

## O PROBLEMA DA TIPIFICAÇÃO DOS CASOS DE “FUNCIONÁRIOS FANTASMAS”

### I. Relatório

Este Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais recebe, com certa regularidade, consultas de membros do Ministério Público do Estado do Paraná indagando acerca da tipificação das condutas: i) do agente político que, dolosamente, nomeia servidor público em cargo comissionado para desviar, apropriar-se ou subtrair os vencimentos deste, em proveito próprio ou alheio; ii) do servidor nomeado, que deixa de prestar regularmente os serviços afetos ao cargo ocupado. Tais casos são usualmente referidos como de “funcionários fantasmas”.<sup>1</sup>

O tema longe está de ser novo e no Informativo nº 343, de 06 de maio de 2016, ainda numa primeira aproximação, concluiu-se que “*aquele que, na condição de servidor público, recebe remuneração sem, efetivamente exercer as respectivas atividades, incide no crime de peculato, capitulado no art. 312 do Código Penal*”.<sup>2</sup>

Por estas novas consultas foi possível identificar a existência de particularidades que, em certa medida, demonstram a complexidade do tema e a existência de posicionamentos díspares tanto na doutrina como na jurisprudência, que justificam a realização de um aprofundamento no tema, dando ensejo ao presente Estudo de Caso, apresentado em caráter complementar ao quanto exposto naquele Informativo.

O trabalho será estruturado em *duas 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 § 1º. A segunda trará à baila *03 grupos de casos concretos* que possuem

---

1 Podem ser mencionadas, a título exemplificativo, as pesquisas nº 082/2016, 110/2016 e 198/2016, todas do Foro Regional de Campo Largo.

2 Na ocasião foram coletados julgados que ora entendiam estar a conduta tipificada no artigo 312, *caput*, do CP (*peculato apropriação* ou *peculato desvio*), ora na figura do artigo 312, §1º, do Código Penal (*peculato furto*).

interessantes particularidades e os distinguem para fins de tipificação das condutas dos envolvidos. Em cada um deles serão resumidos os fatos e abordadas suas possíveis tipificações, destacando doutrina e jurisprudência correspondentes.

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

Na parte final do texto, estão aglutinadas algumas considerações de caráter conclusivo que podem ser extraídas do presente texto.

## **II. Fundamentação**

### **Parte 1**

#### **Artigo 312, *caput* e §1º, do Código Penal:**

#### ***Peculato-apropriação; peculato-desvio; peculato-furto***

O Código Penal prevê no artigo 312, *caput* e em seu §1ª 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 § 1º contém as elementares do denominado *peculato-furto*.

Em geral, refere a doutrina que estas formas dolosas de peculato incriminadas pelo dispositivo do Código Penal 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; (c) que haja relação entre o cargo e a possibilidade de acesso ao bem móvel.<sup>3</sup>

Dada a desnecessidade de aprofundamento sobre cada um destes pontos serão apresentadas apenas breves notas a seu respeito.

#### **A. 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.<sup>4</sup> 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

---

3 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, Nélon. **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.

4 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.

– 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.<sup>5</sup>

### **B. 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 se ser objeto material do crime de peculato, afastou a tese defendida por alguns de que o crime somente atingiria bem infungível.<sup>6</sup>

Outra importante observação é a feita por BUSATO, destacando que o objeto material do crime é um bem e não um serviço.<sup>7</sup> Esta observação é relevante para os casos que serão relatados na sequência, notadamente a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal que adere a tese do penalista paranaense.

### **C. Relação entre o cargo e a apropriação, ou desvio:**

É imprescindível, nas três modalidades de peculato doloso, 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

<sup>5</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte especial 2, v.3. São Paulo: Atlas, 2016. p. 455.

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 350-351.

<sup>7</sup> BUSATO, Paulo César. *Op.cit.* p. 448.

razão do cargo, como o policial que se apropria indevidamente do bem apreendido, ou o carcereiro que se apossa dos bens de um preso.<sup>8</sup>

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 for em razão do cargo*, poderá caracterizar *a apropriação indébita*<sup>9</sup>.

