

Funcionários Fantasmas

O problema da tipificação



Curitiba

Junho de 2020

Versão revista e atualizada



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*

Coordenação

Cláudio Rubino Zuan Esteves | Procurador de Justiça/MPPR

Coordenação e Revisão dos Trabalhos*

Alexey Choi Caruncho | Promotor de Justiça/MPPR

Ricardo Casseb Lois | Promotor de Justiça/MPPR

Apoio Técnico

Donizete de Arruda Gordiano | Assessor de Promotor DAS-4

Kenny Robert Lui Bettio | Assessor de Promotor DAS-5

* A versão original deste artigo, publicada em janeiro de 2017, contou com a participação dos Promotores de Justiça André Tiago Pasternak Glitz e Raquel Juliana Fülle, então integrantes do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais.

SUMÁRIO

FUNCIONÁRIOS FANTASMAS: O PROBLEMA DA TIPIFICAÇÃO.....	4
PARTE I.....	6
1. PECULATO-APROPRIAÇÃO, PECULATO-DESVIO, PECULATO-FURTO.....	6
1.1. O funcionário público como sujeito ativo.....	7
1.2. Bem móvel.....	7
1.3. Relação entre o cargo e a apropriação, desvio ou subtração.....	8
1.4. Peculato-apropriação x Peculato-desvio.....	8
1.5. Peculato-apropriação / Peculato-desvio x Peculato-furto.....	11
PARTE II.....	14
2. ESTUDO DE CASOS DE FUNCIONÁRIOS FANTASMAS E SUA ADEQUAÇÃO ÀS FIGURAS TÍPICAS DO PECULATO.....	14
2.1. Casos dos pseudo-funcionários públicos.....	14
2.2. Casos em que o servidor nomeante permanece com os cartões bancários dos servidores nomeados e saca os vencimentos destes que desconhecem ou anuem com a prática.....	26
2.3. Casos em que o servidor nomeante exige do servidor nomeado a entrega de parte do salário como condição para a nomeação.....	28
PARTE III.....	29
3. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DOS CASOS DE FUNCIONÁRIOS FANTASMAS PELA JURISPRUDÊNCIA.....	29
3.1. A importância da análise dos argumentos jurisprudenciais.....	29
3.2. Análise dos fundamentos jurisprudenciais invocados.....	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35

FUNCIONÁRIOS FANTASMAS: O PROBLEMA DA TIPIFICAÇÃO

Desde o ano de 2016, a tipificação de casos que envolvem os chamados “funcionários fantasmas” vem figurando como um dos temas mais recorrentes nas consultas recebidas pelo Centro de Apoio. Objeto de estudo publicado originariamente em janeiro de 2017, o tema permanece atual, incidindo nas mais diversas esferas da Administração Pública.¹

Persiste, igualmente, atual a necessidade de atentar para as circunstâncias de cada caso concreto, em especial diante de entendimentos jurisprudenciais que, não poucas vezes, dificultam a sistematização da matéria. Até onde se nota, na realidade, toda a discussão afeta à sua tipificação reside na análise de certas minúcias e detalhes que são utilizados para direcionamentos e conclusões absolutamente díspares.

Assim, ao revisar e atualizar o estudo então publicado, nossa Equipe optou por manter sua estrutura central em observância à fluidez de seus argumentos, inserindo uma parte final voltada, especificamente, à análise de certos julgados que vêm reconhecendo a atipicidade nos casos de funcionários fantasmas.

Assumindo essas premissas, o estudo que segue foi estruturado em três partes:

- A primeira, *com enfoque teórico*, se ocupará em aglutinar e resumir as principais distinções que caracterizam as figuras dolosas do crime de peculato previstas no Código Penal, por meio dos tipos penais do artigo 312, *caput* e parágrafo 1º;
- A segunda, trará à baila *03 grupos de casos concretos* que possuem particularidades que os distinguem para fins de tipificação das condutas praticadas. Em cada um deles serão resumidos os fatos e abordadas suas possíveis tipificações, destacando doutrina e jurisprudência correspondentes,

1 Não por outra razão, sua transversalidade, invariavelmente, faz com que essas condutas também configurem atos de improbidade administrativa. Neste sentido, em caráter complementar ao presente estudo, sugere-se atenção às considerações contidas no Protocolo de Investigação elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público. Disponível em: <<http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=890>>. Acesso em: 28. mai. 2020.

observando-se sobretudo os posicionamentos mais recentes dos Tribunais, quer corroborem, quer contraponham-se aos apontamentos tecidos;

- Por fim, na terceira parte, será realizada uma análise crítica de um conjunto de julgados que vem reconhecendo a *atipicidade de casos de funcionários fantasmas*.

Oportuno recordar, que o objetivo deste material não é o de apresentar uma resposta sedimentada sobre o tema, mas de apresentar uma visão técnica a fim de fomentar um debate bem informado a seu respeito.

Em sua parte final, de toda forma, serão aglutinadas algumas considerações de caráter conclusivo que podem ser extraídas do presente texto.

É sempre válido ressaltar que nossa pretensão aqui não é outra senão a de tão somente subsidiar as unidades ministeriais para que, respeitada a independência funcional, possam adotar uma posição balizada em fundamentos atentos ao quanto vem prevalecendo no âmbito interpretativo do nosso ordenamento.

PARTE I

1. PECULATO-APROPRIAÇÃO, PECULATO-DESVIO, PECULATO-FURTO

O Código Penal prevê, no artigo 312, *caput* e em seu parágrafo 1º, as três figuras de peculato doloso:

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.

O *caput* dispõe, respectivamente, acerca dos chamados *peculato-apropriação* e *peculato-desvio*, ao passo que o parágrafo 1º contém as elementares do denominado *peculato-furto*.

Em geral, refere a doutrina que estas formas dolosas de peculato possuem três elementares comuns, a saber:

- (a) a qualidade de funcionário público do sujeito ativo;
- (b) a necessidade de que o objeto material seja um bem móvel, tal como dinheiro ou valor, público ou particular; e
- (c) que haja relação entre o cargo e a possibilidade de acesso ao bem móvel.²

Dada a finalidade do presente texto, no que segue, nos limitaremos a apresentar brevíssimas notas a seu respeito.

2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, parte especial: Volume II, 6 ed, revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 407-419; HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. vol. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. p. 332-351; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 211-227; QUEIROZ, Paulo (coord.). **Direito Penal**: parte especial. 2º ed. Editora JusPodivm, 2015. p. 1198-1208; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1340-1353; GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: crimes contra a administração pública. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. p. 38-61; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 4: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 340-356.

1.1. O funcionário público como sujeito ativo

Em todas as modalidades dolosas de peculato do Código Penal há referência expressa de que a prática delitiva deve ter como autor o *funcionário público*.

Questões relevantes podem surgir quando há a participação de *terceiro* que não é conceituado pelo artigo 327 do Código Penal como funcionário público.³ Nestes casos, BUSATO explica com destacada objetividade que:

A regra que dirime os problemas e serve de rumo para a discussão é a do art. 30 do Código Penal, que refere que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo elementares do crime. Como, neste caso, a circunstância de caráter pessoal – ser funcionário público – é precisamente um dos elementos da pretensão conceitual de relevância, o caso é de comunicação de tal circunstância entre os partícipes do delito. Portanto, quem auxilia, instiga, induz ou é coautor da subtração, do desvio ou da associação, conjuntamente a um funcionário público, responderá pelo crime de peculato.

Naturalmente, em obediência às regras de coautoria em crime doloso, os coautores devem partilhar o elemento subjetivo, ou seja, devem agir todos dolosamente.

Além disso, é preciso que o partícipe que não possua a condição de funcionário público, ao oferecer sua contribuição, tenha ciência da condição de funcionário público do agente principal para fins de responder por peculato.⁴

1.2. Bem móvel

Conforme observado por PRADO, o legislador, ao mencionar tanto no *caput* como no § 1º do artigo 312 que o dinheiro é bem móvel passível de ser objeto material do crime de peculato, afastou a tese defendida por alguns de que o crime somente atingiria *bem infungível*.⁵

Outra importante observação é a feita por BUSATO, destacando que o objeto material do crime é um *bem* e não um *serviço*.⁶ Trata-se de observação relevante para os casos que serão relatados na sequência,

3 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.

4 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial 2, v.3. São Paulo: Atlas, 2016. p. 455.

5 PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 350-351.

6 BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 448.

notadamente no que diz respeito à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a seguir analisada.

1.3. Relação entre o cargo e a apropriação, desvio ou subtração

Nas três modalidades de peculato doloso é imprescindível, ainda, que o crime seja praticado em razão da condição de funcionário público do sujeito ativo. Assim, no *peculato-apropriação* e no *peculato-desvio*, a posse anterior do bem móvel deve se dar em razão do cargo, como o policial que se apropria indevidamente do bem apreendido, ou o carcereiro que se apossa dos bens de um preso.⁷

Além disso, em ambas as figuras do *caput* do artigo 312, a posse que se deu *em razão do cargo* deve necessariamente ser *lícita*, já que se for *ilícita* pode caracterizar outro tipo, como a *concussão* ou o *peculato mediante erro de outrem*. Por outro lado, se a posse *não tiver ocorrido em razão do cargo*, poderá estar presente a figura da *apropriação indébita*⁸.

Quanto ao *peculato-furto*, embora nele se exija que *não exista uma posse antecedente do objeto material do delito*, a subtração também deverá estar relacionada com o fato do sujeito ativo ser funcionário público, de acordo com o exigido pelo conceito do artigo 327 do Código.

Feitas estas considerações acerca das semelhanças passa-se a apontar as diferenças entre as três espécies dolosas do crime de peculato.

1.4. Peculato-apropriação x Peculato-desvio

Apropriar-se importa em assenhoramento da coisa móvel (no todo ou em parte); fazê-la própria e dela dispor como se fosse o proprietário, consumando-se no momento em que o agente inverte o título da posse, passando a reter a coisa *uti dominus*⁹. Trata-se de circunstância que *somente poderá ser avaliada por meio dos atos exteriores de utilização do bem* (retenção, alienação, especificação, consumo, etc.).¹⁰

7 Exemplos de BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 449.

8 BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 449.

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.* p. 414.

