

Recebido em: 12/12/2023
Aprovado em: 22/01/2024

A PREVARICAÇÃO NA SISTEMÁTICA DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*MALFEASANCE IN THE SYSTEM OF CRIMES
AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION*

Renato Gomes de Araújo Rocha¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Administração Pública e Sua Conceituação. 1.1 O Conceito de Funcionário Público. 2. Administração Pública como Bem Jurídico. 3. Administração Pública, Ato Funcional e Prevaricação. 3.1 Ato de Ofício e Poder Discricionário. 4. Elementos da Prevaricação. Conclusão. Referências.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

RESUMO: Este artigo buscou analisar os pressupostos e os elementos constitutivos do crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal). A fim de melhor esclarecer os limites da intervenção Estatal na esfera penal, o texto combinou Direito Penal e Direito Administrativo em uma análise que se desdobra em quatro pontos. Primeiro, os caminhos e dificuldades para a delimitação de um conceito de Administração Pública e de funcionário público. Segundo, a capacidade de rendimento da Administração Pública como bem jurídico penal. Terceiro, alguns critérios para a compreensão do ato de ofício, bem como o papel que a discricionariedade interpreta na amplitude de criminalização da norma. Quarto, a análise das espécies de prevaricação e a interpretação dos elementos que compõem esse crime diante dos pontos debatidos anteriormente.

PALAVRAS-CHAVE: Prevaricação. Crimes Próprios. Crimes Contra a Administração Pública. Discricionariedade Administrativa. Violação do Interesse Público na Administração.

ABSTRACT: This paper sought to analyze the assumptions and constituent elements of the crime of malfeasance in Brazil (article 319 of the Brazilian Penal Code). In order to shed light on the limits of State intervention in the criminal sphere, it combined Criminal Law and Administrative Law theory in an analysis that unfolds into four points. First, the paths and difficulties of delineating the concepts of Public Administration and public servant. Second, how fruitful and beneficial is the concept of Public Administration as a juridical-penal good (*Rechtsgut*). Third, some criteria for understanding “acts of office”, as well as the role that discretion plays in the scope of normative criminalization. Fourth, the analysis of different types of malfeasance and the interpretation of the elements that constitute this crime in light of the previously discussed points.

KEYWORDS: Malfeasance. Special Offences. Crimes Against Public Administration. Administrative Discretion. Violation of the Public Interest in Public Administration.

INTRODUÇÃO

A compreensão do delito de prevaricação está diretamente ligada com a compreensão que se tem das funções da Administração Pública. Este artigo pretende fazer uma análise ampla da própria conceituação que se faz da Administração Pública no direito penal, justamente porque isso é uma base necessária para uma melhor delimitação do escopo de criminalização do tipo de prevaricação.

Pretende-se, especificar o conceito de Administração Pública em seus pontos pertinentes com o crime de prevaricação. O que se criminaliza tem relação com o leque de atos que podem surgir da Administração Pública com o potencial de serem subsumidos ao tipo penal em questão. Isso significa, para os limites deste texto, estabelecer quem e o que se criminaliza pela prevaricação. A concepção que se tem de objeto de tutela (bem jurídico) e de funcionário público (sujeito do delito), então, decorrem necessariamente dessa análise. Quem se criminaliza tem relação com o fato de, por exemplo, o Brasil não realizar a distinção entre prevaricação administrativa e judiciária, ao contrário de algumas legislações estrangeiras.

Adicionalmente, o curso da análise impõe que se determine com mais clareza o que se entende por ato de ofício, sua relação com o escopo do dever funcional e as consequências que isso têm para poder discricionário do agente público. Com isso, pretende-se estipular, também, as condições de adesão ao interesse público pelo funcionário e o que, complementarmente, se entende por interesse pessoal e sentimento pessoal (enquanto elementos que compõem o tipo de prevaricação).

