e, por conseguinte, marcante presença de institutos despenalizadores, da forma que impossível, pela sentença condenatória, estabelecer-se uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado, desconsiderando a reincidência, máxime do punitivismo no sistema de justiça penal.

O preceito secundário do crime determina⁸ o seu processamento pelos Juizados Especiais Criminais com todos os seus cânones de celeridade, economicidade e apartamento de estigmatização carcerária, pena privativa de liberdade, além da própria possibilidade de suspensão condicional do processo⁹, o que fatalmente gera a extinção da punibilidade antes mesmo de eventual decreto condenatório.

Outrossim, há uma específica causa de extinção de punibilidade, qual seja a reparação do dano até o proferimento da sentença, e, em sendo depois, fala-se em redução da pena imposta pela metade¹⁰.

Finalmente, a doutrina reporta uma condicionante de processamento, nos dizeres de Prado (PRADO, 2012, p. 399) “acrescente-se que a conduta culposa do funcionário da Administração Pública, ainda que lesiva à Administração Pública é um indiferente penal, caso não esteja ela relacionado a ação de terceiros”. Deve haver, portanto, outro crime doloso em sequência para concretamente preencher este tipo anterior.

2.30 crime de peculato culposo sob a ótica dos princípios minimalistas constitucionais e penais e o caráter *ultima ratio* do direito penal

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal legitima-se quando está em conformidade com os princípios democráticos constitucionais. Assim, na esfera penal, sobrepõe-se o princípio máximo constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), que deve regular todo o sistema penal a fim de torná-lo democrático e afeito ao perfil político pelo qual o Estado brasileiro se orienta. Logo, como dissertou Capez (CAPEZ, 2007, p. 7): “Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a

⁸Peculato culposo § 2º - Se o funcionário concorrer culposamente para o crime de outrem Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁹Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

¹⁰ § 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.

dignidade da pessoa humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado”.

Tal princípio aberto é delimitado, no Código Penal, através dos demais princípios que dele descendem e auxiliam no controle de qualidade do tipo penal. De modo que, no ato de seleção das condutas a serem punidas, a finalidade é de proteção de interesses compatíveis para com os princípios reitores do Direito Penal.

É nesse sentido que se avalia se a intervenção penal nos casos de peculato culposos é condizente para com os princípios penais. Para efeito de averiguação, são elencados os princípios-chaves para a compreensão da problemática abordada: princípio da excepcionalidade do crime culposos, do *ne bis in idem*, da necessidade, da ofensividade e da intervenção mínima, todos viabilizando a concretude do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

De início, deve-se ressaltar que a punibilidade, a título de culpa, é excepcional; com efeito, o próprio Código Penal, em seu art. 18¹¹, parágrafo único, assegura tal exceção. Ainda, a punibilidade de crimes patrimoniais, a título de culpa, é duplamente excepcional, pois é entendimento penal genérico que a imprudência humana só deve ser reprimida pela lei quando seja causa de um dano não reintegrável.

Nessa reflexão, sustenta-se que a tipificação do peculato culposos não atende também aos princípios da necessidade. Sobre o princípio da necessidade Capez (CAPEZ, 2007, p. 22) leciona: “A incriminação de determinada situação só pode ocorrer quando a tipificação se revelar necessária, idônea e adequada ao fim a que se destina, ou seja, à concreta e real proteção do bem jurídico”.

Na hipótese em tela, o custo-benefício do referido tipo penal – ou seja, o cálculo do ônus para a sociedade que advém da inflação do poder punitivo e do bônus advindo da proteção penal ao bem – revela desnecessidade da tutela penal, visto que outros campos do direito já sancionam exitosamente a conduta, como se verá adiante.

Por fim, os princípios anteriores confluem para informar que o peculato culposos erige uma violação frontal ao princípio da intervenção mínima e ofensividade. O princípio penal da intervenção mínima visa a limitar ou impedir o arbítrio do legislador, a fim de se evitar a definição desnecessária de crimes, pois a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os

¹¹Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (DAMÁSIO, 2009, p. 10).

Aduz Muñoz Conde:

Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataque muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito. (CONDE, 1975, apud GRECO, 2012, p. 47)

A intervenção mínima já pertencia à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 8º, determina que a lei só deve prever penas estritamente necessárias. O instituto tem como ponto de partida a fragmentariedade (princípio da fragmentariedade) do Direito Penal, outro princípio penal correlato. Esse princípio se configura na seleção de uma pequena parcela de bens que passa a ser protegida pelo Direito Penal, configurando, assim, a natureza fragmentária deste último.