10 HUNGRIA, Nélson. *Op. cit.* p. 335.

Já a conduta de *desviar* implica em dar à coisa destinação ou emprego diverso daquele para o qual foi ela entregue ao agente.¹¹ Ao invés do destino certo e determinado do bem de que tem a posse, o agente lhe dá outro, no interesse próprio ou de terceiro.¹² Há, portanto, o *desvio*, quando o agente emprega a coisa móvel sob sua posse para fim diverso daquele especificado pela lei.¹³

Sobre as duas figuras é pertinente a lição de GALVÃO:

No contexto da incriminação do *peculato-apropriação*, *apropriar* significa tomar para si a coisa alheia que já está em poder do sujeito ativo do crime, inverter a natureza da posse para agir como se fosse o dono da coisa. No *peculato*, como também ocorre no crime de *apropriação indébita* (art. 168 do CP), é pressuposto necessário para a caracterização do crime que o sujeito ativo receba a coisa de maneira lícita, em razão do cargo, e que, posteriormente, passe a comportar-se como se fosse o seu dono. A *apropriação* se verifica quando o sujeito passa a tratar a coisa como se fosse sua, dispondo da mesma, retendo-a ou consumindo-a. É a intenção de ter a coisa como sendo sua – *animus rem sibi abendi* – que caracteriza essencialmente a conduta de apropriar-se. Como objetivamente a coisa já deve estar em poder do sujeito ativo quando da realização do crime, a *apropriação* se opera por meio de uma mudança no elemento subjetivo do sujeito que acaba por revelar-se por meio de uma conduta objetivamente verificável, como a não restituição ou o consumo da coisa.

Na incriminação do *peculato-desvio*, *desviar* tem o significado de modificar a natural destinação da coisa móvel, dar-lhe encaminhamento ou aplicação diversa da que foi estabelecida pela Administração. Nesta modalidade de conduta criminosa o sujeito não pretende tomar a coisa para si, o denominado *animus rem sibi abendi*, mas pretende aproveitar-se do desvio para beneficiar a si próprio ou a outrem. Por isso, na doutrina há quem sustente que o *peculato-desvio* pode caracterizar-se com o simples uso irregular da coisa pública, desde que seu uso possa trazer benefício ao sujeito ou a terceiro. O proveito (benefício) auferido pelo sujeito pode ser de qualquer natureza, como patrimonial, moral, funcional, etc.

Por outro lado, neste último tópico referente ao *peculato-desvio*, há substancial doutrina sustentando que para a configuração do injusto do tipo nesta modalidade **é imperativo que o uso da coisa se realize em contrariedade a qualquer finalidade de utilidade pública**, não bastando o seu uso irregular.¹⁴

Neste sentido, BUSATO destaca que o *desvio deve sempre dar-se em proveito próprio ou alheio e nunca da própria Administração. Portanto, não haveria crime no desvio realizado para finalidade pública, como a utilização para*

11 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 414.

12 NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.* p. 222. No caso de desvio, ocorre a consumação quando o funcionário dá às coisas destino diverso, quando emprega em fins outros que não o próprio ou regular (TJSP – AC – Rel. Hoepfner Dutra – RJTJSP 11/505-506).

13 QUEIROZ, Paulo (coord.). *Op. cit.* p. 1204.

14 MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal**: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública. 6 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28.

*aliviar déficit do caixa do Estado, podendo haver, em algum caso, o crime de desvio de verbas públicas.*¹⁵

Ainda sobre o *peculato-desvio*, alguma polêmica gira em torno da conduta daquele que faz uso de um bem móvel para finalidade diversa da que lhe é dada pela Administração Pública. Aqui, cumpre ressaltar que **está praticamente consolidado na doutrina o entendimento de que seria atípica a conduta do chamado *peculato de uso***, subsistindo um eventual ilícito administrativo.¹⁶ Apesar deste entendimento, porém, não é demais recordar a advertência de GALVÃO, de que esta solução:

(...) se apresenta aparentemente contraditória com a previsão do *peculato-desvio*, que se caracteriza justamente nos casos em que o funcionário público dá utilização aos bens diversa da que orienta a Administração, em proveito próprio ou alheio. Ao que parece, a expressa previsão para o *peculato-desvio* impede a conclusão de que o *peculato de uso* é impunível. Na verdade, cabe ao operador do Direito distinguir o uso do bem móvel que permite a caracterização do que se poderia chamar de *peculato de uso*. O desafio a enfrentar diz respeito ao juízo de adequação social da conduta examinada. O comportamento reconhecido como *peculato de uso* não é relevante para violar a norma incriminadora, por não receber a valoração negativa da conduta socialmente inadequada. O *peculato desvio*, por sua vez, se caracteriza mediante conduta socialmente inadequada.¹⁷

De fato, não há uma resposta definitiva e simples sobre o tema do *peculato de uso*, sequer com o emprego da tese de adequação social da conduta apresentada por GALVÃO, eis que toma por base *limites ético-sociais subjetivados*. Por isto, a nosso sentir, parece razoável que algumas circunstâncias fáticas do caso concreto funcionem como o melhor norte para o operador em casos assim.

Ou seja, seguindo o exemplo dado por FRAGOSO, o funcionário que usa veículo oficial para fins particulares pode praticar o crime de *peculato-desvio*, ou não.¹⁸ Para fins de tipificação do crime de *peculato-desvio*, a conduta de um funcionário público que depois de um dia de trabalho, a caminho de casa, desvia um pouco o trajeto para apanhar o filho na escola com o carro oficial, *ao menos para fins de reprovabilidade penal*, parece distinta daquele que se vale reiteradamente de carro oficial para, em horário de expediente, realizar atividades particulares em locais distantes do seu local de trabalho.

15 BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 449.

16 Neste sentido: Hungria, Bitencourt, Greco, Prado e Busato.

17 Ademais, se levarmos em conta que a atipicidade nestes casos se daria em razão da *ausência de ofensa relevante ao bem jurídico*, a tese de atipicidade aqui conflitaria com o entendimento sumulado no sentido de que: "O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública" (Súmula 599/STJ).

18 BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 449.

A distinção residiria na tipicidade material desta última conduta, ao passo que na primeira não haveria pretensão de ofensividade da norma protegida pelo tipo penal do artigo 312 na sua modalidade *desvio*.

De todo modo, não é demais recordar que referida divergência limita-se à tipificação do Código Penal ora tratado, já que existindo a condição especial de Prefeito do agente público, terá incidência os termos do artigo 1^a, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67.¹⁹

1.5. Peculato-apropriação / Peculato-desvio x Peculato-furto

A principal nota distintiva entre as figuras do *caput* e a do § 1^o do artigo 312 é que para a tipificação das duas primeiras mostra-se **imprescindível a posse lícita anterior do bem móvel**. Já no *peculato-furto* (artigo 312, § 1^o), o funcionário público não tem a anterior posse do objeto material, mas o subtrai, ou concorre para que outro o subtraia, em proveito próprio ou alheio.²⁰

Nos dois primeiros casos, além de lícita, deve haver a *posse* anterior do bem. Pelo seu poder de síntese e distinção entre o elemento normativo *posse* e o elemento normativo *detenção* do artigo 168, *caput*, do Código, vale transcrever a seguinte lição de PRADO:

(...) o peculato a que se refere o *caput* do artigo 312 exige como pressuposto material que o agente *detenha a posse* da coisa sobre a qual recai a conduta delitiva, já que a ausência da posse leva à caracterização do peculato-furto (art. 312, § 1^o).

Ao contrário da apropriação indébita, em que o legislador fez expressa menção à figura da *detenção*, no peculato, o tipo objetivo refere-se tão somente à *posse*. Contudo, esta deve ser enfocada em sentido amplo, alcançando não só a *detenção*, como também a *posse indireta*, compreendendo esta última o que se denomina *disponibilidade jurídica*, em que apesar de não dispor da *detenção* material da coisa o agente a exerce mediante ordens, requisições ou mandados, como ocorre com o chefe de determinado órgão público onde se guardam valores.²¹

No mesmo sentido, acompanha boa parte da doutrina:

Tal como a apropriação indébita, o peculato pressupõe no agente a preexistência da legítima *posse precária*, ou em confiança, da *res mobilis* de

19 “Art. 1^o São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”.

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 1347.

21 PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 351.

que se apropria, ou desvia do fim a que era destinada. A posse antecedente da coisa e a infidelidade do agente ao seu dever funcional são elementos tradicionalmente incluídos no conceito de peculato ²².

Em qualquer hipótese constitui pressuposto do fato que o agente tenha a posse lícita do objeto (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel). Se inexistir este antecedente necessário, o crime a identificar-se será o do § 1º do art. 312 (peculato-furto) ou o do art. 155 (furto) ²³.

O pressuposto do crime de peculato, em relação às duas figuras do *caput* do art. 312, é a anterior posse lícita, isto é, legítima da coisa móvel pública (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel), da qual o funcionário público apropria-se indevidamente. A posse, que deve preexistir ao crime, deve ser exercida pelo agente em nome alheio, ou seja, em nome do Poder Público, já que a ausência da posse altera a tipicidade da conduta, podendo caracterizar o peculato-furto (art. 312, §1º) ou, residualmente, o crime de furto (art. 155) ²⁴.