A análise em termos sistemáticos proposta aqui deve poder capacitar uma compreensão crítica das decisões dos tribunais superiores imediatamente referidas à prevaricação (como nos casos de descumprimento de uma decisão judicial, de omissão do ato de ofício por contradição na legalidade, e de omissão por desídia), bem como a compreensão da possibilidade de colmatação de certas lacunas normativas.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA CONCEITUAÇÃO

Apesar de sua centralidade para o estudo dos crimes do Título XI do Código Penal, a “Administração Pública” é considerada um conceito equívoco há bastante tempo, já que abarca sentidos muitos diversos entre si. Especialmente com o ocaso de um modelo liberal mínimo de Estado e o crescimento em importância das funções de intervenção ou de prestação que caracterizaram o Estado de Bem-Estar, a distinção entre o que seriam atividades tipicamente estatais e todo o resto foi sendo gradativamente atenuada. Se a utilização da ideia de uma consecução de interesses públicos

poderia, antes, ser suficientemente clara para caracterizar a Administração Pública, a assunção de funções cada vez mais amplas ressignificou e estendeu essa concepção mais restrita de interesse público e, conseqüentemente, de Administração Pública (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

Justamente porque essa perspectiva ampliada de Estado se vê refletida na Constituição da República de 1988 é que se torna relevante também para o direito brasileiro. Especialmente quando se pensa no fenômeno de delegação dos serviços públicos à iniciativa privada (GRECO FILHO e RASSI, 2015). Assim, essa extensão tem um destacado impacto sobre as concepções objetivas de Administração Pública – i.e., para a concepção de Administração Pública enquanto atividade de persecução de fins (a atividade administrativa em si). Isso porque também desempenham atividades de administração pública – além das empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações – as empresas privadas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviço público (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997; FELICIANO, 2000).

Apesar de aparecer como um critério de preenchimento para outras normas penais (mesmo para as leis penais extravagantes), o art. 327 do CP apresenta uma definição operativa de funcionário público de baixo rendimento, principalmente porque considera funcionário público “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce (...) função pública”, numa evidente tautologia conceitual.

Diante da clara dificuldade de definição, em lugar de uma exclusiva concepção material (ou funcional) de Administração Pública (com sua caracterização substancial por um suposto traço ontológico ínsito à atividade pública), torna-se necessária a assunção complementar de uma concepção formal ou orgânica (FELICIANO, 2000), que caracterize a Administração Pública pela simples determinação legal – com papel de destaque para o Decreto-Lei nº 200/67 (decorrente da necessidade de interpretação sistemática do próprio art. 327 do CP).

Enfim, este debate diz respeito aos limites da abrangência conceitual, uma vez que o termo “Administração Pública” não pretende restringir seu escopo significativo ao Poder Executivo (à exclusão dos Poderes Legislativo e Judiciário).² Com isso, deve-se ter em mente que a ideia de separação dos poderes diz respeito a um critério de diferenciação nas atribuições funcionais dentro de uma unidade estatal, e não efetivamente à segmentação do Estado em funções distintas e exclusivas. O poder do Estado é uno e o vetor da função pública atravessa todas as suas esferas, costurando a possibilidade da aplicação comum do direito penal. Tampouco se pode esquecer que, para o direito penal, a expressão “Administração Pública” detém conteúdo

2 “Em sentido lato (que é o jurídico-penal), administração pública é a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública no sentido estrito), que no do legislativo ou do Judiciário” (HUNGRIA, 1958, p.311).

diverso dos outros ramos do direito (seja ele o direito administrativo ou constitucional) (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

1.1. O Conceito de Funcionário Público

Embora o art.327 do CP, responsável pela especificação do conceito de funcionário público, apareça só ao fim do capítulo I, ele é válido para o Código como um todo e para as leis penais extravagantes. Isso significa que essa definição vincula o intérprete não apenas quando o funcionário público é o *sujeito ativo* do delito (as hipóteses do Capítulo I, do Título XI, do CP, onde está inserido topicamente o art.327), mas também quando ele é o *sujeito passivo*, de maneira mediata, nos crimes cometidos contra a Administração Pública em geral – como no crime de desacato (art.331 do CP).

Também no conceito de funcionário público, em razão da tautologia acima mencionada, poder-se-ia repetir os dilemas da noção de Administração Pública. Parte da doutrina italiana chegou a enfrentar esse problema quando buscou distinguir entre funcionário público e encarregado de um serviço público, levando, subsequentemente, ao esforço pela distinção entre função pública e serviço público. Tratou-se de um debate um tanto quanto inócuo em razão da impossibilidade, uma vez mais, de estabelecer critérios substanciais claros e definitivos para essa diferenciação. A legislação brasileira conseguiu escapar dessa polêmica ao optar por um conceito unitário (abrangente) de funcionário público.

