

OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CONTRATUALISMO SOCIAL E A INADMISSIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE PECULATO

THE CRIMES AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION: SOCIAL CONTRACTUALISM AND THE INADMISSIBILITY OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN PECULATING CRIMES

Rhuan Radan Rosário Rocha

Bacharel em Direito pela Faculdade Icesp de Brasília

Resumo: O direito penal *ultima ratio*, utilizado como meio de controle social, na manutenção da segurança almejada e acordada na lavratura do contrato social. Sabido, que por consequência, origina-se um ordenamento jurídico, composto e estabelecido no sentido de manter essa estabilidade temerária, e fixa como tipos punitivos, a condutas tipificadas como ilícitas, dispostas no Código Penal de 1940, suas mudanças, correções e alterações. Sobre isso, os Crimes Contra a Administração Pública, este estudo, propõem-se a analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de Peculato, nos artigos 312 a 313 deste código, justificado pelo contrato social. Para tal, analisar-se-á a objetividade jurídica destes crimes, o conceito de funcionário público para efeitos penais, o contrato social de Rousseau, a aplicação e inadmissibilidade deste princípio. Conclui-se que esses princípios, apesar de contemplar meios de proteção dos indivíduos a excessos do Estado, o que se intenciona no título XI do referido código é a proteção da estrutura Administrativa contra vícios morais, desse modo independe o valor, mas sim na guarda à integridade gerencial da esfera pública.

Palavras-chave: Crimes Contra a Administração Pública; Contrato Social; Peculato; Princípio da Insignificância.

Abstract: Criminal law *ultima ratio*, used as a means of social control, in maintaining the desired security and agreed on the drafting of the social contract. It is known, which in consequence, stems from a legal planning, compound and established towards mander this reckless stability, and fixed as punitive types, the typed behaviors such as illicit arranged in the Criminal Code 1940, its changes, fixes and changes. On this, the Crimes Against Public Administration, this study proposes to examine the applicability of the principle of insignificance in Embezzlement crimes in Articles 312-313 of this Code, justified by the social contract. To do this, will be analyzed to legal objectivity of these crimes, the concept of public official for criminal purposes, the social contract of Rousseau, and inadmissible the application of this principle. We conclude that these principles, although contemplate safeguards of individuals to state excesses, which intends in Title XI of the Code is the protection of the Administrative structure the moral vices, thereby independent value, but the guard the integrity management of the public sphere.

Keywords: Crimes against Public Administration; Social contract; Embezzlement; Principle of Bickering; Tort Law.

Sumário: Introdução 1. A objetividade jurídica nos crimes contra a Administração Pública, 1.1. Conceito de funcionário público para efeitos penais. 1.2. Tratamento doutrinário aos crimes

de peculato (art. 312 a 313 do Código Penal). 2. A contraposição do contrato social nos crimes de peculato. 3. Princípio da Insignificância. 3.1 A aplicação nos crimes contra a Administração Pública. 4. Conclusão. Referências.

Introdução

O direito penal *ultima ratio*, instância a ser recorrer para que resguardar a integridade ético-moral organizacional, no qual visa não somente proteger o perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, amplamente tratado ao longo de diversos tipos penais.

Por conseqüente, há de se falar neste artigo dos crimes contra a Administração Pública, em especial no crime de peculato seguindo os artigos 312 e 313 do código penal Brasileiro.

É discutido constantemente o valor do diploma criminal vigente e se alardeia que atende à ressocialização, à reparação e a restituição à estrutura social. Em tese a pena imposta deveria ater-se a devolver o ente à sociedade de modo não cometa outros intentos penais.

Para tal, andarilhamos pela construção dessa objetividade jurídica dos crimes contra a administração pública, e por traz do véu o Estado, representante do poder que lhe é concedido. Havendo assim, o poder de impor à atividade delituosas restrições seja à direitos ou a cercar-lhe a liberdade.

Outrora, esse *ius puniendi*, figura subjetiva do direito de punir do estado, face ao direito de *in abstract* e *in concreto*. No qual, o primeiro alcança a função precípua de constituir prerrogativas penais e normativas, após, o aplicar o que vem imposto e orientado pelo texto consagrado.

Assim, o título XI do nosso diploma penal, se intenciona a proteger a impressão moral da Administração, o que imprime à esfera externa seu valor probó. Nesse sentido, o que se questiona é se a esses crimes, em especial o peculato e suas diversas modalidades, haveria de se ater ao princípio da insignificância utilizado na ampla defesa?

A entender, e há de valer-se de cada caso, mas nossas estruturas judiciárias quanto demanda tem-se definido pela admissão ou não desse princípio, pelo fato de que o valor em pecúnia do bem ou dos valores envolvidos no crime é dispensado, e propriamente não haveria eminente perigo ou dano concreto à administração. Não havendo dando concreto não haveria de se falar em recorrer a administração.

Sobre a questão é importante ainda, estudar o contratualismo social, que nos alocou como parte de uma estrutura social organizada e que exigem, que mecanismos punitivos sejam utilizados na reestruturação de desvios e vícios.

Deste modo, espera-se que dessa estruturação de ideias e aferimentos feitos a estudos diversos, acórdãos e jurisprudência, possamos suscitar e trazer a discussão se haveria ou não admissibilidade a esse princípio, suas fundamentações e inconstância. Além de suas implicações à sociedade e ao sistema jurídico.