Tal qual reforça BUSATO, o conceito de posse, aqui, não possui o sentido jurídico-civil, mas sim o coloquial, mais amplo, que inclui a mera detenção.²⁵

Ademais, sobre o *peculato-furto*, é importante observar o destaque de GALVÃO, no sentido de *ser imprescindível que o sujeito ativo não tenha a posse anterior do bem móvel*:

Muito embora a literalidade da redação conferida ao tipo incriminador permita entender que é possível caracterizar o *peculato-furto* nos casos em que o sujeito ativo tem a posse do dinheiro, valor ou bem e o subtrai, tal conduta é impossível de realizar-se no plano naturalístico. É pressuposto da conduta de subtrair que o bem esteja sob a disposição física de outrem. Se o bem estiver na posse (detenção) do sujeito não é possível que ele realize uma subtração contra si mesmo. Em outras palavras: não é possível subtrair qualquer coisa de si mesmo. Por isso, apesar da literalidade do tipo incriminador, não é possível caracterizar-se o *peculato-furto* se o sujeito detiver, com exclusividade, a disponibilidade física sobre o dinheiro, valor ou bem.²⁶

Este mesmo autor, de toda forma, alerta ser possível a ocorrência do delito caso a posse seja compartilhada entre vários funcionários públicos e um deles subtraia o bem móvel.²⁷

Por fim, ainda é válido ressaltar que, no *peculato furto*, a incriminação será dupla, ou seja: primeiro, tipifica-se a conduta de subtrair a coisa, assenhorar-se de dinheiro, valor ou outro bem móvel, aproveitando-se da facilidade de sua condição de funcionário público; depois, num segundo momento, incrimina-

22 HUNGRIA, Néson. *Op. cit.*, p. 334.

23 FRAGOSO, Heleno Cláudio *Op. cit.* p. 412.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 1343.

25 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* p. 449. No mesmo sentido, Busato cita Noronha, Stoco e Hungria.

26 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.* p. 43.

27 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p.43.

se a conduta do funcionário público que concorrer para que terceiro promova a subtração.

Como explica BUSATO:

(...) converte-se em peculato qualquer subtração de coisa pública ou privada a que o agente público tenha acesso em razão de seu cargo, desde que o próprio agente tenha concorrido para a prática da subtração, ainda que tal concurso se dê na condição de partícipe e não de autor.²⁸

Estes, enfim, alguns apontamentos gerais sobre as três figuras dolosas do crime de peculato tipificadas pelo Código Penal que, a nosso sentir e para os propósitos do presente Estudo, mereciam ser recordados.

Cabe, agora, direcionar a discussão aos chamados casos de “funcionários fantasmas”, analisando-se, a partir de situações concretas, sua adequação às figuras típicas do artigo 312, *caput* e § 1º, do Código Penal.

28 BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 450.

PARTE II

2. ESTUDO DE CASOS DE FUNCIONÁRIOS FANTASMAS E SUA ADEQUAÇÃO ÀS FIGURAS TÍPICAS DO PECULATO

2.1. Casos dos pseudo-funcionários públicos

Pessoas que não exercem nenhum tipo de atividade inerente ao cargo para o qual foram nomeadas

Este primeiro grupo de casos parece ser o mais frequente. Por isto, será realizada uma análise mais detalhada das suas circunstâncias. Para tanto, serão sumariados os fatos de um caso típico que, inclusive, já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

No ano de 2005 o Deputado Federal Celso Russomano foi acusado de nomear como funcionária de seu Gabinete na Câmara dos Deputados pessoa que, após a nomeação, permaneceu prestando serviços em empresa particular do parlamentar.

Na peça acusatória o Ministério Público Federal imputou ao Deputado a prática de peculato-desvio, prevista no artigo 312, caput, do Código, já que ele teria se utilizado de recursos públicos para remunerar as atividades exercidas por funcionária de sua empresa privada.

Ao receber a denúncia no ano de 2008, o Supremo, encampando a tese acusatória no juízo de admissibilidade²⁹, consignou que o acusado supostamente desviou valores do erário, na condição de deputado federal, ao indicar e admitir uma pessoa como secretária parlamentar no período de 1997 a março de 2001 quando na realidade, tal pessoa continuou a trabalhar para a sociedade empresária Night and Day Produções Ltda., de titularidade do denunciado, no mesmo período.

O término do mandato do parlamentar ao longo da ação penal, porém, fez com que os autos fossem encaminhados a primeiro grau de jurisdição, sendo julgados pela 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Dada as finalidades do Estudo, não será feita neste espaço nenhuma análise do material probatório daquela ação penal, assumindo a posição da sentença condenatória que reconheceu haver prova suficiente de que a servidora nomeada, de fato, *nunca teria trabalhado como assessora parlamentar*, tendo

29 Na ocasião, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello registraram votos divergentes.

permanecido trabalhando na empresa privada do réu desde a data de sua nomeação. Esta conclusão é crucial para fins de tipificação da conduta. Eis a parte relevante da sentença neste ponto:

*[...] considero comprovada a responsabilidade do acusado pela sua conduta de ter contratado uma funcionária que prestava serviços para sua Empresa como sua secretária parlamentar, sem que houvesse a prestação de serviços da servidora estatal na atividade pública.*³⁰

No entanto, embora inicialmente (*no recebimento da denúncia*) tivesse sido encampado pelo Supremo a imputação que descrevia a prática do crime de *peculato-desvio*, a sentença condenatória da 10ª Vara Federal seguiu caminho distinto. De fato, sem prejuízo da condenação, entendeu que:

[...] valendo-se da qualidade de Deputado Federal o réu concorreu para fosse desviado dinheiro público em proveito de Sandra de Jesus e indiretamente dele próprio, já que a União passou a remunerar pessoa cujo encargo seria da empresa Night and Day para quem prestava e sempre prestou serviços. Ao passar a remunerar a empregada de sua empresa o acusado cometeu uma fraude, uma vez que se tratou de um artifício que se enquadra na legislação penal.

[...]
Estou convencido de que o réu Celso Ubirajara Russomano incorreu no delito de peculato. Na qualidade de Deputado Federal indicou para seu Gabinete parlamentar na função de secretária parlamentar (fls. 143), sua empregada - gerente administrativa - na Empresa Night and Day, mediante artil, concorrendo para que fosse subtraído e auferido por Sandra de Jesus o salário cujo serviço em prol do Poder Público era inexistente. Ou seja, o acusado indicou Sandra de Jesus para cargo em comissão, o que foi aceito pela Câmara dos Deputados. Isso ocasionou subtração do dinheiro pago a ela durante mais de três anos, já que a secretária parlamentar nomeada e empossada (inclusive por procuração, fls. 206 e 208), nunca deixou de exercer a gerência da Empresa Night and Day.

Nestes termos, foi julgada procedente a pretensão contida na denúncia, mas condenando o réu como incurso no *art. 312, § 1º, do Código Penal*. Ou seja, na sentença, o réu foi condenado pela prática do crime de *peculato-furto* e não de *peculato desvio*, conforme inicialmente imputado.

Este caso chama a atenção para certas circunstâncias que levam a três importantes temas que merecem uma análise mais cautelosa, a saber:

(i) o primeiro referente à tese sustentada na denúncia, de que os fatos encontrariam tipicidade na figura do *peculato-desvio*;

30 Disponível para consulta em
<<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/numeroProcesso.php?secao=DF&enviar=ok>>.
Ação Penal nº 15868-52.2011.4.01.3400.

(ii) o segundo acerca da opção adotada pela sentença condenatória, ao tipificar os fatos como *peculato-furto*;

(iii) o terceiro atinente à tese não raramente sustentada de que casos assim configurariam *peculato de uso de serviço público* e seriam, portanto, *atípicos*.

Estas três questões merecem algum enfrentamento:

(i) A figura do peculato-desvio no caso concreto:

O alicerce da tese do Ministério Público, na ocasião, foi de que o Deputado *tinha posse lícita anterior da verba* destinada ao seu gabinete e *a desviou* para pagamento de serviços particulares que a servidora nomeada permaneceu prestando durante todo o período da nomeação.

Neste caso, a denúncia descreve os *vencimentos* da servidora como sendo *o objeto móvel desviado*. Afinal, compreende-se que a remuneração deveria ser entregue a uma assessora parlamentar, quando na verdade estava sendo entregue a uma funcionária da empresa particular do Deputado.

Adotou-se, como se vê, o conceito coloquial de posse, defendido por BUSATO, segundo o qual o termo deve ser compreendido vulgarmente, de maneira ampla, de modo a abarcar não só a mera *detenção* do bem (posse imediata), mas também o *poder de disposição jurídica sobre ele* (posse mediata).³¹

BITTENCOURT, FRAGOSO e HUNGRIA compartilham de idêntico posicionamento:

31 Tal ordem de ideias veio a ser encampada mais tarde pela Quinta Turma do STJ no julgamento do RESP nº 1.723.969/PR no qual se entendeu que: [...] 1. A figura do peculato-apropriação traz a elementar "apropriar-se", que significa tomar como propriedade sua ou apossar-se, ou seja, posicionar-se em relação à coisa como se fosse seu proprietário. **A expressão "posse" deve ser concebida em sentido amplo, ou seja, inclui a disponibilidade jurídica do bem.** 2. As instâncias ordinárias concluíram pela configuração da conduta prevista no art. 312 do Código Penal, porque comprovado o repasse das verbas remuneratórias pagas ao "funcionário fantasma" ao agente político, bem como a sua utilização a proveito próprio e o elemento subjetivo (dolo - nomeação de assessor pessoal visando à utilização da contraprestação pecuniária do cargo a seu proveito). **3. O agente político teve, em razão do cargo que ocupava, a posse mediata da coisa, que num primeiro momento era lícita para pagamento de serviços "prestados" ao município, que sequer foram realizados, mas que, posteriormente, passou à fruição do agente nomeante como se dele fosse. Configurada, portanto, a conduta delituosa estampada no art. 312, caput - primeira parte -, do Código Penal (peculato-apropriação).** (REsp 1723969/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019)

A posse mencionada no dispositivo em exame deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo, inclusive, a simples detenção e até o poder de disposição direta sobre a coisa. A exemplo da apropriação indébita (art. 168), é necessário que o agente possa ter disponibilidade física direta ou imediata da coisa móvel pública alheia. Concordamos que essa disponibilidade material possa corresponder inclusive à disponibilidade jurídica, para satisfazer o pressuposto da anterior posse prévia, desde que seja entendida essa disponibilidade como, mesmo não dispondo fisicamente da detenção material da coisa, o poder de exercê-la por meio de ordens, requisições ou mandados³².

A posse aqui deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo não só o poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha. Nesse sentido é perfeita a lição de Antolisei (“Manuale”, II, 606), quando afirma que a posse aqui consiste “na possibilidade de dispor, fora da esfera de vigilância de outrem, da coisa, seja em virtude de uma situação de fato, seja em consequência da função jurídica desempenhada pelo agente no âmbito da administração”. Tem, assim, a posse, o funcionário a quem incumbe receber, guardar ou conferir a coisa, como também seu chefe e superior hierárquico, que dela pode dispor mediante ordens e requisições³³.