Quanto ao conteúdo mesmo da expressão “funcionário público”, entre uma *concepção subjetiva* (com foco no tipo de vínculo que liga o sujeito à entidade administrativa), caracterizada quando se trata de relação empregatícia determinada com os entes públicos, e uma *concepção objetiva*, caracterizada pelo tipo de atividade desenvolvida (i.e., o exercício de uma função pública), o Código Penal opta pela concepção objetiva, de maneira a incluir na rubrica de funcionário não apenas os servidores nomeados e investidos nos cargos propriamente ditos, mas também aqueles que prestam serviços públicos sem remuneração (DE SANCTIS, 2016).

Portanto, ainda que o sujeito não exerça cargo ou não esteja contratualmente vinculado à Administração Pública, desde que exerça uma função pública (e.g., seja de jurado ou mesário nas eleições) ele será considerado funcionário público para efeitos penais. Isso também se dá nos casos em que esse sujeito exerce cargo/emprego/função em entidade paraestatal ou empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública – o caso dos funcionários públicos por equiparação (art.327, § 1º, CP). Isso se aplica tanto para o polo ativo (quando o funcionário público ou seus equiparados cometem um delito contra a administração) quanto para o polo passivo (quando o particular

comete um crime contra a administração pública na figura do funcionário ou seu equiparado). Razão pela qual também se configura o crime de desacato quando a ofensa se dirige a quem participa do quadro de funcionários de uma autarquia ou empresa pública (DE SANCTIS, 2016) – uma aplicação abrangente que tem respaldo em julgado do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2001).

Dentre as controvérsias que decorrem do conceito de funcionário público, uma das que chama mais atenção diz respeito à aplicabilidade da majorante do § 2º, do art.327 do CP para quem detém mandato eletivo, uma vez que essa causa de aumento se aplica aos “ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”. Dessa questão surgem duas respostas possíveis: ou se empreende uma interpretação limitativa (estrita), ou se interpreta de forma abrangente, equiparando o *agente político* a quem exerce função de direção ou assessoramento em órgão da administração direta, o que implicaria em uma aparente violação da vedação a interpretações analógicas.

Embora uma interpretação mais estrita habilite apenas a aplicação da majorante quando e unicamente esses agentes exercerem poder de direcionamento em algum órgão da Administração Pública, a posição adotada pelo Supremo Tribunal (BRASIL, STF, 2004) parece se aproximar mais de uma leitura extensiva, já que, em ocasião do recebimento da denúncia no Inquérito n. 1.769-8/DF, decidiu-se pela possibilidade de aplicação da majorante a agentes políticos pela responsabilidade que esses agentes têm, simplesmente em razão da função que exercem e da disponibilidade que têm sobre o bem público³ – uma interpretação mais abrangente do que constava da própria denúncia, diga-se de passagem. Contudo, a noção de que qualquer agente político ou cargo eletivo necessariamente exerceria, ainda que de maneira implícita, uma função de direção parece uma construção consequencialista moldada para impossibilitar impunidades específicas à custa da coerência geral do sistema.

Não obstante a qualidade de funcionário público ser central para a compreensão do capítulo I do título dos crimes contra a Administração Pública, para entender quem são os sujeitos ativos e quando se configura o delito, o elemento central é a violação dos deveres de ofício (que será abordada posteriormente).

3 “É dizer, tais autoridades estão na cabeça do art.327 do Código Penal. Indaga-se agora: qual a razão da regra do § 2º do art. 327 do Código Penal? A razão é esta: quem exerce cargo em comissão geralmente exerce cargo de direção. Esse servidor tem, pois, relativamente aos servidores que chefia, responsabilidade maior, e maior, evidentemente, poder de disposição de bens públicos. Se é assim relativamente ao servidor que ocupa cargo em comissão, o que dizer dos exercentes de cargos de chefia do executivo, do prefeito, do governador ou do presidente da república? Evidentemente que esses dirigentes superiores da administração pública tem responsabilidade muito maior do que o mero exercente de cargo em comissão, do detentor de DAS. E o poder de disposição dos bens públicos, que detém é, também, muito maior do que o do mero exercente de cargo em comissão, do mero detentor de DAS” (BRASIL, STF, 2004, p.90).