1. A objetividade jurídica nos crimes contra a Administração Pública

Os Crimes Contra a Administração Públicos versão da proteção ao bem público, visto de modo subjetivo, que é pertencente à sociedade, seja no seu valor de prestar a outro um serviço ou complementar lhe uma execução. Configurados no Título XI do Código Penal de 1940, tratado em quatro Capítulos, que versam das ilicitudes praticadas por funcionários públicos, por particulares, por particulares contra a administração pública estrangeira, contra a administração da justiça e às finanças públicas.

A eficiência do Estado está diretamente relacionada com a credibilidade, honestidade e probidade de seus agentes, pois a atuação do corpo funcional reflete-se na coletividade, influenciando decididamente na formação ético-moral e política dos cidadãos, especialmente no conceito que fazem da organização estatal BITENCOURT (2012).

DAMÁSIO (2012) frisa que esses crimes, em sentido amplo, protegem às funções desempenhadas pelos órgãos do poder público, bem como os seus aparelhamentos legais, no qual exigem o comprometimento claro dos entes que o compõem.

Ao lado do ilícito penal coloca-se o ilícito administrativo, que não dispõe de suficiente gravidade para ser erigido em ilícito penal. A diferença entre ambos, portanto, não é ontológico, mas somente de grau. A falta disciplinar representa um *minus* com respeito ao crime. E a penal criminal um *plus* com relação à sanção disciplinar (COSTA JR., 1992, 177).

Nessa concepção, não seria admissível, em regra, que a absolvição no transito de sentença penal não poderia ser condenado em processo administrativo. O que não impediria que se condenado em processo disciplinar, anteriormente, fosse absolvido em intento penal, ressaltando ao funcionário direito à *restitutio in pristinum*, conforme COSTA JR. (1992).

Corrobora BITENCOURT (2012):

Todo o ilícito penal praticado por funcionário público é igualmente ilícito administrativo. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal, resultando que a única diferença entre ambos reside na sua gravidade. Em síntese, a ilicitude ou antijuridicidade é única (BITENCOURT, 2012, p. 77).

Há de destacar que essa “*proteção*”, é consequência do nosso contratualíssimo, no qual rateio do poder originário, cedido ao Estado para que se cumpra os itens acordado, por conseguinte a segurança a bens da coletividade lhe devem ser garantidos.

Pretende o legislador proteger o normal desenvolvimento da máquina administrativa em todos os setores de sua atividade, no sentido do bem-estar e do progresso da sociedade. Proíbe-se, pela incriminação penal, não só a conduta ilícita dos agentes do poder público, os funcionários públicos (*intranet*), como a dos estranhos, os particulares (*extranei*), que venha, de forma comissiva ou omissiva, causar ou expor a perigo de dano a função administrativa (em sentido estrito), legislativa e judiciária (DAMÁSIO, 2012, p. 155).

Conceitualmente o bem jurídico tutelado é entendido como “*a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo estado*” (ZAFFARONI, 2007, p. 462 *apud* PINHEIRO, 2009, p. 125), bem esse pertencente à coletividade, e inclusive o autor partilha de sua constituição.

O princípio da ofensividade no direito penal, seria punível condutas que afetassem o direito de outro, causando-lhe algum dano ou perigo a dano.

Complementarmente BUSATO (2015) acrescenta um ponto importante da ideia objetiva do direito penal, que não tem o propósito único ser um antídoto a problemas sociais, haja vista que não possui força suficiente para permitir a manutenção de todo o aparato social, vigente.

Há de adicionar que os tipos penais dispostos no Título XI tratam da proteção a condutas ilícita, lesivas ou com preexistência de vícios de ilegalidade, de seus funcionários públicos ou de particulares que estejam, mesmo que transitoriamente, vinculados ao aparato público.

[...] a proteção de bens jurídicos é algo que se obtém em consequência necessária do direcionamento e orientação das pessoas à observância dos valores consagrados juridicamente expresso na norma, estes sim, dotados de solidez (WELZE, 1997 *apud* BUSATO, 2015, p. 10).

Desse modo, a objetividade jurídica desses crimes de forma macro é a resguardar a integridade moral, ética, o interesse coletivo, e o bem de todos, que para esses crimes é afeto por uma atitude isolada ou colegiada, o que coaduna com a ideia geral da proteção do direito penal, haja vista à patrimônio coletivo é maculado.

De maneira geral, os tipos têm como objetividade jurídica o **interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública**. Posto isto, nosso legislador seguiu o modelo tradicional na hora de classificar os crimes praticados contra a Administração Pública, separando-os entre aqueles cometidos por funcionários ou por particulares, de forma comissiva ou omissiva, causando ou expondo a perigo de dano a função pública (BATINI, 2013, p. 6, grifo nosso).

CUNHA (2015) observa que, essa ferida à estrutura pública, ocasionado por ações ilícitas dispostas no código penal, são afetos além de valores morais subjetivos, quando observado pelo aspecto da conduta, desassociando-se do patrimônio próprio.

É importante, no processo de formação de conhecimento ora pretendido, destacar que à administração pública, é vislumbrado além da esfera executiva. E assim, as atividades legislativa e judiciária, em toda a sua esfera.