Em rumoroso caso levado recentemente à decisão do Supremo Tribunal Federal, foi sustentado que um governador não tem a posse dos bens do Estado e, assim, não pode cometer peculato; mas a tese foi, como não podia deixar de ser, repelida, tendo sido este o meu pronunciamento: O governador tem a posse dos bens patrimoniais do Estado como um administrador qualquer tem a posse dos bens administrados. Ainda que não possa exercê-la diretamente sobre todos esses bens, exerce-a indiretamente ou por intermédio dos auxiliares da Administração Pública, isto é, dos funcionários que lhe são hierarquicamente inferiores. Pela lógica do radical ponto de vista do ilustre advogado do paciente, um governador não poderia ser sujeito ativo de peculato, nem mesmo quanto ao patrimônio estatal sob sua imediata posse. Assim, poderia, impunemente, apropriar-se, digamos, da baixela de prata que integra os pertences do palácio governamental. O absurdo da ilação está a evidenciar o desacerto da tese ora defendida³⁴.

O que defendia o Ministério Público, portanto, era que o agente político *tinha a posse lícita dos valores afetados a título de remuneração dos servidores nomeados em seu Gabinete*, uma vez que detinha o poder de dispor sobre estes valores indicando quem deveria recebê-los.

Em princípio, o Supremo Tribunal Federal aderiu a esta tese. Ao receber a denúncia no caso do parlamentar, a Relatora Ministra Ellen Gracie, então ponderou que:

Com efeito, a imputação contida na denúncia diz respeito ao desvio de valores do erário, ao admitir e manter determinada pessoa como assessora parlamentar, quando de fato tal pessoa exercia atividades laborativas para a sociedade empresária titularizada pelo denunciado. **Na realidade, a**

32 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 1343.

33 FRAGOSO, Heleno Cláudio *Op. cit.* p. 412.

34 HUNGRIA, Nélson. *Op. cit.* p. 339.

conduta narrada consistiu no desvio de valores pecuniários (dinheiro) de que o denunciado tinha a posse em proveito alheio (da pessoa que passou a ocupar, formalmente, as funções de assessora parlamentar)
35.

Nesta esteira, o cometimento do ilícito, se daria *no momento da destinação diversa do bem móvel* que, no caso, foi a remuneração do servidor nomeado. Ou seja, o agente político tinha, em razão do cargo que ocupava, a *posse mediata da coisa*, que num primeiro momento era lícita, já que tinha a disponibilidade jurídica desses valores; entretanto, num segundo momento, colidindo com a destinação lícita e regular que lhe era esperada, acabou por *desviá-la*, na medida em que não deu a ela o destino certo e determinado que deveria dar (*remuneração de servidores que efetivamente prestassem os serviços para os quais fossem contratados*).

Haveria, assim, **dois momentos distintos** para a configuração do delito: no *primeiro*, o bem sendo entregue ao agente, que tem sua posse lícita; no *segundo*, o agente inverte o título da posse dando à coisa destinação diversa da determinada (desviando-a).

Para o Ministério Público, enfim, o réu não teria praticado *peculato-apropriação* porque não teria se apropriado da remuneração da servidora, mas deu-lhe destino diverso no momento em que efetuou, com a verba, o pagamento de funcionária que prestava serviços para uma empresa de sua propriedade.

O delito, portanto, consumou-se no momento do desvio em proveito próprio ou alheio, no qual *já não se fazia presente uma destinação a qualquer finalidade de utilidade pública*. Prescindiria, portanto, para efeitos de consumação, de futura e eventual apropriação ou locupletamento pelo do agente político ou servidor nomeado. Neste sentido, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] **AÇÃO PENAL QUE DESCREVE ESQUEMA DE NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS FANTASMAS EM ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, COMO INSTRUMENTO DE DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS, E A POSTERIOR INTRODUÇÃO DO DINHEIRO ILÍCITO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. NARRATIVA QUE SE AMOLDA À DESCRIÇÃO TIPICA DOS CRIMES DE PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO, PREVISTA NOS ARTIGOS 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E 1º, V, DA LEI 9.613/1998, NA REDAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. DENÚNCIA RECEBIDA.**
[...] 3. A enunciação de esquema voltado ao desvio de verbas públicas por meio da nomeação de “funcionários fantasmas” para o gabinete de

35 Inquérito 1.926/DF.

Deputado em Assembleia Legislativa denota a presença dos elementos típicos do crime de peculato, o que autoriza a formulação, ainda que provisória, de um juízo positivo de tipicidade entre os fatos veiculados na denúncia e o modelo instituído pelo tipo penal do art. 312, caput, do Código Penal. [...] **5. A partir do instante em que a verba pública é depositada na conta-corrente do “funcionário fantasma”, deixando o Erário de exercer sobre ela qualquer senhorio, configura-se o desvio reclamado pelo art. 312, caput, do Código Penal, havendo a conversão do ativo – antes lícito – em criminoso.** No ponto, impende destacar que as elementares “em proveito próprio ou alheio”, inscritas na descrição típica do art. 312, caput, do Código Penal, configuram o chamado “elemento subjetivo especial do tipo”, sendo indiferente que se verifiquem, em sua dimensão material, para que opere a consumação do delito. É dizer: **no peculato-desvio, a etapa consumativa se realiza com o desvio, independentemente de o sujeito ativo ter conseguido ou não o proveito próprio ou alheio por ele desejado.** [...]. 7. Denúncia integralmente recebida.³⁶

Concorde-se ou não com a tese sustentada na denúncia, inegável que trazia ela coerência argumentativa.

Afinal, como objetivamente o bem móvel já estava na posse do parlamentar, para se falar em peculato-apropriação seria imprescindível que, em momento subsequente, houvesse alteração no elemento subjetivo. Ocorre que, no caso concreto, a nomeação da pseudo-funcionária pública se deu, *ab initio*, de maneira irregular, circunstância que indicaria uma intenção aparentemente incompatível com o elemento volitivo característico da apropriação.

Por isto, os fatos encontrariam maior compatibilidade com a figura do peculato-desvio, em que há modificação da destinação do bem móvel, que é encaminhado ou aplicado de modo distinto do que foi estabelecido pela Administração Pública. Diferentemente do que ocorre nos casos de apropriação, o parlamentar não pretendia tomar para si a remuneração da servidora (o que caracterizaria o denominado *animus rem sibi abendi*), mas desviá-lo para beneficiar a si próprio.

É válido ressaltar, de toda forma, ter sido verificado que, naquele caso concreto, a denúncia foi oferecida exclusivamente em desfavor do Deputado nomeante, sendo a servidora nomeada arrolada como testemunha/informante. Muito embora esta não seja a principal questão em tela, até onde se vê, nada impediria ter sido a servidora, igualmente, denunciada como coautora ou partícipe do delito na modalidade de peculato-desvio, desde que

36 STF; Inq 3508, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 (gn).

devidamente respeitadas as regras atinentes ao concurso de agentes no que tange à exigência dos elementos objetivos e subjetivos de suas diferentes modalidades³⁷.

(ii) A figura do peculato-furto no caso concreto:

Sem embargo dessa linha argumentativa, porém, a sentença condenatória deu entendimento distinto. No entender do Juízo de conhecimento, a conduta deveria ser tipificada como *peculato-furto*, entendendo que o réu *teria agido mediante ardil, concorrendo para que fosse subtraído e auferido pela servidora o salário cujo serviço em prol do Poder Público era inexistente*.

Apesar de a decisão não deixar integralmente clara tal circunstância, fato é que, ao tipificar a conduta do réu como *peculato-furto* partiu-se da antítese da tese da denúncia, ou seja, reconheceu-se que *não existiria anterior posse lícita do bem móvel* subtraído. Esta opção fica evidente quando a sentença menciona, expressamente, que a subtração do salário da servidora teria se dado “mediante ardil”.

Ocorre que a subtração *exige do funcionário público a tomada do bem móvel para si ou para outrem, sendo imprescindível que o objeto não lhe seja entregue voluntariamente pela vítima* que, no caso do artigo 312, § 1º, é a Administração Pública.

Assim, assumindo-se que a Administração efetivamente entregou os valores ao Gabinete do Deputado a título de remuneração dos seus

37 Neste sentido, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: Apelação crime. Peculato (art. 312, CP). Funcionário Fantasma da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Condenação. Insurgência do Sentenciado. Cerceamento de Defesa pela não disponibilização de prova. Argumento afastado pelo próprio defensor, em flagrante contradição. Materialidade amplamente demonstrada. Apelante que figurou, por mais de dezesseis anos, na lista de servidores comissionados da jamais ali ter laborado. Alegado desconhecimento de que seu nome fora usado como laranja para o desvio de verba pública. Ciência do recorrente amplamente certificada por outros elementos, tais como abertura de conta corrente e assinatura em cheques desta para desconto de valores. Autenticidade da assinatura questionada. Ônus probatório do qual não se desincumbiu o apelante. Recurso desprovido. (...) 2. Tem-se por indiscutivelmente demonstrada a materialidade fundada em diversos documentos idôneos acostados aos autos. Pátrio que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, daí ser inexorável concluir-se que, uma vez questionada a autenticidade da assinatura do cartão de abertura da conta corrente, a quem formulou tal questionamento cumpria a demonstração. 4. Ainda que não tenha sido juntado o cartão de assinaturas de abertura da conta corrente, é tida como certa a autoria se esta exsurge cristalina de outros tantos elementos presentes no caderno processual. 5. As declarações prestadas por um irmão e corréu do apelante, aliada à autenticidade da assinatura. Regularmente verificada pelo banco, quando da abertura da conta corrente, e, ainda, da informação contida no relatório de auditoria em que se constatou o desconto de cheques de conta pertencente ao recorrente, são, todos, inquestionavelmente, elementos ele tinha ciência do delito e com ele anuiu, permitindo a utilização de seu nome para desvio de verba pública. (TJPR; ApCr 1162008-5; Curitiba; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida; DJPR 23/07/2014; Pág. 638).

servidores, não resta alternativa senão aceitar que o *argumento diferenciador* utilizado pela sentença foi o de compreender que esse fato (*a entrega prévia dos valores*) não caracterizaria por si só uma *posse antecedente do bem móvel*.