Como se verá na sequência, o *peculato-furto* exige que *não exista posse antecedente do objeto material do delito*. No entanto, assim como nas figuras do *caput*, a subtração deve necessariamente estar relacionada com o fato do sujeito ativo ser funcionário público, de acordo com o 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.

#### **D. Peculato-apropriação x Peculato-desvio:**

**Apropriar-se** importa em assenhoreamento 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*<sup>10</sup>, *circunstância que somente poderá ser avaliada por meio dos atos exteriores de utilização do bem* (retenção, alienação, especificação, consumo, etc.).<sup>11</sup>

Já a conduta de **desviar** implica em dar à coisa destinação ou emprego diverso daquele para o qual foi ela entregue ao agente.<sup>12</sup> Ao invés do destino certo e determinado do bem de que tem a posse, o agente lhe dá outro, no interesse próprio ou de

---

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

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

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

11 HUNGRIA, Néilson. *Op. cit.* p. 335.

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

terceiro.<sup>13</sup> Há, portanto, o *desvio*, quando o agente emprega a coisa móvel sob sua posse para fim diverso daquele especificado pela lei.<sup>14</sup>

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,

---

13 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).

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

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 imperativo que *o uso da coisa se realize em contrariedade a qualquer finalidade de utilidade pública*, não bastando o seu uso irregular.<sup>15</sup>

Neste sentido, BUSATO destaca que *o desvio deve sempre dar-se em proveito próprio ou alheio e nunca da própria Administração. Portanto, não há crime no desvio realizado para finalidade pública, como a utilização para aliviar déficit do caixa do Estado, podendo haver, em algum caso, o crime de desvio de verbas públicas*.<sup>16</sup>

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 é atípica a conduta do chamado *peculato de uso***, subsistindo um eventual ilícito administrativo.<sup>17</sup> No entanto, mais uma vez invocando as lições de GALVÃO, 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

---

15 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.

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

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

*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.

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 acima por GALVÃO, eis que toma por base limites ético-sociais subjetivados. Parece razoável que algumas circunstâncias fáticas do caso concreto funcionem como o melhor norte para o operador do Direito 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.<sup>18</sup> 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 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.

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<sup>a</sup>, inciso II, do Decreto-Lei n° 201/67.<sup>19</sup>

---

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

19 “Art. 1º 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”.



### **E. Peculato-apropriação / Peculato-desvio x Peculato-furto:**

A principal nota distintiva entre as figuras do *caput* e a do § 1º 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, § 1º) 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.<sup>20</sup>

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 delitativa, já que a ausência da posse leva à caracterização do peculato-furto (art. 312, § 1º).

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.<sup>21</sup>

Também neste sentido:

---

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

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

Tal como a apropriação indébita, o peculato pressupõe no agente a preexistência da legítima *posse* precária, ou em confiança, da *res mobilis* de 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 <sup>22</sup>.

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) <sup>23</sup>.

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) <sup>24</sup>.

Uma observação de BUSATO será crucial no momento da análise dos casos adiante enfrentados, a de que *o conceito de posse, aqui, não possui o sentido jurídico-civil, mas sim o coloquial, mais amplo, que inclui a mera detenção.*<sup>25</sup>

Já no *peculato-furto*, GALVÃO destaca justamente o contrário, ou seja: é imprescindível que o sujeito ativo não tenha a posse anterior do bem móvel:

---

22 HUNGRIA, Nélon. *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.

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.<sup>26</sup>

Entretanto, o mesmo doutrinador alerta ser possível a ocorrência do delito caso a posse seja compartilhada entre vários funcionários públicos e um deles subtraia o bem móvel.<sup>27</sup>

No *peculato furto*, a incriminação é dupla. 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. Segundo, incrimina-se a conduta do funcionário público em 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.<sup>28</sup>

---

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

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

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

Estes, enfim, alguns apontamentos teóricos e 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 de Caso, mereciam ser recordados.

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

## **Parte 2**

### **Três espécies de casos de “funcionários fantasmas” e sua adequação às figuras típicas dolosas de peculato:**

#### **A. Os 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 diz respeito aqueles que aparecem de forma mais frequente. Por isto, será realizada aqui uma análise mais detalhada das suas circunstâncias. Para tanto, serão sumarizados os fatos de um caso típico desta espécie que merece destaque por já ter sido objeto de análise pelo E. Supremo Tribunal Federal.