Consequentemente maculamos princípios da Administração Pública disposto na Constituição Federal de 1988, de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

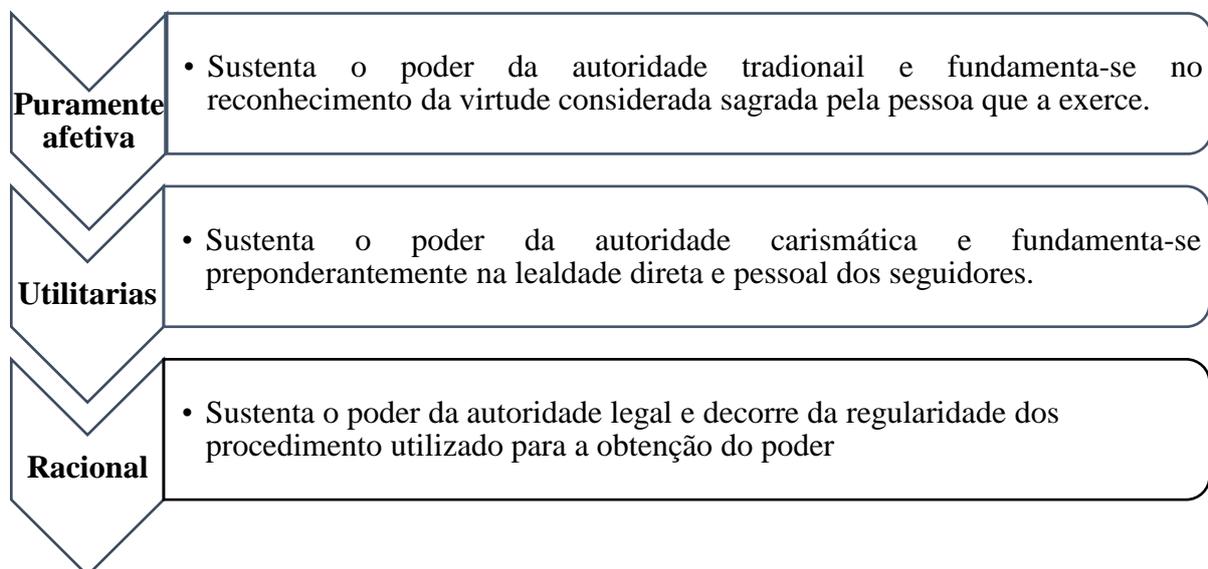
O agente, representando o Estado, contraria uma norma, buscando com sua conduta, muitas vezes, fim obscuro e imoral, demonstrando nefasta ineficiência do seu serviço. Cuida-se de forma qualificada de desvio de poder, realizando o servidor desejo pessoal ou de terceiro – *interesse particular* –, gerando dano ou perigo de dano para a ordem administrativa (CUNHA, 2015, p. 727).

É perceptível uma correlação entre a legitimidade do estado em prover meios para proteção ao bem jurídico tutelado pelo direito penal, seja a integridade física, a vida ou o patrimônio de outrem, e a aplicação discricionária aos crimes de peculato, hora em estudo, uma vez que aquela tem à cessão de prover a proteção contratualmente acordada, pelos egressos da caverna, e essa à clara e evidente intenção de burlar algo que lhe pertence em parte, ou apropriar-se indevidamente. Sendo o Estado, nos moldes sintéticos dos conceitos do Direito Administrativo, entre de poder cedido pelo povo.

Assim, o direito penal é proveniente dessa fragmentariedade de poder na qual resguarda não somente a manutenção do convívio social, mas da proteção a todo um contexto que envolve relações jurídicas e pessoais.

A legitimidade nos moldes atuais advém de um processo evolucionista na qual abarca questões filosóficas e sociológicas. Sendo, essa legitimidade punitiva do estado, é decorrente “*descrenças pessoais, das convicções ideológicas de cada indivíduo, que reconhecem validade aos argumentos que justificam o poder*” (GALVÃO, 2007, p.1).

Contraopondo-se a esse valorismo filosófico, a de ater-se a fundamentos que levam a que um ato impositivo deva ser aceito, ou não, e obedecido ou contornado. GALVÃO (2007)¹ baseasse nos estudos de Weber e decompõem a legitimidade em três manifesta, a saber:



São concepções importantes de serem apensados, pois propõem-se a frente, questionar o cunho moral e de valor estrito que envolve os crimes contra a administração públicas, haja vista que a prática ilícita não se adere à bem maculado pelo agente público, mas à sua prática imoral e antiética, que é ratificado pelo Código de Ética Profissional do Servidor Público civil do Poder Executivo Federal, Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, a título ilustrativo, reza:

[...] II - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras

¹ **Figura 1** - Forma Básica de Manifestação da Legitimidade para Weber. **Fonte:** GALVÃO (2007, p. 2) adaptado pelo autor.

contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL, 1994).

Contraopondo aos conceitos supramencionados, dessa legitimidade do estado, MORAIS (n.d.) questiona o ente incumbido e detentor do direito de punir, o Estado, em sua gênese, ou do ente privado.

“Não identificando oposição, conclui que os bens são tutelados em função da vida social e que o direito de punir os infratores corresponde à sociedade” (MORAIS, n.d, p. 3), mas, pela sua abstração, não consegue aplicar-lhe voluntariamente essa sua função, valendo-se desse modo da cessão desse poder punitivo por meios de estruturas estatais.