Do contrário, não se conseguiria sustentar a tese da subtração por parte do funcionário público, que necessariamente deve retirar o objeto material do delito da esfera de vigilância da Administração Pública enquanto vítima.

Além deste aspecto, outro ponto que chama atenção na sentença em comento diz respeito à menção de que a subtração teria ocorrido *mediante ardil*. De fato, na prática do furto pode ocorrer, em certa medida, uma conduta arditosa, dissimulada, que faz parte da própria natureza da infração penal e se mostra fundamental ao sucesso da empreitada criminosa.

Idêntica situação ocorre no crime de estelionato, sendo o emprego de artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento *modus operandi* que compõe a estrutura do tipo do artigo 171 do Código.

A diferença crucial entre o furto e o estelionato não reside na presença ou ausência do engodo, mas no fato de que o estelionatário recebe o bem móvel das mãos de sua vítima, ludibriada, enganada³⁸, ao passo que no furto o autor do delito retira o objeto material da esfera de vigilância da vítima sem que esta perceba.

Por isto, o que se nota é que a fundamentação da sentença teria se aproximado mais da narrativa de um crime de estelionato do que, propriamente, de um delito que envolvesse subtração, na medida em que houve entrega voluntária da remuneração pela Administração para o pagamento dos vencimentos dos assessores parlamentares do réu. Daí porque, até onde se vê, haveria uma maior coerência argumentativa caso se mantivesse que não houve a posse lícita anterior do bem móvel, mas fosse o réu condenado pela prática da modalidade de estelionato prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

De toda forma, neste caso, o problema seria que tal coerência esbarraria na dificuldade em tipificar a conduta como estelionato, uma vez que este exige que a entrega do bem móvel se dê *em razão do ardil*. No caso, entretanto, não teria sido propriamente o ardil – a nomeação de uma servidora que nunca prestou serviços públicos, mas serviços para a empresa particular do réu – que ensejou na disponibilização dos seus vencimentos por parte da Administração Pública.

38 A própria existência da figura do furto qualificado mediante fraude evidencia isso.

Enfim, não há, por assim dizer, *relação de causa e efeito entre o engodo e o pagamento da remuneração*, o que afasta a hipótese de estelionato, conforme jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

No que diz respeito à adequação típica, cumpre destacar não ser o caso de desclassificação para o crime de estelionato, porquanto o acusado se valeu da condição de servidor público – ainda que funcionário “fantasma” - para ter acesso às importâncias. Como é cediço, no crime de estelionato, o agente, mediante fraude ou ardil, tem o objetivo de enganar o ofendido para que este consinta em entregar-lhe o bem (incidindo em erro). Na hipótese vertente, contudo, resta configurado o delito de peculato desvio, posto que o denunciado foi nomeado servidor de cargo em comissão junto à Administração da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, concordando que sua remuneração seria desviada, no todo ou em parte, em favor de Abib Miguel, João Leal de Matos e de outros indivíduos, sem que tivesse que prestar quaisquer serviços ou atividades públicas correspondentes a tal cargo. Para a configuração dessa modalidade de estelionato, há de se ter em mente a ocorrência de um induzimento em erro, ou seja, o agente se beneficia com a vantagem ilícita em razão de um engano. Esse proceder não se revela; ao contrário, houve o dolo de obter a vantagem indevida em razão do cargo de funcionário público. Realce-se que o acusado tinha total consciência de sua conduta e pretendia obter para si e para outrem os valores desviados. O comportamento do apelante expressa a conduta pela qual o agente, em vez de direcionar o bem ao fim previamente determinado, promove o seu desencaminhamento, a sua distração, dando-lhe destinação diversa, visando ao seu próprio interesse ou ao de terceira pessoa. Tal entendimento encontra expressão no Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso Especial. Penal. Peculato-desvio. Tipicidade da conduta. (...) 1. A conduta praticada pela recorrente amolda-se ao crime de peculato-desvio, tipificado na última parte do art. 312 do Código Penal. 2. Situação concreta em que parte dos vencimentos de funcionários investidos em cargos comissionados no gabinete da vereadora, alguns que nem sequer trabalhavam de fato, eram para ela repassados e posteriormente utilizados no pagamento de outras pessoas que também prestavam serviços em sua assessoria, porém sem estarem investidas em cargos públicos. (...)” (REsp 1244377/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/04/2014, dje 15/04/2014).

Agravo Regimental no Recurso Especial. Crime de peculato-desvio. Art. 312, caput, in fine, do Código Penal. Ausência de violação o princípio da colegialidade. Pleito de desclassificação para o delito de estelionato. Impropriedade. Agravo desprovido. (...) 2. O Agravante, ao desviar de dinheiro pertencente a outrem, valendo-se da condição de funcionário público, praticou a conduta descrita no art. 312, in fine, do Código Penal, não havendo que se falar em reclassificação para o delito de estelionato. 3. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1113688/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 04/09/2013).

Assim, tem-se que, no peculato, o funcionário público desvia valores em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona o cargo; no estelionato a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente. Ademais, o estelionato é crime comum, ou seja, prescinde de sujeito ativo qualificado ou especial. Já o peculato é delito próprio, praticado por funcionário público, devendo, portanto, ser aplicada a figura específica, que exige maior reprovação. A ser assim, impossível a pretensa desclassificação para o delito tipificado no art. 171 do CP. (TJ-PR - APL: 12886885 PR 1288688-5

(Acórdão), Relator: José Mauricio Pinto de Almeida, Data de Julgamento: 01/10/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1675 23/10/2015).

(iii) A figura do peculato de uso no caso concreto e a tese da atipicidade no uso de servidores públicos para fins particulares

Finalmente, há de recordar-se existir quem considere que fatos como os ocorridos seriam *atípicos*, entendendo que o uso de servidor público para fins privados seria um mero *peculato de uso*, isto é, uma figura que consideram não prevista no Código Penal e adstrita tão somente às pessoas dos Prefeitos, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67.

Muito embora os argumentos jurisprudenciais que têm sido utilizados para configuração da atipicidade dessas condutas serão objeto de análise própria (*Parte III, infra*), desde já, é fundamenta perceber que trata-se de uma ordem de argumentação que só surge quando o **objeto material do delito** descrito na imputação tem por foco **o serviço público** e não *os valores pagos a título de remuneração ao servidor*.

Este, aliás, o entendimento do Min. Celso de Mello, tal qual constou em seu voto vencido pela rejeição da denúncia, no caso acima referido:

[...] não obstante todas as doutes ponderações feitas pelos eminentes Senhores Ministros, tenho para mim, na linha de convincente magistério doutrinário (CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, 'Código Penal Comentado', p. 778 e 782, 7ª ed., 2007, Renovar; DAMÁSIO E. DE JESUS, 'Direito Penal: Parte Especial', vol. 4/107, item n. 4, 1988, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI, 'Código Penal Interpretado', p. 2365, item n. 312.2, 6ª ed., 2007, Atlas; MAGALHÃES NORONHA, 'Direito Penal', vol. 4/220, item n. 1.288, 24ª ed., 2003, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, 'Tratado de Direito Penal: Parte Especial', vol. 5/13, item n. 5.1, 2007, Saraiva; HELENO CLAUDIO FRAGOSO, 'Lições de Direito Penal: Parte Especial', vol. II/413, itemn.1056, 6ª ed., 1988, Forense, v.g.), que o delito de peculato não se configura na hipótese - ocorrente na espécie - em que se dá **desvio de mão-de-obra pública**, tal como tem sido afirmado pela jurisprudência dos Tribunais (RT 391/102 – RT 506/326 – RT 693/329 - RT 749/669- 670, v.g.).

No ano de 2014, o Supremo voltou a enfrentar o tema. No julgamento do IP nº 3776/TO, a Corte rejeitou denúncia que imputou a parlamentar a prática do crime de *peculato-furto* (artigo 312, §1º), com a seguinte ementa:

DENÚNCIA. PECULATO. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS EM INQUÉRITO CIVIL. PRELIMINAR REJEITADA. CONDUTA ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. (...). 3. **A utilização dos serviços custeados pelo erário por funcionário público no seu interesse particular não é conduta típica de peculato** (art. 312, do Código Penal), em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República). Tipo que exige apropriação ou desvio de dinheiro, valor ou outro bem móvel, o que na hipótese não ocorre. 4. Diferença entre usar funcionário público em atividade privada e usar a Administração Pública para pagar salário de empregado particular, o que configura peculato. Caso concreto que se amolda à primeira hipótese, conduta reprovável, porém atípica. 5. Denúncia rejeitada”. (STF; Inq 3776, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014)

Bem se vê que, naquela ocasião, o STF considerou o fato atípico porque *o objeto material do delito imputado consistia justamente no plexo de serviços do funcionário público*, o qual teria sido utilizado para fins particulares.