No ano de 2005 o Deputado Federal Celso Ubirajara 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 admissibilidade<sup>29</sup>, 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.

Para os fins deste estudo não será feita nenhuma análise do material probatório produzido durante a instrução da 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*, já que permaneceu trabalhando na empresa privada do réu desde a data de sua nomeação. Esta conclusão, conforme se verá adiante, 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.*<sup>30</sup>

No entanto, embora inicialmente, como referido, tivesse sido encampado pelo Supremo quando do recebimento da denúncia a imputação do Ministério Público Federal que descrevia a prática do crime de *peculato-desvio*, a sentença condenatória

---

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

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.

da 10ª Vara Federal seguiu caminho distinto. Com efeito, sem prejuízo da condenação reconhecida, fixou-se o posicionamento de 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 ardil, 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 para condenar o réu como incurso no *art. 312, § 1º, do Código Penal*.

Como se pôde notar, na sentença, o réu foi condenado pela prática do crime de *peculato-furto* e não de *peculato desvio*, conforme lhe fora sido imputado pela denúncia. De toda forma, as circunstâncias deste caso concreto chamam a atenção para três importantes temas que surgem como imprescindíveis para a análise ora efetuada:

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

(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, conseqüentemente, atípicos.

Estas três questões merecem um enfrentamento:

**(i) A figura do peculato-desvio frente ao caso concreto:**

O alicerce da tese do Ministério Público Federal, na ocasião, foi de que o Deputado Federal acusado *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 Federal.

Adota-se 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).

BITTENCOURT, FRAGOSO e HUNGRIA compartilham de idêntico posicionamento:

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 mandados<sup>31</sup>.

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 requisições<sup>32</sup>.

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

---

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

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



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 defendida <sup>33</sup>.

Como se vê, a tese então defendida pelo Ministério Público Federal foi no sentido de 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.

A princípio, o Supremo Tribunal Federal aderiu a esta tese. Ao receber a denúncia no caso do parlamentar referido, a Relatora Ministra Ellen Gracie, 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 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) <sup>34</sup>. (gn)**

Nesta esteira, o cometimento do ilícito, se dá no momento da destinação diversa do bem móvel que, no caso, foi a remuneração do servidor nomeado. É dizer: o agente político tem, em razão do cargo que ocupa, a posse mediata da coisa, que num primeiro momento é lícita, já que tem a disponibilidade jurídica dos valores; entretanto, num segundo momento, colidindo com a destinação lícita e regular que lhe era determinada, acaba

---

33 HUNGRIA, Néilson. *Op. cit.* p. 339.

34 Inquérito 1.926/DF.

por desviá-la, na medida em que não dá a ela o destino certo e determinado que deveria dar – remuneração de servidores que efetivamente prestem os serviços para os quais foram contratados.

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

Para o Ministério Público Federal o réu não teria praticado *peculato-apropriação* porque não teria se apropriado da remuneração da servidora, mas, sim, 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.

No caso, o delito estava consumado no momento do desvio em proveito próprio ou alheio, no qual já não se faz presente uma destinação a qualquer finalidade de utilidade pública. Prescinde, portanto, para efeitos de consumação, de futura e eventual apropriação ou locupletamento pelo do agente político ou servidor nomeado.

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Conforme relatado, aos acusados são imputadas a montagem e operacionalização de um esquema de nomeação de “assessores fantasmas” no âmbito da Secretaria de Administração no Estado do Piauí. Esquema, esse, que gerou um aumento de 257,34% na despesa com pessoal daquele Estado. Logo, o quadro empírico estampado na inicial acusatória parece amoldar-se às preceituações do art. 312 do Código Penal [...]