Sobre essa legitimidade há *“existência de um direito subjetivo do Estado consiste no exercício punitivo, ao qual se costuma denominar jus puniendi”* (BUSATO, 2015, p. 18).

BUSATO (2015), ainda, contrapõe essa legitimidade estatal quando conclui a inexistência do *jus puniendi* e reconhece que Estado não é portador de direitos, uma vez que só os teria quem dispõe de competência para exigir, para si, o que lhes são do seu interesse, advindos da ação ou omissão do outro, e o Estado não faz nada para si, mas sempre em interesse social.

Assim, não haveria próprio direcionamento de exigir que o outro faça ou deixe de fazer em proveito próprio. Desse modo o Estado, simples gestor dos direitos alheios, aplicando consequentemente, como mecanismo de controle social, o dever de punir e jamais o direito para tal.

Só pode ser detentor de direito quem pode exigir, para si, em prol de seus próprios interesses, alguma atitude de outro. Tudo o que o Estado exige de cada um não é e seu próprio interesse, mas de interesse dos demais indivíduos. Assim, o Estado não é detentor de direitos, é mero gestor de direitos alheios (dos indivíduos) [...] **não exige um direito de punir**(BUSATO, 2015, p. 19, grifo nosso).

1.1. Conceito de funcionário público para efeitos penais

Para fins penais, o legislador no artigo 327 do Código Penal, entende como funcionário público, que exerce na esfera das instituições públicas, de forma temporária ou não, com o sem remuneração, *“cargo, emprego ou função pública”*.

Funcionário público

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 (BRASIL, CÓDIGO PENAL, 1940).

Percebe-se que o art. 327, trata-se de norma explicativa, que segundo GONÇALVES (2011), ao *caput*, extrai-se que são funcionários públicos, entes investidos ao exercício de cargos públicos criados por lei, com características com ela determinadas, e oneram aos cofres públicos.

Nesse prisma, o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu artigo 3º explicita que cargo público “*é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor* (BRASIL, LEI 8.112/1990)”.

Há existência dos empregados públicos, normatizados pela Consolidação das Leis do Trabalho, decreto-lei 5.452/1943, dos que exercem função pública, que “*qualquer conjunto de atribuições públicas que não correspondam a cargo ou emprego público*” (GONÇALVES, 2011, p. 706).

A função exercida por servidores contratados temporariamente com base no art. 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 (DI PEITRO, 2001, p. 427).

Acresce-se ao entendimento de Di Pietro (2001), da *lex scripta* o artigo 37, supramencionado, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (BRASIL, CONTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988).

A Lei nº 9.983/2000 adicionou ao tipo penal, retro, o parágrafo 1º ao qual equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e ainda, a quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública GONÇALVES (2011).

1) Em relação ao conceito de entidade **paraestatal**, adotou-se a corrente **ampliativa**, pela qual se considera funcionário por equiparação aquele que exerce suas atividades em: a) **autarquias** (ex.: INSS); b) **sociedades de economia mista**(ex.: Banco do Brasil); c) **empresas** públicas (ex.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos); d) **fundações instituídas pelo Poder Público** (ex.: FUNAI).

2) Passaram a ser puníveis por crimes funcionais aqueles que exercem suas funções em **concessionárias ou permissionárias** de serviço público (empresas contratadas) e até mesmo **em empresas conveniadas**, como, por exemplo, a Santa Casa de Misericórdia (GONÇALVES, 2011, p. 707).

Para MEIRELLES (1993), entidade paraestatal pode ser vislumbrada como ente de direito privado, instituído e autorizada por lei específica, de patrimônio público ou misto, sendo pessoa jurídica, de direito privado.

Para GONÇALVES (2011) é nítido que a intenção do legislador, ao ampliar o alcance do *caput*. Contudo, esse alcance é restringido, uma vez que, não trataria de trabalhadores contratados no sentido de prestar uma atividade atípica da administração.

Percebe que o entendimento sobre o enquadramento do art. 327, do Código Penal, de 1940, é atemporal, e denota-se consagrado e pacificado.

Acham-se, pois, abrangidos pela definição legal não só os funcionários nomeados e investidos em seus cargos, pagos pelos cofres públicos, como também aqueles servidores mensalistas, diarista, e tarefeiros ou contratados a títulos precários, bem como aqueles que prestam serviços públicos sem remuneração (jurados, componentes de mesas receptivas e apuradores de voto) [...] Pouco importa que o exercício da função pública seja permanente ou eventual, voluntário ou gratuito ou remunerado, a título precário ou definitivo (COSTA JR., 1992, p. 209).

Acrescente-se o Habeas Corpus nº 115.176 - RS (2008/0198839-7), DJe 06/04/2009, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

O conceito legal de funcionário público, para fins penais, não alcança quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública, se a conduta é anterior à vigência da Lei nº 9.983/00, sob pena de violar o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal (HC n. 115.176-RS, 2008/0198839-7, DJe 06/04/2009, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA *apud* GONGALÇALVES, 2011, p. 708).