Somos, portanto, conduzidos à convicção de que o Direito Penal só deve ser acionado quando os outros controles sociais e jurídicos se mostrarem inadequados e ineficazes. O Direito Penal é em sua essência um recurso *ultima ratio*, isto é, o último recurso a proteger o bem jurídico. A exemplo do dizer emblemático de André Copetti, que bem expressa o caráter subsidiário, isto é, o princípio da subsidiariedade que também rege o sistema penal:

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente, por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. (COPETTI, 2000, p. 87).

Importa dizer que a intervenção mínima tem dois principais destinatários. O primeiro é o legislador, cuja função é de eleger as condutas que merecerão punição criminal, bem como, a eventual retirada de proteção penal sobre bens que não necessitem mais de sua proteção. E o segundo destinatário é o próprio operador do direito que não deve dar procedência ao enquadramento típico, quando verificar que o conflito pode ser satisfatoriamente resolvido através de outros ramos menos opressivos do direito.

Merece, assim, dar a última palavra a Zaffaroni (ZAFFARONI, 2010, p. 173) para se entender a intervenção mínima como própria essência do Direito Penal. Retomamos aqui o pensamento do autor de que o Direito Penal, desde a origem histórica iluminista, e, sobretudo agora no contemporâneo Estado Democrático de Direito, detém a função política de reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis; ou seja, a doutrina penal deve agir como programadora de um exercício racional do poder punitivo, tendendo

sempre à intervenção mínima.

2.4 Satisfatória atuação da ação de improbidade administrativa

Na linha da exposição proferida anteriormente, endossa-se aqui faticamente a desnecessidade de persecução criminal do crime que tratamos pela atuação protetiva satisfatória de outros ramos do direito, no presente caso o direito administrativo e civil, protegendo o mesmo bem jurídico-penal.

De pronto, revela-se sistemática a apuração da conduta do agente público iniciada na esfera administrativa. Constatados indícios de ocorrência deste fato típico tratado, procede-se à abertura de sindicância e, se for o caso, o corresponde processo administrativo disciplinar¹².

Verificados indícios de irregularidades de conduta, em contraposição aos princípios esculpidos tanto na Constituição, como nas demais leis, e propriamente nos Estatutos internos de cada setor, dar-se-á o julgamento da conduta.

Cabe frisar, a consagração pela própria Constituição da República¹³, assim como no processo penal, do direito à defesa e ao contraditório, erigido inclusive como direito fundamental; e, em não o sendo reconhecidos, haverá certamente nulidade do julgamento administrativo.

Nesse passo, sem dúvida, a sanção interna tem o visio principal de punir o agente público para repreendê-lo do ilícito perpetrado, ressaltando o seu caráter censurável, como prevêm as sanções da Lei 8.112/90¹⁴, a qual tomamos por base.

Ao mesmo tempo em que protege a moralidade da administração pública, porquanto a Administração atua através de seus agentes, e enquanto ela própria os corrige, na forma do poder disciplinar, concomitantemente está se protegendo a fim de tornar-se, ela mesma, proba.

Nota-se, neste ponto, que a própria função da pena (primeiro fim do Direito Penal) e o bem jurídico moralidade administrativa (um dos bens jurídicos protegidos do peculato) são cabalmente preenchidas por esta atuação interna de direito administrativo sancionador, já que

¹² Art.143 de Lei 8.112. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

¹³ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁴ Art.127.São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.

demonstrada o caráter aflitivo da punição, pela censura e o resguardo da moralidade pública, resta apenas acautelar a preservação do patrimônio para configurar o integral preenchimento do bem jurídico penal.

Como se sabe do tipo penal a ação é perpetrada pela culpa, *lato sensu*, neste viés, a bem verdade, a punição administrativa é faticamente a maior e mais eficaz das punições. Aqui não está a se falar em servidor corrupto, deliberadamente agindo na contramão dos princípios concernentes à administração pública.

Muito pelo contrário, o agente público age honesta e licitamente, mormente não intenta com vontade de delinquir, sinalizando que se tem um antecedente positivo na carreira pública, e por assim dizer, ao aplicar-se uma sanção de repercussão entre seus próprios pares, certamente o aflige de modo mais curial, inclusive podendo se chegar à demissão.