De toda forma, é fundamental aqui uma advertência. É que, além da evidente problemática surgida com *a imputação referente ao objeto material do delito*, uma análise mais acurada do voto da Relatora Min. Rosa Weber, naquele caso, revela que **a dubiedade da prova produzida pela investigação foi crucial para o encaminhamento do voto pela atipicidade dos fatos**:

Voltando os olhos ao caso concreto, verifico que na denúncia se imputou ao acusado o crime do art. 312, § 1º, do Código Penal, o qual dispõe: ‘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.’ A primeira questão a ser analisada é se os fatos narrados, em tese, se amoldam ao tipo acima descrito. **Ocorre que fatos como os que foram relatados na denúncia podem ser vistos sob duas óticas. A primeira, como uso de mão de obra pública em desvio para atender interesses particulares. A segunda, como uso de dinheiro público para pagamento de empregado particular.** No primeiro caso, tem-se figura ilícita, reprovável e gravemente sancionada, entretanto, no âmbito extrapenal, mais especificamente configuradora de improbidade administrativa, tal qual prescrito pelo art. 9º, IV, da Lei nº 8.429/1992, *verbis*: ‘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, e notadamente: (...) IV - 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. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;’ **A utilização dos serviços de um funcionário público por outro funcionário público no seu interesse particular não é conduta típica na órbita penal, por esbarrar na descrição do art. 312 do Código Penal.** Referido tipo descreve como

criminosa a conduta consistente em apropriar-se ou desviar em proveito próprio ou alheio dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular. **A utilização, em proveito próprio ou alheio, dos serviços executados por quem é remunerado pelos cofres públicos não se configura em desvio ou apropriação de bem móvel.** Não se pode, sob pena de malferir o princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República) ampliar o tipo penal para situações que estritamente não se amoldem a ele. Por essa razão, a esse respeito, a doutrina é amplamente majoritária. Cito, a título de exemplo, as seguintes passagens: ‘Bem móvel aqui significa coisa que possa ser apreendida e transportada, como no furto. Assim, imóveis por acessão, tais como partes da casa ou plantas, uma vez mobilizadas, são passíveis do crime em questão. Estão excluídos, por evidente, os bens imóveis, bem como a mão de obra ou o serviço público, cuja utilização para fins privados é atípica à luz do CP, embora não o seja para prefeitos (DL 201/67, art. 1º)’ (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 146) [...] ‘Não se equipara a *coisa móvel*, por outro lado, a *prestação de serviço* de um funcionário a outro; *fruir* o funcionário do *serviço* de outro não constitui esse crime.’ (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13). **Situação diversa ocorre quando o dinheiro público é desviado para o pagamento de empregado que, apenas formalmente, está vinculado à Administração Pública, mas que, na verdade, desempenha e executa serviços para outro servidor público no interesse particular deste último. O objeto material do peculato, nessas situações, é o valor desviado para o pagamento do salário. Nessas hipóteses, tem-se um pseudo funcionário público, que na verdade é um empregado privado de um outro funcionário, o qual está formalmente na condição de funcionário apenas como meio para o desvio do dinheiro público utilizado no pagamento de seus salários.**
(gn)

Há que se efetuar, assim, uma clara distinção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, considera-se *atípica* tão somente a conduta de uso *eventual* de funcionário público para prestação de serviços particulares³⁹.

39 Este foi o entendimento, por exemplo, que acabou por prevalecer no julgado relacionado ao caso do Deputado Federal referido. Naquela ocasião, após baixa dos autos ao juízo da 10ª Vara Federal para julgamento em razão do fim do mandato parlamentar, a apelação interposta em face da sentença condenatória retornaria ao Supremo, tendo em vista a diplomação de Celso Russomano como Deputado Federal em 2014. A apelação então foi julgada nos autos da **Ação Penal 504**, sendo que em 09.08.2016, a Segunda Turma, por maioria e em voto condutor do Min. Dias Toffoli, entendeu que, tomando em conta as peculiaridades probatórias do caso, a conduta imputada seria *atípica, in verbis*: “[...] as atividades de Sandra de Jesus não se circunscreveram ao interesse exclusivamente particular do apelante nem se restringiram àquelas típicas de secretário parlamentar. Nesse contexto, a meu sentir, a prova colhida sob o crivo do contraditório autoriza a conclusão de que a conduta do apelante é *penalmente atípica*, uma vez que consistiu no uso de funcionário público que, de fato, exercia as atribuições inerentes ao seu cargo para prestar outros serviços de natureza privada.” Em outra banda, em caso que, segundo os elementos de informação, o *servidor nomeado prestava exclusivamente serviços particulares ao nomeante*, o STF houve por bem receber a denúncia pelo crime de peculato em desfavor do imputado: EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. PARLAMENTAR FEDERAL. DENÚNCIA OFERECIDA. **ARTIGO 312, CAPUT, DO CP. PECULATO-DESVIO. ARTIGO 41 DO CPP. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. TIPICIDADE DOS FATOS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO. (...) 3. A imputação feita ao denunciado na denúncia, foi de, na condição de deputado estadual, ter desviado valores do erário público, mediante a indicação e a admissão de pessoas em cargos comissionados em seu gabinete – no período de setembro de 1999 a janeiro de 2003 -, as quais, na realidade, prestavam-lhe serviços particulares diversos. (...) 6. Denúncia recebida. (STF; Inq 2652, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-01 PP-00008).**

Vinculada à questão probatória está o posicionamento da Corte de que, em casos assim, *o objeto material do delito de peculato seria o serviço público*, afastando a adequação típica nas figuras do artigo 312, *caput* e § 1º, do Código Penal.

Por outro lado, *quando a prova demonstrar que o que se tinha de fato era um pseudo-funcionário público*, ou seja, uma pessoa que efetivamente não prestava serviços públicos (o chamado “funcionário fantasma”), *o objeto material do delito será a remuneração paga pela Administração Pública a este empregado particular*, circunstância que à evidência **deverá estar clara e objetivamente descrita na denúncia**. Neste caso, pode perfeitamente estar caracterizada uma das figuras dolosas do crime de peculato, levando em conta todas as peculiaridades até aqui discutidas.

2.2. Casos em que o servidor nomeante permanece com os cartões bancários dos servidores nomeados e saca os vencimentos destes que desconhecem ou anuem com a prática

Há uma segunda importante variante dos casos de “funcionários-fantasmas” em que o servidor nomeante retém os cartões bancários dos servidores nomeados, sacando seus vencimentos valendo-se, por vezes, das próprias senhas das respectivas contas.

Foi o que ocorreu no caso de um vereador da cidade de Curitiba/PR, conforme pode-se inferir de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relatado nos seguintes termos:

(...) Ementa: Apelação Criminal – Condenação pela prática do crime de peculato (artigo 312 do CP) - Autoria e materialidade inquestionáveis – Alegação de insuficiência de provas que não se sustenta – Prova dos autos que não deixa margem a dúvidas de que o réu, na condição de vereador, nomeou duas “funcionárias fantasmas”, pelas quais recebia e se apropriava dos salários, de posse dos cartões magnéticos e senhas – Depoimentos testemunhais que confirmam a prática delitiva pelo réu – (...). Recurso parcialmente provido (TJPR – 2ª C. Criminal – AC - 1153428-8 - Curitiba - Rel.: Roberto de Vicente - Unânime - J. 12.03.2015)

A denúncia, no caso, imputou a prática do delito de *peculato-desvio*⁴⁰; em um trecho do voto vencedor é citada doutrina a respeito do *peculato-furto* e jurisprudência sobre eventual prática de *concussão*.

40 Situação semelhante em: TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1634261-1 - Curitiba - Rel.: Desembargador Luís Carlos Xavier - Unânime - J. 10.08.2017.

À guisa de conclusão considerou-se que *restou demonstrado que o apelante incorreu na prática do delito previsto no artigo 312, do Código Penal, uma vez que se apropriou de dinheiro público para proveito próprio, consistente nos salários dos “funcionários fantasma”, que eram nomeados para cargos em comissão, em razão do cargo de vereador que exercia.*

Muito embora o teor do julgado não seja de todo claro, os fatos do caso aparentam tipicidade à figura do *peculato-apropriação* do artigo 312, *caput*, do CP. Tal conclusão decorre novamente na adoção da tese de que, até onde se vê, o vereador *já possuiria a posse lícita do bem móvel.*

Como visto, a posse no caso teria se dado no momento em que a Administração disponibilizou a remuneração para que fossem efetuados os pagamentos dos servidores do Gabinete do Vereador, mantendo coerência com o caso antecedente do Deputado Federal.

Aqui, porém, o *modus operandi* não importa em desvio premeditado dos recursos, mas em *inversão desta posse lícita no momento em que a remuneração é sacada.* Este ato, isto é, de sacar os vencimentos do servidor, seria o que estaria exteriorizando a inversão do elemento subjetivo típico da apropriação, evidenciando o *animus rem sibi habendi.*

Afinal, é de se supor que, num dado mês, o vereador pode deixar de realizar a prática, não sacando o dinheiro e, assim, deixando de se *apropriar* do vencimento do servidor. Diferentemente, no primeiro caso (do Deputado Federal), se estava diante de desvio que repete-se mês a mês, sem que o parlamentar pratique qualquer ato, pois o desvio ocorre pela via do ato de nomeação de um pseudo-funcionário público.

Interessante notar que, no caso agora tratado, o servidor nomeado pode até mesmo prestar algum serviço inerente ao cargo para o qual fora nomeado, sem que com isso esteja afetada a tipicidade da conduta do artigo 312, *caput*, do CP, *bastando que o servidor nomeante efetue o saque dos vencimentos ao final do mês e deles se apropriando.*

Assim como no caso anterior, de toda forma, *o bem móvel também será a remuneração do servidor e não o serviço público. O que as torna diversas para fins de tipificação da conduta é, tão somente, o modus operandi,* pois o fato do servidor nomeante sacar a remuneração do servidor nomeado afasta qualquer argumento contrário de que o objeto material seria o serviço público

prestado, tornando, portanto, irrelevante a sua eventual prestação para este grupo de casos.

Novamente aqui, o servidor nomeado pode figurar como coautor ou partícipe da conduta de apropriação, uma vez que apesar de destinados ao seu pagamento, os vencimentos constituem bem público, devendo ser observados os aspectos objetivos e subjetivos das diferentes espécies de concurso de agentes em cada caso concreto.

2.3. Casos em que o servidor nomeante exige do servidor nomeado a entrega de parte do salário como condição para a nomeação

Por fim, não é de todo excepcional, um grupo de casos em que o servidor responsável pela nomeação *exige* do servidor nomeado a entrega mensal de parte da remuneração, constringendo-o a aceitar a proposta com a ameaça da não nomeação no caso de *não aceite*.

Foi o que ocorreu, no ano de 2015, em Canoas/RS. No caso, o Ministério Público denunciou um vereador por ter exigido de duas servidoras comissionadas o pagamento de parte de seus salários. Conforme noticiado à época:

Em um dos casos, a funcionária deveria repassar o valor de cada salário que excedesse R\$ 1 mil por mês, bem como deveria entregar o valor que excedesse os R\$ 500 do 13 salário. Em outro caso, foi exigido R\$ 1,8 mil mensais. A Assessora denunciada aceitou contrair empréstimo consignado em folha de pagamento no valor de R\$ 20,8 mil, sendo que foram repassados R\$ 18,1 mil para a conta da companheira de Ronchetti. Os valores eram pagos como condição para a permanência no cargo.⁴¹

Nestes casos, surge mais uma vez como **irrelevante o fato de se tratar de um servidor fantasma ou não**, havendo a prática do crime de *concussão* (artigo 316, CP) no momento em que o servidor nomeante exige, em razão do cargo, a indevida vantagem consistente na entrega de parte do salário pelo servidor nomeado.