Contudo, GONÇALVES (2011) assinala situação para os crimes corrupção passiva, artigo 317, e concussão, artigo 316, do Código Penal/1940, no caso de médicos (particulares) que prestem atendimento pelo Sistema Único de Saúde, poderão enquadrar-se no § 1º do art. 327, do Código Penal, com lastro jurisprudencial:

[...] os médicos e administradores de hospitais particulares participam do Sistema Único de Saúde exercem atividades típicas da Administração Pública, mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição da República, equiparando-se, pois, a funcionário público para fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal. Recurso Especial provido (STJ – 6ª Turma – Resp. 331.055-RS – Rel. Min. Paulo Medina – J. 26.06.2003 – v.u. – DJU 25.08.2003).

1.2. Tratamento doutrinário aos crimes de Peculatos (art. 312 a 313, do Código Penal)

É sabido que o crime de peculato é o primeiro crime tipificado nos crimes contra a administração pública, referendados nos artigos 312 a 313, *ipsis litteris*, a seguir transcritos. E ainda são conhecidas as figuras do peculato-apropriação (primeira parte do *caput*), do peculato-desvio (segunda parte do *caput*), do peculato-furto (§1) e do peculato culposo (§ 2º), e parte da doutrina entende ainda a existência do peculato-malversação ou simples malversação, que o bem apropriado é particular.

Peculato

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 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.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 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.

Peculato mediante erro de outrem

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 (BRASIL, CÓDIGO PENAL, 1940)

Para COSTA JR. (1992), esse tipo penal é denominado crimes funcionais (*delicta in officio*) ou de responsabilidade, sob o qual dividem-se em funcionais próprios e impróprios, sendo a qualidade de “funcionário público” a elementar do tipo.

BITENCOURT (2012) contrapõe COSTA JR. (1992), para ele o crime de peculato é *crime funcional*, e não de responsabilidade. O crime de peculato deriva-se do direito romano, no qual a época intencionava a punir a subtração de coisas de posse do Estado, nomeada *peculatus* ou *depeculatus*, no marco histórico anterior à moeda e os sacrifícios de animais a entidade eram uma das riquezas públicas, e em casos específicos chegou a se cogitar a aplicação a qualquer fraude ao erário, segundo BITENCOURT (2012).

O direito romano, para definir o crime de peculato não levou em consideração a qualidade do sujeito ativo, que podia ser funcionário público ou particular, mas sim a titularidade da *res*, isto é, o fato de o produto da subtração pertencer ao Estado (*res publicae*) ou ser sagrado (*res sacrae*) (BITENCOURT, 2012, p. 78).

As medidas punitivas eram extremamente severas, na visão de BITENCOURT (2012), trabalhos forçados, pena de morte, situações degradantes e cruéis.

NUCCI (2008) classifica o peculato, tratado no art. 312 do Código Penal, 1940, de sujeito ativo, o funcionário público (tipificado no Art. 327 e seus adendos), e de sujeito passivo, o Estado primariamente e secundariamente à entidade de direito público e particular.

Acrescenta BITENCOURT (2012), havendo ao menos um dos participantes do crime a condição de funcionário público, essa condição pode se comunicar com demais partícipes.

[...] a condição especial funcionário público, no entanto, como elementar do crime de peculato, comunica-se ao particular que eventualmente concorra na condição de coautor ou partícipe, para a prática do crime, nos termos da previsão do art. 30 do CP. Dessa forma, é necessário que pelo menos um dos autores reúna a condição especial de funcionário público, podendo os demais não possuir tal qualidade (BITENCOURT, 2012, p. 83).

Segundo BITENCOURT (2012), o bem jurídico penalmente protegido, é a Administração Pública, quanto ao interesse em relação ao interesse patrimonial e moral.

Complementa sobre a objetividade jurídica, a doutrina clássica, atem-se há duas objetividades jurídicas, sendo, a primeira denominada "*genérica*", representada pelo normal funcionamento da Administração Pública; e a segunda de "*específica*", que é a segurança patrimonial dos bens móveis pertencentes ao erário público e o dever de fidelidade do funcionário público (BITENCOURT, 2012, p. 83).

A tutela penal pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos: em primeiro lugar, objetiva garantir o bom funcionamento da Administração Pública, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade; em segundo, visa proteger o patrimônio mobiliário do Poder Público [...] Ganha destaque, enquanto objeto de proteção penal, a probidade administrativa, embora, em se tratando de crime material, não possa dispensar a produção de um dano patrimônio (BITENCOURT, 2012, p. 80-81).

ALMEIDA *apud* NUCCI (2008) reforçam que independe do valor pecuniário do bem, outrora lesa, haja vista que a preocupação recai sobre o interesse moral. Uma vez que o objeto material pode ser dinheiro, valor ou outro bem móvel, pertencente à Administração.

É dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. *Dinheiro* é a moeda circulante no País. *Valor* é qualquer título, papel de crédito ou documento negociável, como apólice, ações, letras do tesouro, de câmbio, promissórias, conhecimentos etc. *bem móvel* é toda coisa passível de ser apreendida e removida de um lugar para outro (*de loco ad locum*) (COSTA JR. 1992, p. 181).

Outrora, BITENCOURT (2012) afirma que além da previsão do peculato no nosso ordenamento jurídico, conseguinte é punível, e ofende princípios fundamentais do *pacto social democrático*.

Para COSTA JR. (2012), o crime de peculato, é constituído pelo pressuposto de que o agente possui a posse legítima da coisa móvel, “[...] *de que tem a posse em razão do cargo* [...]”, conforme clarificado no *caput* art. 312 desse código, se não há é entendível que há peculato-furto (art. 312, § 1º) ou furto (art. 155), ambos tipificado pelo código penal de 1940, tido como peculato próprio.