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO BEM JURÍDICO

Como já se mencionou, a Administração Pública enquanto objeto suposto de proteção pela tutela penal é uma expressão de espectro semântico amplo, tendo sido caracterizada de diversas formas. Os esforços de conceituação refletiram, como não poderia deixar de ser, no seu tratamento como bem jurídico. Por isso, há quem defenda que os crimes contra a Administração Pública protegem o funcionamento adequado da máquina pública (o que diz respeito à Administração enquanto função), há quem defenda que protegem a percepção pública do Estado (dando destaque à Administração enquanto ente), assim como há quem, na dúvida, prefira prestigiar a gama completa de possibilidades.⁴

Dessa forma, há teorias que consideram como objeto de tutela penal o *dever de fidelidade* para com a administração pública; o *prestígio* da administração pública com os cidadãos (ou a confiança que eles depositam nela); a *imparcialidade* da administração, que seria violada pelo favorecimento de interesses particulares em detrimento do interesse público; ou o bom andamento da administração, que seria prejudicado quando o funcionário, por exemplo, persegue fins privados (e não públicos).⁵ A própria ideia por trás da tipificação da corrupção está relacionada com a vedação de que seja possível a submissão do interesse público ao particular por meio da mercantilização das condutas de funcionários públicos.⁶

Já nos Códigos Penais de 1830 e 1890, o título agregador dos ilícitos contra a Administração era bastante revelador (“Dos Crimes contra a bôa ordem e administração pública”) sinalizando que o objeto de tutela seria a higidez organizativa da administração pública. Assim, conforme De Sanctis (2016, p.791):

As condutas tipificadas na lei penal, especialmente as inseridas no Título XI do CP, intituladas ‘Dos Crimes contra a Administração Pública’, prevêem sanções em face daqueles que objetivarem obstar ou abalar de algum modo a normalidade funcional, o decoro, a incolumidade e o prestígio da administração pública, compreendida esta, como já explanado alhures, em seu sentido amplo (sujeito-administração e atividade administrativa). O bem jurídico tutelado inserido nos capítulos

4 Para Manzini o direito penal protege, nesses casos, “o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados ao ou relações da própria administração”, enquanto, para Soler, trata-se do “normal, ordenado e legal desenvolvimento da função dos órgãos do Estado, em todas as camadas de seus três poderes” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.21).

5 Por todos: “A objetividade jurídica dos crimes de que ora vamos nos ocupar é o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decôro da *Administração Pública*” (HUNGRIA, 1958, p.311).

6 “Através da proibição da compra e venda particular do ato são tutelados tanto o bom andamento quanto a imparcialidade da administração pública” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.106).

que compõem o aludido título é o funcionamento regular da atividade estatal ou de outros entes públicos.

Embora, em tese, seja possível a eleição de bens jurídicos alternativos ou plúrimos, isso reforça a incerteza e dificulta a ampla defesa – e.g., pela incapacidade de se alegar insignificância (ainda que remotamente, dada a atual posição dos tribunais superiores). Diante da interdição lógica, retórica ou dogmática de um bem jurídico específico, promoveu-se reiteradamente sua substituição, caso a caso, por outro mais conveniente; optando-se ora por compreender esses delitos como uma lesão à moralidade pública, ao funcionamento normal da administração, ao dever de fidelidade etc. O que estimula um ataque, então, não apenas a possibilidade de segurança jurídica, mas de uma compreensão sistemática, não-contraditória do fenômeno.

Por outro lado, a ideia de moralidade administrativa como bem jurídico parece insuficiente tanto em razão de seu caráter abstrato (espiritualizado), quanto por ser uma espécie de antropomorfização de uma entidade burocrática. Um ente dessa natureza tem tanta moralidade quanto qualquer objeto inanimado, como uma torradeira. A moralidade, portanto, só faria algum sentido se compreendida, em sentido *lato*, como reputação (presente na ideia de prestígio ou confiança na Administração Pública). Isso tornaria sobremaneira inviável a aferição de lesão do bem jurídico, e condicionaria essa lesão a elementos que estão fora do controle da conduta do agente – uma conduta com alto dano social objetivo e pouco conhecida (ou não tornada pública) seria menos lesiva, nesse sentido (i.e., quanto à reputação), do que uma conduta com baixo dano social objetivo e muito divulgada.

Alternativamente, a violação da moralidade poderia ser entendida como uma propriedade que emerge da forma como o agente público se relaciona com a entidade administrativa, e a imoralidade seria uma consequência da violação do seu dever de lealdade com a Administração (presente na ideia anteriormente citada do dever de fidelidade como bem jurídico), que muito se aproxima da noção de um “dever de obediência ao Estado” ou de objeto formal do delito,⁷ frutos de um suposto direito de obediência ou sujeição do Estado em relação ao indivíduo (*Botmäßigkeit*).