Bem vistas as coisas a narrativa da denúncia sinaliza a ocorrência, em tese, das circunstâncias elementares do tipo penal do peculato. Isso porque, em primeiro lugar, a Administração Pública (bem jurídico tutelado pela criminalização da conduta) foi aquela que mais diretamente sofreu com o ruinoso impacto patrimonial do delito

imputado aos denunciados; em segundo, porque **os fatos narrados na inicial acusatória consistem na destinação de recursos públicos para fins diversos daqueles para os quais foram confiados à gestão dos denunciados**. Sendo até desnecessário frisar que é impensável a possibilidade legal de contratação de servidores fantasmas<sup>35</sup>. (gn)

Concorde-se ou não com a tese sustentada na denúncia, inegável que há nela um *razoável grau de coerência*.

Como objetivamente o bem móvel já estava na posse do parlamentar, para se falar em peculato-apropriação 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 indica intenção aparentemente incompatível com o elemento volitivo característico da apropriação.

De fato, parece que os fatos encontram maior compatibilidade com a figura do peculato-desvio, em que há modificação da destinação do bem móvel, o qual é encaminhado ou aplicado de modo distinto do que foi estabelecida 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 sim desviá-lo para beneficiar a si próprio.

É válido ressaltar, de toda forma, ter sido verificado que, no caso, a denúncia foi oferecida exclusivamente em desfavor do Deputado Federal 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 devidamente respeitadas as regras atinentes ao concurso de agentes no que tange à exigência dos elementos objetivos e subjetivos de suas diferentes modalidades<sup>36</sup>.

35 Inquérito 2.449/PI, Min. Ayres Brito.

36 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,

**(ii) A figura do peculato-furto frente ao caso concreto:**

Como visto, porém, a sentença condenatória, por seu turno, tipificou a mesma conduta como *peculato-furto*, dispondo 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 não ficar clara tal circunstância no decreto condenatório, ao tipificar a conduta do réu como *peculato-furto* parte-se da antítese da tese da denúncia, ou seja, reconhece-se que não existiria, *in casu*, anterior posse lícita do bem móvel subtraído. Esta opção fica clara quando a sentença menciona expressamente que a subtração do salário da servidora se deu 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, no caso da figura do peculato do artigo 312, § 1º, a Administração Pública.

É forçoso reconhecer, entretanto, que no caso resta evidente que a Administração Pública efetivamente teria entregue os valores ao Gabinete do Deputado Federal denunciado a título de remuneração dos seus servidores.

---

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).

O argumento diferenciador, então, é de que tal fato não caracterizaria posse antecedente do bem móvel, podendo assim ser sustentada a tese da subtração por parte do funcionário público, que retiraria o objeto material do delito da esfera de vigilância da vítima, isto é, a Administração Pública.

Como citado, outro ponto que chama a 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 ardilosa, 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 legal de crime do artigo 171 do Código. A diferença crucial entre o furto e o estelionato não reside na presença ou ausência do engodo, mas, sim, no fato de que o estelionatário recebe o bem móvel das mãos de sua vítima, ludibriada, enganada<sup>37</sup>, ao passo que no furto o autor do delito retira o objeto material da esfera de vigilância da vítima sem que esta perceba.

De todo modo, o que se nota é que a fundamentação da sentença ora analisada se aproxima mais da narrativa de um crime de estelionato do que, propriamente, de um delito que envolva subtração, na medida em que houve entrega voluntária da remuneração pela Administração Pública para o pagamento dos vencimentos dos assessores parlamentares do réu. Daí porque, até onde se vê, certamente 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 do crime de estelionato do artigo 171, § 3º, do Código Penal.

O problema é que tal coerência interna 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, não foi o ardil – a nomeação de uma servidora que nunca prestou serviços públicos, mas, sim, exercia suas atividades em empresa particular do réu – que ensejou na disponibilização dos seus vencimentos por parte da Administração Pública.

---

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

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. Agravantes. Art. 62, I e II, do CP. Caracterização. Exclusão. Reexame*

*de matéria fático probatória. Continuidade delitiva. Exasperação em razão do número de delitos. Ilegalidade. Inexistência. Vereador. Causa de aumento. Art. 327, § 2º, do CP. Inaplicabilidade. Analogia in malam partem. Inadmissibilidade. Divergência jurisprudencial. Paradigma não colacionado. 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. Improriedade. 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 frente ao 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*, pois 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 brasileiro e adstrita as pessoas dos Prefeitos Municipais, nos termos do artigo 1ª, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67.