O julgamento administrativo repete a cena judicial, na verdade o administrativista julgador ao estabelecer a sanção faz, quase, uma dosimetria da pena, com fatores muito parecidos ao rito criminal. Com isto, vale a pena ressaltar, demonstra-se o duplo caráter protetivo do direito administrativo sancionador, dentro da linha da proteção do bem jurídico, similar ao penal.

A diferença, noutra pórtico, gritante, vale frisar, é a questão estigmatizante, aflitiva e radical do direito criminal materializada por meio do processo-crime, máxime porque informa o poder punitivo do Estado com todo o espiritualismo que é responder a um crime perante a sociedade. Por isto mesmo que se elencou esse ramo do direito como sendo a última via.

Aury Lopes, nesse visio, afirma magnificamente essa estigmatização do processo, com um viés de antecipação de pena, leia-se:

Por fim, entendemos ser imprescindível destacar a existência de verdadeiras penas processuais, pois não só o processo é uma pena em si mesmo, senão também que existe um sobrecusto inflacionário do processo penal na moderna sociedade de comunicação de massas. Existe o uso da imputação formal como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública, e, por outra parte, na proliferação de milhares de processos a cada ano, não seguidos de pena alguma e somente geradores de certificados penais e de *status* jurídico-sociais (de reincidente, perigoso, é espera de julgamento etc.). Essa grave degeneração do processo permite que se fale em verdadeiras penas processuais, pois confrontam violentamente com o caráter e a função instrumental do processo, configurando uma verdadeira patologiajudicial, na qual o processo penal é utilizado com uma punição antecipada, instrumento de perseguição política, gerador de estigmatização social, inclusive com um degenerado fim de prevenção geral. Exemplo inegável nos oferecem as prisões cautelares, verdadeiras penas antecipadas, com um marcado caráter dissuasório e de retribuição imediata. (LOPES, 2006, p. 25, grifo nosso).

Desnecessária e deslegítima a tal persecução criminal, tão logo nem deliberada foi à conduta, causando um mal desnecessário, sufragando os debatidos princípios de não

intervenção, base do nosso sistema criminal.

Acerca dos institutos despenalizadores a que pode incidir, eles também não afastam o caráter marcador da peculiar atuação criminal, vez que o funcionário público, excetuadas as hipóteses legais, é conduzido à Delegacia de Polícia para confecção de um Termo Circunstanciado de Ocorrência, há uma denúncia criminal ofertada pelo *Parquet* e mesmo que atinentes à suspensão condicional do processo serão determinadas medidas cautelares criminais.

Pretende-se, com isto, dizer, que nem mesmo os institutos despenalizadores apartam o teor peculiar de crime, da imputação e da interferência pela sociedade. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça não deixa de reconhecer o estigma criminal quando recentemente decidiu nesta senda.¹⁵

Por outro lado, mesmo que a punição administrativa proteja a moralidade pública e também represente o caráter repressor e corretivo da punição, ela deixa de abarcar outro bem

¹⁵HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM O REGISTRO VENCIDO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL. PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA QUE SE MOSTRA SUFICIENTE. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. O trancamento de ação penal na via estreita do *writ* configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal. Na espécie, o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, por possuir irregularmente um revólver marca Taurus, calibre 38, número QK 591720, além de dezoito cartuchos de munição do mesmo calibre. 3. Todavia, no caso, a questão não pode extrapolar a esfera administrativa, uma vez que ausente a imprescindível tipicidade material, pois, constatado que o paciente detinha o devido registro da arma de fogo de uso permitido encontrada em sua residência - de forma que o Poder Público tinha completo conhecimento da posse do artefato em questão, podendo rastreá-lo se necessário -, inexistente ofensividade na conduta. A mera inobservância da exigência de recadastramento periódico não pode conduzir à estigmatizadora e automática incriminação penal. Cabe ao Estado apreender a arma e aplicar a punição administrativa pertinente, não estando em consonância com o Direito Penal moderno deflagrar uma ação penal para a imposição de pena tão somente porque o indivíduo - devidamente autorizado a possuir a arma pelo Poder Público, diga-se de passagem - deixou de ir de tempos em tempos efetuar o recadastramento do artefato. Portanto, até mesmo por questões de política criminal, não há como submeter o paciente às agruras de uma condenação penal por uma conduta que não apresentou nenhuma lesividade relevante aos bens jurídicos tutelados pela Lei n.10.826/2003, não incrementou o risco e pode ser resolvida na via administrativa. 4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para extinguir a Ação Penal n. 0008206-42.2013.8.26.0068 movida em desfavor do paciente, ante a evidente falta de justa causa. (HC 294.078/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 04/09/2014). Grifado.