A posse haverá de resultar do cargo. Indispensável uma relação entre cargo e a posse. Não sendo, suficiente que a coisa tenha sido confiada *contemplatione officii*, fazendo-se mister haja sido ela entregue ao funcionário em razão do

preceito legal, de regulamento ou de costume não contrário à lei (COSTA JR. 1992, p. 180).

Pela característica do peculato próprio, há autores que entende que o dano consequente à conduta típica seria mais moral ou político do que patrimonial. Contudo, pela pluralidade de condutas tipificadas e a pluriofensividade do crime, é defeso à ofensividade à fidelidade ético-moral do funcionário público à administração, bem como tenham tornado possuidor indevido de algo em razão na sua condição profissional (*útil dominus*), segundo BITENCOURT (2012) e COSTA JR. (1992).

2. A contraposição do contratualismo social nos crimes de peculato

O homem quando abandona a caverna, descobre que há um mundo, e seus maiores temores, nada mais são do que suas sobras refletivas. Por conseguinte, socializa-se e percebe que vagar, sábio, solitariamente, seria infrutífero.

Assim sendo, passa a coabitar em sociedade, a se organizar em estruturas sociais, a estabelecer atividades individuais, que compõem as necessidades do grupo, desse modo, cada resposta passa a ser parte de uma grande estrutura colaborativa. Surge o Estado, revestido de poder cedido pelos seus subordinados. “*Cada papel social implica o desempenho de uma série de obrigações e essas obrigações implicam claramente o controle social*” (SOUTO C. e SOUTO S., 2003, p. 31).

Para SOUTO (2003) *et alla* socialização é resultado da sua interação com entre os indivíduos do seu círculo de convivência. Sendo assim, haveria uma produção, que para os defensores das teorias do comportamento pode ser disposta na produção de *input e output (entrada e saída)*, no qual às ações dos indivíduos-sociais, são respostas do ambiente que o cerca.

BITENCOURT (2015) entende que a partir dessa constituição social, o Estado surge e passa a ser ente legítimo. Contudo, não lhe compete interferir na vida privada dos seus subordinados. Somente quando lhe é ratificado a fazê-lo por lei.

ROUSSEAU (2003) tinha uma clara preocupação de reforçar que há vínculo direito entre o que é permitido pelo direito, com o que por ele é prescrito, de modo que a justiça e o direito encontrem-se nivelados. O direito não é originário da natureza, apesar das implicações e

imposições normativas que existentes nela. Da mesma forma, há uma constante inquietação social, que impele o indivíduo a obediência ou a questioná-la, ambas seriam aceitáveis.

Enquanto um povo é constringido a obedecer e obedece, faz bem; tão logo ele possa sacudir o jugo e a sacode, faz ainda melhor; porque, recobrando a liberdade graças ao mesmo direito com o qual lha arrebataram, ou este lhe serve de base para retomá-la ou não lhe prestava em absoluto para subtraí-la (ROUSSEAU, 2003, p. 10).

É compreensível que somente o anseio coletivo é força motriz que origina o Estado, com a busca do bem comum, esse direcionamento deve-se aos interesses particulares diversos do grupo, que obrigaram a sua reestruturação.

ROUSSEAU (2003) conclui que independente do direcionamento, coletivo ou individual, há uma busca incessante na construção de laços sociais; e, se houver algum ponto convergente e harmonioso, a sociedade estaria estabelecida. Uma vez que exige essas divergências para se substabelecer. O indivíduo é socializado.

Nos ditames de SOUTO C. e SOUTO S. (2003), sobre a socialização do indivíduo, há normas de condutas a serem seguidas, o corolário é diversos membros que refletem ou são limitados por um comportamento incorporado, padronizando-os às respostas e ações, ou desejando-as padronizadas, não as alcançando em sua totalidade. Infere-se ao caso concreto, desses desvios de padronização o ponto de aplicação do direito penal.

São muitas as vantagens proporcionadas pelo meio social. É o meio social, feito pelo homem, que facilita sua vida no meio natural. Mas o preço cobrado ao indivíduo socializado é bastante alto. A tendência do grupo é de exigir dos seus membros uma conduta a mais possível padronizada. **Os casos extremos, ou que fogem da média, merecem um cuidado especial no sentido de seus incentivos ou restrição.** [...] o indivíduo não é todo passivo, nem existe para a sociedade obediência absoluta (SOUTO C. e SOUTO S.2003, p. 29-30).

Oriundo a isso, tangencia a essa nova organização o Direito Penal, que visa proteger o coletivo a excessos ou omissões individuais, sejam de quem deveria seguir ou ter uma conduta ou a faz ciente do excesso, ou ainda, inexistindo qualquer concordância, mesmo que da maioria, não haveria contratualismo durável e constante. E a ele não haveria sociedade.

Para ROUSSEAU (2003) e lei é força de uma vontade geral, no direito penal, pela busca íntima, de resguardar a integridade física, patrimonial ou moral, dos contratados.

3. O princípio da insignificância

O princípio da insignificância, nas palavras de BITENCOURT (2015), é um dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, recepcionados pela Constituição Federal de 1988, e reflete como parte de um conjunto de valores de um Estado Social e Democrático de Direito.