Ocorre que esta tese só surge quando o objeto material do delito descrito na exordial acusatória tem por foco o *serviço público* e não os *valores pagos a título de remuneração ao servidor*. Este o entendimento do Min. Celso de Mello, em seu voto vencido de rejeição da denúncia oferecida no caso sob análise:

[...] não obstante todas as duntas 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 Tribunal Federal voltou a enfrentar o tema. No julgamento do IP nº 3776/TO, a Corte Suprema 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. CONDUCTA ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1. O Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos colhidos no âmbito de inquéritos civis instaurados para apurar ilícitos administrativos no bojo dos quais haja elementos aptos a embasar imputação penal. Precedentes. 2. O foro por prerrogativa de função não se estende às ações civis públicas por improbidade administrativa nem aos inquéritos civis conduzidos por integrantes do Ministério Público (art. 129, III, da CF), ainda que os fatos apurados possam ter repercussão penal. Preliminar rejeitada. 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”.

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.

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, neste 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. Considera-se atípica tão somente a conduta de uso *eventual* de funcionário público para prestação de serviços particulares<sup>38</sup>. Colada a questão probatória está o posicionamento da Corte Suprema 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

---

38 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.”

perfeitamente estar caracterizada uma das figuras dolosas do crime de peculato, levando em consideração todas as peculiaridades até aqui discutidas.

**B. 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 contas.

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

Acordam os integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em conhecer e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso. 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 – Alegação de que os fatos narrados na denúncia já foram objeto de outro processo acolhida parcialmente, permanecendo este processo somente com relação às pessoas de Rosenilda e Joelma – Pretensão de aplicação da continuidade delitiva com relação aos delitos julgados no outro processo – Descabimento – Fatos anteriores, que não tem qualquer ligação com o delito destes autos – Alteração da dosimetria da pena - "Circunstâncias do crime" e "consequências" incorretamente valoradas

negativamente – Redução, também, do percentual aplicado pela continuidade delitiva – Pena total reduzida para 03 anos, 03 meses e 20 dias de reclusão e 18 dias-multa, em regime aberto. Recurso parcialmente provido (TJPR – 2ª C. Criminal – AC - 1153428-8 - Curitiba - Rel.: Roberto de Vicente - Unânime - J. 12.03.2015)

A denúncia, no caso, imputara a prática do delito de *peculato-desvio*; em um trecho do voto vencedor é citada doutrina a respeito do *peculato-furto* e jurisprudência sobre eventual prática de concussão. À guisa de conclusão concluiu-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 possuía a posse lícita do bem móvel.*

Como visto, a posse no caso se dá no momento em que a Administração Pública disponibiliza a remuneração para que sejam 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 de sacar os vencimentos do servidor é que exterioriza 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 está 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 ora 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 no caso concreto.

**c) Casos em que o servidor nomeante exige do servidor nomeado a entrega de parte do salário condicionando a nomeação à anuência deste último:**

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 do Rio Grande do Sul denunciou um vereador daquele Município por ter

supostamente 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.<sup>39</sup>*

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 se tratar a concussão de 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 acompanhada da exigência criminosa.

### **III. Conclusões**

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:

---

<sup>39</sup> Disponível em <<http://mprs.mp.br/noticias/id38005.htm>>. Acesso em 20. jan. 2017.



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 do bem móvel;

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 Supremo Tribunal Federal entende ser *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, tanto *i)* do elemento normativo do tipo referente à *posse lícita antecedente do bem móvel*, quanto *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. Por fim, 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, salvo melhor juízo, incorrerá o servidor que exige a contrapartida 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.

Sempre é válido ressaltar que, devidamente respeitada a independência funcional de cada Colega, a pretensão deste Centro de Apoio com o presente Estudo não foi outra senão aquela de empoderar os Órgãos de Execução com subsídios que permitam adotar uma posição ministerial balizada em fundamentos atentos ao quanto vem prevalecendo no âmbito interpretativo do ordenamento penal pátrio em relação ao tema proposto.

**Janeiro de 2017.**

**Equipe do CAOP  
Criminais, do Júri e de Execuções Penais**