jurídico protegido pela persecução criminal que é a preservação do patrimônio público, porque o próprio juiz criminal, quando profere sentença condenatória, determina a reparação do dano em *quantum* específico, nos termos do artigo 387 do Código de Processo Penal¹⁶.

O que não é, evidentemente, possível para a Administração Pública o fazer, mesmo considerando o seu caráter autoexecutório, que não absoluto, já que assim, usurpar-se-ia a função do Poder Judiciário consagrado na Carta Constitucional de 1988.

Nada obstante, consigna-se que a própria Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992¹⁷, cumpre muito bem esse papel, sem, contudo, necessitar de persecução criminal. Essa Lei de Improbidade Administrativa é um importante mecanismo de concretização constitucional dos princípios elencados à administração pública.

A sua natureza jurídica, apesar de institutos bastante ligados ao processo penal, no tocante à oitiva das testemunhas e até mesma numa espécie de “dosimetria da pena” como fundamento da imposição sancionatória, é de ação cível, porquanto não ser do juízo criminal a autoridade competente para aplicação dessa sanção.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto sinalizou sua importância para a República, em suas palavras¹⁸:

A Lei de Improbidade Administrativa é uma lei revolucionária, porque ela modifica para melhor a nossa cultura. Afinal, é preciso rimar erário com sacrário, o que é o propósito dessa lei. Nós estamos combatendo com muito mais eficácia os desvios de conduta e o enriquecimento ilícito às custas do poder público, a partir da priorização da pauta de julgamentos de ações de combate a esse tipo de assalto ao erário. (BRITTO. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19642-lei-de-improbidade-e-revolucionaria-diz-ayres-britto>>. Acesso em: 10 maio 2015.)

Os atos de improbidade administrativa, por seu turno, são conceituados na própria lei¹⁹, sendo três: o enriquecimento ilícito, danos ao erário e violações e princípios da administração pública. Ater-se-á, tão somente, neste trabalho, ao segundo ato de improbidade, o dano ao erário, visto que dos demais é exigido do agente público para caracterização o dolo,

¹⁶ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

¹⁷ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

¹⁸ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19642-lei-de-improbidade-e-revolucionaria-diz-ayres-britto>

¹⁹ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei. Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

o que se afasta a nossa exposição.

Quanto ao elemento volitivo em cada ato, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem precedente firme²⁰. Como sanção prevista em lei, o ressarcimento integral do dano, pela via cível, confirma a proteção integral do bem jurídico afirmada pelo direito penal, comprovadamente revelando a desnecessidade de persecução criminal

3 CONCLUSÕES

De tudo, afere-se a inadequação do tipo penal de peculato culposo às sistemáticas Constitucional, Penal e Administrativa. Logo de início, quando a Carta Maior, em seu artigo 1º, estabelece o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito, constata-se o feitio liberal do Direito Penal, levando-nos a defender veementemente o Direito Penal Mínimo. Aliás, o princípio da intervenção mínima vem explicitamente insculpido no caput do art. 5º da nossa Constituição Federal, o que nos revela a imprudência de se manter a intervenção penal no referido caso.

Ainda, o princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana e os demais princípios penais, como o princípio da excepcionalidade do tipo culposo, da proporcionalidade, necessidade, fragmentariedade, subsidiariedade e do *ne bis in idem* restam violados quando a conduta de peculato culposo é punida não só aquém dos limites racionalizantes do Direito Penal, mas também duplamente, infligindo-se um duplo flagelo ao funcionário público desatento. O *bis in idem* configura-se no julgamento administrativo, quando se repete a cena judicial-penal e o administrativista julgador, ao estabelecer a sanção, faz, uma espécie de dosimetria da pena, determinando penalidades e maneiras de reparação dos danos, com fatores muito parecidos ao rito criminal.