Seguindo os estudos LENZA (2012) e MASSON (2008) esse princípio também conhecido como princípio ou criminalidade de bagatela, tornou-se conhecido no Direito Civil, do discurso jurídico de que questões irrelevantes, incapazes de lesar um bem jurídico, são dispensáveis do apreço penal, retomando ao adágio, preposto pelo direito romano *minimus non curat praetor*.

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. [...] *princípio da bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. [...] Nessa circunstância, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado BITENCOURT (2015, p. 60).

A partir de 1970, é apensado ao apreço penal pelos estudos de Claus Roxin, e acurado por Hans Welzel, segundo LENZA (2012) e MASSON (2008).

LENZA (2012) aponta que, sobre esse princípio, se a conduta não apresenta claro perigo ou eminente dano a um bem jurídico protegido, o direito penal não deve aplicar-lhe punições, que seria gravosa à conduta criminosa. Sendo, por conseguinte, irrelevante ou dispensável da seara do judiciário.

Desse modo, conclui que nessas situações, haveria materialidade atípica, face ao respeito dos princípios constitucionais a serem respeitados. “*Funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal*” (MASSON, 2008, p. 25).

LENZA (2012) emerge a existência de requisitos objetivos e subjetivos. Esses, dispostos alhures por MASSON (2008), estes, a mensuração do objetivo à vítima, a sua condição econômica, o valor sentimental, e ainda, as circunstâncias envoltas no crime e o seu resultado, que forneçam elementos para identificar se houve alguma lesão. E nesse sentido, teria a atenção do Direito Penal.

Decorrente da recepção da nossa estrutura jurisdicional, o princípio até então tratado, exigem os chamados por MASSON (2008) "vetores", oriundos pelas reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal de Justiça, "a mínima ofensividade da conduta; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e a inexpressividade de lesão jurídica provocada" (MASSON, 2008, p. 100).

Nossa estrutura jurídica reconhece e concede a todo o indivíduo um direcionamento autônomo, posto a uma conduta dolosa, ou feito à sua ação negligente, imprudente ou imperícia. E ainda, é sabido que à estrutura punitiva, não cerceia uma ação, uma vez que constitucionalmente somos livres, mas fixa que uma conduta tipificada, tem penalidades previstas.

[...] no art. 1º, III, da Constituição, encontramos a declaração a *dignidade da pessoa humana* como fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico como sujeito autônomo capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos (BITENCOURT, 2015, p. 49).

Por fim, BITENCOURT (2015), conclui que:

[...] a *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser afetada não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, pela *extensão da lesão produzida*.

[...] a *insignificância da ofensa* afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da *consideração global* (BITENCOURT, 2015, p. 61).

Sobre o traçado doutrinário, aqui mencionado, finda MASSON (2008):

O princípio da insignificância **tem aplicação a qualquer espécie de delito que com ele seja compatível**, e não apenas aos crimes contra o patrimônio [...] Não é admitido em **crimes praticados com emprego de violência à pessoa ou grave ameaça**, pois os reflexos daí resultantes não podem ser considerados insignificantes (MASSON, 2008, p. 26).

Deve-se, ainda, grifar um cuidado feito por LENZA (2012), no qual orienta a atemo-nos cuidadosamente a não conflitarmos o Princípio da insignificância, que distância a tipicidade (material), com a bagatela imprópria, que se reconhecida, exclui a culpabilidade no comportamento praticado.

A tese se embasa num conceito funcional de culpabilidade, segundo o qual esta não se adstringe à reprovabilidade da conduta, inspirada nos elementos previstos no Código Penal (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), mas requer a **satisfação de necessidade preventiva**. [...] Pondere-se que a ausência de bases claras para a incidência do princípio e a conseqüente exacerbação da discricionariedade judicial que este propicia tornam sua aplicação fator de insegurança jurídica e, por vezes, de desigualdade no tratamento da Justiça Penal (LENZA, 2012, p. 103-104).

3.1. A aplicação nos crimes contra a Administração Pública

Para BUSATO (2015) a função do direito penal é o meio social, não só de aplicar determinadas ações punitivas, mas como instrumento que deve influenciar a consciência cidadã de forma pedagógica, à proteção de bens jurídicos sociais e essenciais.

Contudo, para o referido autor, o direito penal, não deve incumbir-se da gestão ético-moral, haja vista que esse direito é incerto e de constante subjetividade, pela sua fácil conversão em padrões dogmáticos.

Para tal, o Supremo Tribunal Federal já foi demandando a decidir sobre a questão da admissibilidade ou não do princípio da insignificância, nos crimes de peculato-furto, no caso em estudo, tem-se ao previsto no Código Penal Militar (art. 303, § 2º), que há de ser suficiente.

Nesse sentido, vota o *habeas corpus* 108.168 Pernambuco, quanto a defesa de paciente apreendido com munições, sendo a sua maioria de cartuchos sem qualquer valor ofensivo, Primeira Turma, do STF, o Ministro Luis Roberto Barroso, no caso relator, que por unanimidade foi-lhe indeferido.

[...]