O grande empecilho em compartilhar deste entendimento é que alçar à posição de objeto de tutela o dever de lealdade tem como efeito a criação

7 “O objeto formal do crime seria constituído pelo direito do Estado às ações ou omissões impostas sob ameaça de pena, ou seja, o direito subjetivo público estatal à obediência ou observância dos preceitos penais” (FRAGOSO, 1977, p.10).

de um crime de mera desobediência⁸ (*einfachen Ungehorsam*). Um suposto dever de lealdade acaba constituindo, então, uma espécie de tautologia protetiva, contra a qual a crítica de Heleno Fragoso (1977, p.12) à concepção de *objeto substancial genérico* (i.e., quando o objeto de tutela do Estado seria o interesse na própria conservação) ainda parece ser pertinente: a proteção do “interesse na observância dos comandos” é pressuposto da norma penal e não seu objeto de tutela, senão essa norma estaria tutelando o direito à tutela.⁹

Por tudo isso, e diante da ausência de uma definição mais restrita, parece mais coerente, então, afirmar que o bem jurídico protegido é o funcionamento adequado da Administração Pública.¹⁰

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATO FUNCIONAL E PREVARICAÇÃO

Os princípios norteadores de qualquer atividade administrativa são determinados pela Constituição (art.37 da CF)¹¹ e sua observância é obrigatória para todos os poderes e esferas da Administração.¹² Como se sabe, a Administração Pública – e, reflexamente, o funcionário público – tem seu âmbito de atuação delimitado por aquilo que a lei determina (o chamado princípio da legalidade estrita).¹³ O princípio reitor da legalidade não dispõe somente uma dimensão formal, mas também material, que impõe a submissão a regras de moralidade e eticidade (como estipula o próprio princípio da moralidade administrativa), tendo em vista não o interesse individual do representante da administração, mas da coletividade (DE SANCTIS, 2016).

8 Tratando de outro tipo penal, diz algo relevante Mir Puig: “Vid. Nieto Martín, A., El delito de administración fraudulenta, pp. 240 y 241. Así, literalmente dice: (...) ‘El incluir un deber de fidelidad con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación” (PUIG, 2015, p.189).

9 Ainda: “A violação de um dever é, por assim dizer, o modo de ser da infração penal, que somente adquire sentido como meio para obtenção de uma conduta socialmente útil, vale dizer, com meio de tutela de um valor social” (FRAGOSO, 1977, p.21).

10 Mesmo na doutrina estrangeira: “Como en la mayoría de los tipos penales de este título, se puede afirmar que se protege el correcto funcionamiento del servicio público, procurando el desenvolvimiento normal y diligente de la administración” (DONNA, 2008, p.172).

11 Constituição Federal, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

12 “(...) valendo ressaltar que em seu §4 [do art.37] tratou especificamente da lesão à moralidade, com menção à improbidade administrativa, cujo objetivo foi o combate à corrupção e à impunidade, preservando-se a ética no setor público” (DE SANCTIS, 2016, p.790).

13 “[O Estado de Direito.] inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Desde esquema, obviamente não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de ‘poder’ discricionário”, ou “Isto permite dizer, sem nenhum receio de equívoco, que a atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sublegal, infralegal” (MELLO, 2017, p.11 e 12, grifo nosso).

Da ideia de legalidade também deriva o preceito de que o Estado e seus agentes estão limitados pelo espectro normativo instituído.¹⁴ Contudo, a noção de igualdade serve igualmente como elemento sustentador do Estado de Direito. Nas democracias liberais modernas (e em seus desdobramentos contemporâneos), a ideia de igualdade sustenta a própria concepção de soberania popular (e, conseqüentemente, de Estado de Direito), que só faz sentido enquanto delegação individual de soberania (em contraposição a uma delegação divina) (MELLO, 2017).

A igualdade e a delegação individual da soberania seriam dois lados de uma mesma moeda, que se contrapõe filosoficamente à justificação divina da autoridade, ligada intimamente, por sua vez, a estratificação de poder (desigualdade) e ao seu exercício amplamente discricionário. Portanto, do ideal mesmo de igualdade deriva o preceito de que a fundamentação última do poder estatal é o interesse coletivo, do contrário um interesse particular poderia se sobrepor ao da coletividade (o que infirmaria, por consequência, a ideia reitora inicial).