Sabe-se, portanto, que a atuação interna de direito administrativo preenche a função penal do tipo peculato culposo, no sentido de punir o agente e proteger o bem-jurídico (administração pública), uma vez demonstrado o caráter aflitivo da sanção administrativa pela censura e o resguardo da moralidade pública; enquanto que o ressarcimento integral do dano, pela via cível, confirma a proteção integral do bem jurídico visado pelo direito penal,

²⁰II. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe 28/09/2011).

revelando-se, assim, comprovadamente a desnecessidade de persecução criminal.

Desta feita, acredita-se que o procedimento adotado pelas vias administrativa e cível, na hipótese de peculato culposo, é o mais adequado para a proteção do bem público e preservação dos princípios administrativos e constitucionais. Tendo em vista, ademais, a maior complexidade com que se compreende a pessoa do funcionário público na esfera administrativa, figura essa que adquire feição reducionista na legislação penal.

Retoma-se, sobretudo, a defesa de que essa atividade racionalizadora do direito penal, desenvolvida ao longo do artigo, beneficia o combate à corrupção, ao torná-lo mais coordenado e inteligente. E contribui, sobremaneira, em sua atividade minimizadora, para frear o atual fenômeno de substituição do Estado Social pelo Estado Penal, em que se dá a ingerência do penal em diversas áreas do direito, a partir da falsa compreensão de sua capacidade de tutelas de bens jurídicos e resolução de conflitos coletivos e transindividuais - como os bens públicos, por exemplo, (CARVALHO, 2013, p. 186).

Aliás, o exercício dogmático de contenção do Direito Penal corresponde, no presente trabalho: politicamente, a uma estratégia de redução de danos diante de um cenário realista-marginal de autoritarismo penal, genocídio, inflação penal, deslegitimação e crise do sistema punitivo (ZAFFARONI, 2012, p. 117); e, filosoficamente, a uma teoria agnóstica da pena, cuja perspectiva absenteísta sobre os discursos de justificação das penas leva, de forma inevitável, a uma interpretação, aplicação e execução minimizadora das penas.

Finalmente, conclui-se que, na urgência de um Direito Penal mais democrático e da construção de um Estado Democrático de Direito, a dogmática penal sucumbe, necessariamente, à introspecção e ao gradativo recolhimento.

REFERÊNCIAS

AURY LOPES JÚNIOR. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo:

Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**.5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 15. Ed. Editora Atlas, 2010.

FONTES, Simone Barbisan. Corrupção e poder político. **O controle judiciário da moralidade pública e a construção de uma cidadania ativa**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Simone_Fortes.html>Acesso em: 14 out. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal**. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Dámasio de. **Código penal anotado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELESS, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**.28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**. São Paulo: Cia. das letras, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** .10. ed. Rio de Janeiro: Forense,

2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2013.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** . v. 1. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SCHWARTZMAN, Simon. **Coesão Social, democracia e corrupção: corrupção e coesão social na América Latina**. 2008. Disponível em:

<<https://archive.org/details/CoesaoSocialDemocraciaECorruptao>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

Tavares, M. D. C. e J. L. Fiori. **(Des)ajuste global e modernização conservadora**. São Paulo: Paz e Terra. 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. de Vania Pedrosa e Amir Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PECULATO CULPOSO : ILLEGITIMITE DE LA POURSUITE CRIMINELLE A LA LUMIERE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS DE DROIT PENAL ET ACTION SATISFAISANTE DU DROIT ADMINISTRATIF COERCITIF ET DE L’ACTION CIVILE D’IMPROBITE

RÉSUMÉ

Le présent article scientifique a pour objet principal de démontrer l’illégitimité juridico-constitutionnelle de la criminalisation de la figure typique du *peculato culposus* visé par le Code Pénal brésilienne dans la prescription 312, paragraphe unique. Pour ce faire, il a été utilisé : (i) une conception pénale contemporaine minimaliste

matérialisée, surtout dans son caractère *ultima ratio*; (ii) l'action satisfaisante du droit administratif et civil par les mécanismes internes et action d'improbité administrative que protègent le même bien juridico-pénal. Au final, il est conclu, sur la base des apports de la doctrine pénale et constitutionnelle, ainsi que sur d'importants jugements, à l'illégitimité du procès et plus précisément de la punition appliquée par le droit criminel.

MOTS-CLÉS. *Peculato culposo*. Illégitimité. Droit Pénal *ultima ratio*.