5. Por fim, atento às peculiaridades do processo, também não vejo como penalmente irrelevante a subtração de diversas munições de uso restrito das Forças Armadas, algumas em plenas condições de uso. Afinal, tal como já foi decidido por este Supremo Tribunal Federal, a conduta praticada pelo paciente está “*imbricada com os bens jurídicos situados na esfera da hierarquia e da disciplina militar e da segurança da coletividade... ainda que o valor das munições seja de pequena monta, obsta a pretensão do impetrante o fato de que o crime de peculato não se constitui, apenas, em lesão de cunho patrimonial. É delito que também atenta contra a Administração Militar (Título VII, capítulo I, do Código Penal Militar)...*” (HC 104.787, da relatoria do Ministro Ayres Britto, Segunda Turma)², grifo nosso.

² HC 108.168, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, Processo Eletrônico DJe-170, Divulg. 02.09.2014, Public. 03.09.2014.

Sobre outro cenário, no julgado do *habeas corpus* 112.338 São Paulo, à cena falou-se de apropriação de “*farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante*”, paciente carcereiro. *HC* deferido.

[...]

Com efeito, para a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige-se a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

Nesse contexto, o tipo penal acima descrito não tem como pressuposto a ocorrência de um prejuízo econômico objetivamente quantificável, uma vez que principal bem jurídico tutelado é a probidade administrativa.

[...]

Embora esta Turma tenha entendimento no sentido de que as questões relativas à pessoa do agente não deve ser levadas em consideração no exame da incidência ou não do princípio da insignificância ao caso concreto (Voto do Ministro Cezar Peludo, HC 112.388/SP)³.

E na ementa do HC 112.388, resta:

[...] Irrelevância do caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. *HC* concedido para esse fim. Voto Vencido. Verificada a objetividade insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento (BRASIL, EMENTA HC 112.388/SP)³.

Conclusão

É importante a dosar que, os crimes Contra a Administração Pública, em espécie os de Peculato, são lesivos não somente ao patrimônio público de acesso a todos, e pertencente à sociedade, mas infectam o Estado em seu reflexo na sociedade.

Percebe-se que em uma sociedade contratualista, em que se ampara em preceitos normativos que regulam, cerceando, os direitos dos entes contratados, qualquer ato que macule o valor representativo do Estado feito pela figura das instituições Administrativas reflete sob a visão que se tem desse grupo organizado.

³ HC 112.388, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, PROCESSO ELETRONICO DJe-181, DIVULG 13-09-2012, Public. 14-09-2012.

Muito se fala, da integridade moral de países em que, pouco se discute a cerca, de atos criminosos feitos à administração, corrupção, desvios e não exequível o peculato. Mas em nossa República que resvala a todos os direitos Magnos de pleno direito, de igualdade, de reorganização político-social pós estado de dominação militar.

Podemos ser vistos como um estado que, ainda, na infância se vê vítima de açoites e pequenas delinquência, dos seus próprios funcionários e crescemos para grande monta, contas em países fiscais, dinheiros não justificados, desvios e furtos que não só afetam a ética, mas os seus entes subordinados.

Não se enseja ao longo deste trabalho, aplicar ao Estado a culpa por atos de seus funcionários públicos, empossados no exercício transitório ou permanentes de funções administrativa. Muito menos, dizer-lhe que sua ineficiência em se organizar de forma que incidências de crimes à administração, dos ínfimos aos imensurável, ocorram.

Intenciona-se a estabelece uma crítica formada individualmente, no instante em que atendemos que o Peculato, seja em sua modalidade própria ou imprópria, por culpa ou mediante erro de outro, e doutrinariamente o peculato-malversação pode se dar de pequenas montas, de valores insignificantes, não excluem, em regra, o crime outrora estabelecido.

Contudo, nessa formação crítica, de intenção deste, o princípio da Insignificância tem se refluído aos recursos e julgado, de modo que pela lesão patrimonial feita pelo acusado à esfera pública seria mínimo, se ladeado pela pena a ser imposta.

Referências

ANDRADE, Carlos Frederico Rodrigues de Andrade. **A hediondez para os crimes contra a Administração Pública**. Publicado por FREITAS, Danielli Xavier. Disponível em: <<http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/147404967/a-hediondez-requerida-para-os-crimes-contra-a-administracao-publica>>. Acesso em 14 de outubro de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 5 - Parte Especial**. 6ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 21ª ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Título XI – Dos crimes Contra a Administração Pública**. Disponível em: http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/7_soltas.pdf. Publicado em 2015, p. 727-737. Acesos em 1º de outubro de 2015.

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

JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Curso de Direito Penal: Volume 3 – Parte Especial**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

LENZA, Pedro (coord.), GONÇALVES, Victor Eduardo Rios e ESTEFAM, André. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, José Renato. **Crimes Contra a Administração Pública – O delito de Corrupção e Repercussão da Sentença Penal Condenatória na Esfera Administrativa**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/270807.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2015.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Médoto, 2008

MEIRELLE, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18º Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - Parte Geral e Especial**. 4ª ed. rev. atual e ampl. 3ª tir.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Fernando A. N Galvão da. **Direito Penal Curso Completo: Parte Geral**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 1ª publicação em 1762. Traduzido por SILVA, Rolando Roque. Versão E-books. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Casting Mores, 2003.

SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito: Uma visão Substantiva**. 3ª ed., rev. e aum.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 22 de fevereiro de 2017.
Aprovado em 1º de outubro de 2018. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade do autor.

Edição publicada em 15 de outubro de 2018.