Interessante notar que, por ser a *concussão* um crime formal, restará ela caracterizada ainda que a entrega da vantagem indevida não ocorra, bem como na hipótese do servidor sequer ceder ao constrangimento imposto em seu desfavor, negando a proposta de nomeação para o cargo público.

41 Disponível em <<http://mprs.mp.br/noticias/id38005.htm>>. Acesso em 20. jan. 2017.

PARTE III

3. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DOS CASOS DE FUNCIONÁRIOS FANTASMAS PELA JURISPRUDÊNCIA

3.1. A importância da análise dos argumentos jurisprudenciais

Como já se anotou, a presente análise vem à baila em razão do tema ter sido revisitado por diversas decisões judiciais, inclusive de Tribunais Superiores, ora a corroborar a linha de ideias até aqui esmiuçada, ora a intensificar o reconhecimento da atipicidade das condutas de casos que teriam envolvido “funcionários fantasmas”.

Muito embora alguns desses julgados já tenham sido referidos em momento anterior, o que se pretende aqui é, a partir de uma análise exaustiva de seus argumentos, buscar extrair **quais seriam, na atualidade, alguns dos critérios de distinção que levariam a concluir, ora pela tipicidade das condutas, ora por sua atipicidade.**

Assim, com este propósito, interessa saber desde logo qual a linha argumentativa que vem sendo utilizada em certos julgados do Superior Tribunal de Justiça que tem buscado reafirmar que o “servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta serviços, não comete peculato.”⁴²

Até onde se consegue sistematizar, referidos julgados costumam evocar duas ordens de argumentos, a saber:

42 Nesse sentido, compilamos os seguintes precedentes: **(a)** STJ; HC 466.378/SE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 04/11/2019; **(b)** STJ; AgRg no AREsp 1244170/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 22/08/2018; **(c)** STJ; RHC 60.601/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016STJ; **(d)** Apn 475/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 444. Ainda na mesma linha, mas com referência ao Dec.-Lei 201/67 tem-se decidido que “O pagamento de salário não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, pois a remuneração é devida, ainda que questionável a contratação de parentes do Prefeito. Cf. **(e)** AgRg no AREsp 1162086/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 09/03/2020; e **(f)** STJ; REsp 1633248/SE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 04/02/2019.

(a) que pagar servidor não constitui desvio ou apropriação, mas sim obrigação legal. Nesse sentido, argumenta-se que:

“pagar ao servidor público não constitui desvio ou apropriação da renda pública, tratando-se, pois, de obrigação legal. A forma de provimento, direcionada ou não, em fraude ou não, é questão diversa, passível inclusive de sanções administrativas ou civis, mas não de sanção penal. De outro lado, a não prestação de serviços pela servidora tampouco se subsume à referida norma”

(b) que tais situações não seriam típicas, conforme orientação pretensamente fixada pelo STF nos autos do Inq. 3006. Ou seja, *nos termos da interpretação realizada pelo STJ a respeito do precedente do Supremo*, tal distinção consistiria em que:

(b.1) *típicas* somente seriam as condutas nas quais o objeto material reside na apropriação ou no desvio de valores pecuniários consistentes na remuneração de funcionário “fantasma”, a exemplo dos casos analisados pelo Supremo nos autos dos Inq. 1.926 e 2.449; e

(b.2) *atípicas*, portanto, seriam todas as condutas de servidores que se apoderam de sua própria remuneração, embora sem prestar os serviços atinentes ao cargo que ocupam.⁴³

3.2. Análise dos fundamentos jurisprudenciais invocados

Fixados os principais pontos de discussão, passamos a analisá-los detidamente, tomando como referência a linha argumentativa até aqui adotada.

Antecipa-se, porém, que nossa tentativa de extrair *critérios distintivos* desses julgados deverá ser recebida com grande cautela, pois em várias oportunidades não restou evidenciado o motivo que levou a um dado entendimento, ora decidindo em um sentido, ora em outro, em hipóteses que, a nosso sentir, seriam idênticas para fins de enquadramento típico.⁴⁴

43 Embora se tenha tomado tal premissa como verdadeira em qualquer caso, conforme se verá adiante tal situação somente será *atípica* quando não for possível comprovar o elemento subjetivo do agente ou, no campo da tipicidade objetiva, quando o agente prestar, ainda que parcialmente, serviço público, embora exercendo, precipuamente, atividades privadas em benefício do servidor nomeante.

44 Aparentemente, o que se adotou como *critério de distinção* foi o fato de os recursos direcionados ao funcionário fantasma terem, de algum modo, *revertido em benefício do servidor nomeante posteriormente*, considerando *típicos* aqueles casos em que isso ocorria e *atípicos* os demais. Tal posição, porém, conflita com o quanto decidido pelo STF nos autos do Inq. 3.508, no qual se

A. Pagamento de servidor que não presta serviços públicos

Sobre este ponto, inicialmente, é preciso ressaltar que a hipótese fática que se toma por pressuposto seria aquela na qual o próprio servidor público *nomeado* percebe seus vencimentos apesar de *jamaís* ter prestado serviço público.⁴⁵

Embora em alguns julgados o STJ tenha entendido que a hipótese seria *atípica* – sob o argumento de que o pagamento de servidores não pode consubstanciar a ideia de “desvio” de recursos –, em outros entendeu-se que a mesma hipótese fática era *típica*⁴⁶.

O que se deve perceber é que:

- Uma situação refere-se ao servidor que, regularmente nomeado, deixa eventualmente de prestar os serviços que lhe eram exigidos, ainda assim percebendo a respectiva remuneração: a depender do caso concreto, esta hipótese poderia não traduzir a ideia de “desvio” de recursos públicos, nos termos já referidos. Ademais, em tais casos (em que só o próprio servidor percebe sua remuneração), em tese, haveria de se questionar a presença da *posse prévia lícita do bem por ele mesmo*, naquilo que diz respeito aos valores que futuramente comporão sua remuneração⁴⁷;
- Diversa, porém, é a situação em que os servidores nomeante e nomeado, com base em acerto entre si, *estabelecem ser desnecessária a prestação de serviço público*, a despeito da regular percepção dos vencimentos⁴⁸. Ao nosso

pontuou que: “no peculato-desvio, a etapa consumativa se realiza com o desvio, **independentemente de o sujeito ativo ter conseguido ou não o proveito próprio ou alheio por ele desejado**” Cf. STF; Inq. 3508, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018.

45 Caso semelhante ao ora apresentado é o julgado nos autos da Apn nº 702/AP. Nesta hipótese fática, porém, os funcionários fantasmas eram pessoas sem CPF ou que sequer faziam parte dos quadros de funcionários do órgão público envolvido, ou seja, aqui sequer havia nomeação dos beneficiários do dinheiro em cargos públicos. Cf. STJ; APn 702/AP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/6/2015, DJe 1º/7/2015.

46 Compare-se, por exemplo, os casos apreciados no AgRg no AREsp 1162086/SP, em que se entendeu pela tipicidade e, por outro lado, o RHC 115.058/SC e AgRg no HC 500.434/SP, nos quais se entendeu que os fatos eram típicos.

47 Assim, por exemplo, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0029451-32.2018.8.16.0030, o TJPR houve por bem manter o *não recebimento da denúncia* por peculato em relação à vereadora que apresentou atestado falso para não comparecimento em uma sessão da casa legislativa e que, a despeito disso, recebeu a respectiva remuneração. Cf. TJPR - 2ª C.Criminal - 0029451-32.2018.8.16.0030 - Foz do Iguaçu - Rel.: Rabello Filho - J. 14.03.2019.

48 Certamente que tal acerto somente poderá ser comprovado a partir de indicadores objetivos, a exemplo **(a)** da relação de proximidade familiar ou de amizade entre os implicados; **(b)** completa falta de qualificação técnica do nomeado para exercer a função para a qual foi nomeado; ou **(c)** a

sentir, situações como esta deixam evidente que a conduta expressaria a ideia de *desvio* exigida pelo tipo penal. Além disto, nestes casos, não haveria que se falar em ausência de *posse prévia lícita dos valores desviados*, já que esta posse, como delineado nos tópicos anteriores, se fez presente no *poder de disposição jurídica que o agente nomeante teve sobre os valores* e que o servidor nomeado concorrerá para o crime a título de coautoria.

B. Análise do Inquérito n. 3.006 do STF

Tal qual mencionado pelos precedentes do STJ já referidos, o fundamento da distinção⁴⁹ teria sido o quanto decidido pelo STF nos autos do Inq. 3.006⁵⁰, assim ementado:

Inquérito. Denúncia. Peculato (art. 312 do CP). Denunciado que teria nomeado servidor para seu gabinete, mantendo-o em função comissionada, sem que esse prestasse o correspondente. Aventado desvio de recursos públicos em proveito alheio. **Ausência de dolo**. Atipicidade reconhecida. Ausência de justa causa. Denúncia rejeitada. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para trancar a ação penal em relação a Francisco Pereira dos Santos Júnior. **1. Não se pode inferir do simples fato de o servidor requisitado ser filho de um conhecido do denunciado que isso tivesse importado em autorização para que ele não comparecesse ao trabalho, não havendo o necessário dolo exigido para a tipificação da infração que lhe imputa o *Parquet***. 2. Não se vislumbra, nos autos, ação praticada pelo investigado tendente a desvio de recursos públicos para contratação, às expensas do erário, de funcionário privado ou 'fantasma', tal como se deu na hipótese versada no Inq. nº 1.926/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie (DJe de 21/11/08) ou no Inq. 2.652/PR, de minha relatoria (DJe de 11/10/11). 3. Não se cuida, na espécie, de hipótese de utilização do servidor público para a realização de serviços privados ao denunciado, mas situação totalmente diversa daquelas narradas nas hipóteses antes indicadas, nas quais o objeto material da conduta eram os valores pecuniários desviados pelos denunciados (dinheiro correspondente à remuneração de pessoa como assessor ou auxiliar). 4. Denúncia rejeitada. 5. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para trancar a ação penal em relação a Francisco Pereira dos Santos Júnior. (STF; Inq 3006, Relator(a); Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 19-09-2014 PUBLIC 22-09-2014)

Há de se notar, porém, que o que se extrai do julgado é que, no caso concreto apreciado pelo Supremo, a absolvição se deu em razão da conduta ser considerada atípica por ausência de tipicidade *subjéctiva*. Ou seja, vingou o

comprovação de não comparecimento ao serviço, que não raro vem aliada à falsificação dos registros de presença.

49 Item 3.1, 'b'.

50 Dado que este julgamento tramitou em segredo de justiça não foi possível localizar maiores informações a respeito das peculiaridades do caso concreto, de modo que as considerações que aqui se lançam tomam por base o quanto referido na ementa do julgado.

entendimento de que os elementos probatórios não teriam sido aptos a demonstrar que o réu conhecia e queria “desviar ou apropriar-se” dos recursos públicos. Ressaltou-se que o fato de nomear o filho de um conhecido para o cargo em comissão não importava, por si só, em autorização para que este jamais prestasse algum serviço.⁵¹

Como se nota, o elemento de *discrímen* no precedente do STF evocado refere-se à *tipicidade subjetiva* e não a uma eventual releitura a respeito dos *elementos objetivos do tipo penal em comento*, como faz crer a interpretação que passou a ser dada pelo julgador do STJ sob análise.

Ademais, observe-se que a suposta distinção de casos apontada neste julgador⁵² sequer é excludente, pois é justamente a *percepção de remuneração de funcionários que não prestam serviços que tem sido entendida*, em outra linha de precedentes, *como um verdadeiro “desvio”*. Argumenta-se, neste sentido, que o destino correto desses recursos seria a *remuneração de um funcionário que exerça a devida contraprestação de serviços à sociedade*. Logo, nestes casos, o *objeto material* do delito seria justamente esta *remuneração*.

Como reforço, atente-se, ainda, que ao menos no contexto fático do Inq. 1.926/STF (citado como exemplo do item ‘b.1’ acima), existe situação que se amoldaria ao item ‘b.2’, no sentido de que *a funcionária nomeada percebia suas remunerações sem jamais ter prestado serviços públicos*.

De toda forma, ao que parece, a interpretação que vem sendo realizada pelo STJ seria a de não existir “desvio” no ato do servidor público que venha a perceber normalmente sua remuneração, não obstante jamais compareça ao trabalho. Trata-se de uma interpretação que conflita com as considerações realizadas, ou seja:

a) que o agente nomeante tem a *posse prévia lícita dos recursos desviados*, uma vez lida esta posse em sentido coloquial, como *poder jurídico de disposição sobre tais recursos*;

b) que o “desvio” ocorre, justamente, porque a destinação adequada de tais recursos é a remuneração de servidores que efetivamente prestem

51 Por óbvio se entendermos o dolo como vontade realizadora dos elementos do tipo objeto, ou mesmo como o compromisso para com a produção do resultado, o fato é que aquele que “desvia” deve ter consciência de que “desvia”, além da vontade de desviar, o que será avaliado de acordo com os indicadores objetivos externos transportados ao processo penal por meio da prova produzida. Do contrário, aponta o próprio julgador, o fato do servidor nomeado passar a prestar serviços particulares ao nomeante, constitui um forte indicativo de que desde o momento da nomeação havia consciência e vontade de desviar/apropriar-se de recursos públicos.

52 Cf. Item 3.1, ‘b.1’ e ‘b.2’.

serviços à sociedade como forma de contraprestação. Ademais, não há que se falar que nestes casos o pagamento seria devido, seja porque o recebimento da remuneração pressupõe a prestação dos serviços, seja porque, a despeito de funcionário nomeado exercer ou não suas funções, havendo situação de conluio prévio, restaria consubstanciada a ideia de “desvio”;

c) que, desde um ponto de vista da tipicidade subjetiva, seja possível demonstrar, no momento da ação, o dolo dos imputados, consistente na consciência e vontade de “desviar” recursos públicos.⁵³

De fato, no atual cenário, parece evidente que não é todo servidor que receba remuneração sem prestar serviços que poderá ser responsabilizado penalmente, assim como não serão todas as situações que implicarão responsabilização criminal de seu superior hierárquico.

Contudo, sempre que evidenciado que o agente nomeante atuou com a intenção de dar destinação diversa da devida aos recursos públicos, ao nomear alguém que sabia que não prestaria nenhum serviço público, haverá sim a possibilidade de falar-se em “desvio” de recursos remuneratórios que estavam sob seu poder de disposição.

Por isto, parece-nos ser possível que reste devidamente configurado o crime de peculato (*na modalidade desvio*) naqueles casos em que o servidor nomeado, simplesmente, percebe sua remuneração sem nunca ter prestado serviço. Isto ocorrerá quando for possível comprovar um conluio prévio com o agente nomeante, a viabilizar tanto o elemento objetivo “de que tem a posse”, quanto o direcionamento finalístico da ação voltada ao desvio de recursos públicos.⁵⁴

53 Sobre este último aspecto convém rememorar que sua demonstração somente poderá se dar a partir da análise dos elementos objetivos externos transportados ao processo penal a partir de provas.

54 Nesse sentido: TJPR - 2ª C.Criminal - 0001911-24.2018.8.16.0025 - Araucária - Rel.: Desembargador Laertes Ferreira Gomes - J. 07.11.2019, embora imputando à servidora nomeada o peculato apropriação; e TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1594483-3 - Corbélia - Rel.: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida - Unânime - J. 30.08.2018. De toda forma, em não ficando comprovado “o conluio prévio”, a nosso sentir, nada impedirá que, a depender da análise das circunstâncias do caso concreto, possa ser imputado ao servidor nomeado o crime de peculato mediante erro de outrem ou de estelionato, ante a deliberada percepção de remuneração sem a efetiva contraprestação de serviços públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise global do conjunto de casos trazidos e do material teórico e jurisprudencial aqui aglutinado possibilita que algumas considerações de caráter conclusivo sejam extraídas:

1. A *posse lícita* anterior do bem móvel é a característica marcante que distingue as figuras do *peculato-desvio* e *peculato-apropriação* (artigo 312, caput, CP) da figura do *peculato-furto* (artigo 312, §1º, do CP);

2. A *posse* que é passível de tipificar os crimes de *peculato-desvio* e *peculato-apropriação* pode ser compreendida *no sentido coloquial*, admitindo-se o mero poder de disposição sobre o bem móvel, sem que exista detenção física deste bem;

3. Os casos de *funcionários fantasmas* propriamente ditos são aqueles em que a prova indica que o servidor nomeado *não exerce nenhum tipo de serviço afeto ao cargo público*, caracterizando, respeitadas posições diversas, o *peculato-desvio*. São casos que terão por objeto material do delito (*bem móvel*) a *remuneração desviada* pelo servidor nomeante;

4. A jurisprudência do STF entende ser *penalmente atípica a conduta do servidor nomeante, quando a prova indica que o servidor nomeado prestava eventualmente atividades próprias do cargo público*, havendo desvio eventual para a prestação de serviços particulares, ou de outras atividades; nestes casos, o Supremo entende que o objeto material do delito (*bem móvel*) seria o *serviço público* e não a *remuneração*;

5. Diante destas peculiaridades, além dos inevitáveis reflexos no âmbito da investigação destes fatos, figura como essencial que as denúncias deles decorrentes tenham especial atenção para a descrição, clara e objetiva:

i) do elemento normativo do tipo referente à *posse lícita antecedente do bem móvel*; e

ii) do *bem móvel objeto* da infração penal finalmente imputada;

6. Há casos que se assemelham aos de funcionários fantasmas nos quais, em tese, é possível que haja a tipificação da conduta como *peculato-apropriação*. No entanto, geralmente, são casos em que o próprio *modus*

operandi evidencia que o objeto material (*bem móvel*) do crime era a *remuneração do servidor* e não o *serviço*, o que, em certa medida, tornará irrelevante – para fins de tipificação da conduta do servidor nomeante e da consumação do delito – se o servidor nomeado prestava ou não os serviços atinentes ao cargo para o qual fora nomeado.

7. Por outro lado, nestes casos, a conduta do servidor nomeado (v.g., prestar ou não os serviços inerentes ao seu cargo) poderá ser relevante, penalmente, para efeitos de avaliação de eventual concurso de pessoas, em coautoria ou participação, com o servidor nomeante, além de eventuais reflexos em sede de improbidade administrativa;

8. Além disso, há casos em que o servidor nomeante *exige* a entrega de parte da remuneração da pessoa, condicionando o aceite a eventual nomeação para o cargo. São casos em que, em tese, o servidor que exige a contrapartida incorrerá na prática de *concussão* (CP, art. 316), delito que independe de anuência da pessoa à proposta, ou da entrega de parte da remuneração ao servidor nomeante, dada sua natureza formal, consumando-se no momento em que ocorre a exigência da vantagem indevida;

9. Por fim, quanto ao grupo de julgados que tem considerado *atípica* a hipótese de percepção de remuneração pelo funcionário nomeado sem que exista a respectiva prestação de serviço, nos termos do quanto exposto e a despeito das referências jurisprudenciais que costumam ser mencionadas, se está diante de condutas que persistem sendo consideradas *típicas* conforme os precedentes do STF, já que:

9.1 o agente nomeante tem a *posse prévia lícita dos recursos desviados*, uma vez lida esta posse em sentido coloquial, como *poder jurídico de disposição sobre tais recursos*;

9.2 o “desvio” ocorre, justamente, porque a destinação adequada de tais recursos seria a remuneração de servidores que efetivamente prestassem serviços à sociedade como forma de contraprestação; e

9.3 desde um ponto de vista da tipicidade subjetiva, em alguns casos será possível demonstrar, no momento da ação, o dolo dos imputados, consistente na consciência e vontade de “desviar” recursos públicos.