Tudo isso significa, como será exposto com mais detalhes no tópico seguinte, que as finalidades estabelecidas pelo ordenamento normativo são obrigatórias aos agentes públicos, e a busca dessas finalidades tem o caráter de *dever*, ou seja, é uma função. Isso porque designa justamente um fim que deve ser obrigatoriamente perseguido em favor de interesse alheio (distinguindo-a da “faculdade”, como algo que se maneja em interesse próprio). Precisamente por essa razão, Celso Bandeira de Mello (2017, p.14) afirma que “o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever*”.

3.1. Ato de Ofício e Poder Discricionário

O ato de ofício a que se refere o crime de prevaricação (art.319 do CP) é aquele que certo funcionário público deve praticar de acordo com seus deveres funcionais (FRAGOSO, 1981). Ou seja, diz respeito a um “ato funcional”, que se identifica apenas parcialmente com o conceito de “ato administrativo” (do direito administrativo), já que pode se materializar por qualquer conduta realizada pelo funcionário público no exercício da sua competência. Não compreende somente o “ato administrativo” propriamente dito (providências, propostas, requisições, pareceres, operações etc.), mas também as manifestações que compõem o ato administrativo (como no caso do ato complexo), os atos de governo e mesmo os atos de direito privado (a antítese de um ato administrativo) (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

14 “Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é *também uma relação de subsunção*” (MELLO, 2017, p.13).

Acham-se compreendidas, ademais, todas aquelas condutas que somente em conexão com outras condutas (do mesmo sujeito ou de outros) formam um *quid* que, para o direito administrativo, representa um ato único. Estão igualmente abrangidas as condutas daquelas pessoas, como os notários, que, embora exercitando funções públicas, não agem como órgãos da administração pública e, portanto, não praticam atos administrativos. Assim, v.g., se um Ministro aceitar numerário para apresentar um projeto de lei em vez de um outro, inexistente dúvida de que estamos diante de uma corrupção passiva. Se a administração pública estipular um contrato (de compra e venda, de locação, etc.) que se submete às normas do direito privado, não há motivo para imaginar que o funcionário, que contrata, não realize, perante o direito penal, um ato funcional. Finalmente, determinada atividade não propriamente censurável, como recolhimento de dados técnicos que servirão para o provimento de uma disposição, não configura um ‘ato administrativo’, embora o funcionário público que a realiza aja em razão de sua função (FRAGOSO, 1981, p.112-3).

Do conceito de ato de ofício surgem questões sobre o que pode ou não ser criminalizado, uma vez que há uma série de condutas que não se configuram como atos de ofício, mas os influenciam (como as condutas antecedentes). Assim como há certos deveres funcionais que só indiretamente estão ligados às omissões ou retardamentos realizados. Em outras palavras, o funcionário não negaria, em princípio, a realização do ato de ofício (que é a essência do delito), mas essa omissão seria uma consequência de uma violação de um dever “menos grave” (como atrasos e faltas na jornada de trabalho).¹⁵

Adicionalmente, na redação do tipo penal, a omissão do ato ou sua realização em ritmo delongado têm seu escopo semântico delimitado pelo adjetivo *indevido* (o qual não consegue de maneira bem-sucedida diferenciá-los totalmente de um simples *desvio de poder*)¹⁶ e a terceira modalidade (prática do ato contra disposição expressa em lei) possui uma amplitude conceitual aparentemente distinta, uma vez que nem todos os deveres de agentes públicos derivam de disposições expressas de lei – por exemplo, as portarias e regulamentos. Com isso, o âmbito de incriminação das duas primeiras

15 Citando S. Soler, diz E. Donna (2008, p.173): “Todas estas conductas deben referirse a los actos de la función, esto es, a ‘los actos que son el contenido de la función, y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria: faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario’”; e acrescentam Pagliaro e Costa Jr. (1997, p.136-7): “Finalmente, não se deve excluir a possibilidade de a omissão do ato ser efetuada pelo funcionário, colocando-se ele na impossibilidade material de executar o ato devido. Por exemplo, destruindo os documentos que lhe permitiriam executar o ato”.

16 A proximidade é notável: “Sobremodo nos casos em que o desvio de poder é praticado conscientemente pela autoridade e tanto mais naqueles em que o faz por intuítos pessoais, de perseguição ou favoritismo, avulta a percepção de que o controle do ato é mero controle de legalidade” (MELLO, 2017, p.58).

modalidades de conduta apresentar-se-ia como mais amplo. Não parece ter sido essa, contudo, a intenção do legislador,¹⁷ nisso que parece se tratar de uma opção estilística.

Em suma, poder-se-ia dizer que ato de ofício é o ato conforme os deveres funcionais, e que deveres funcionais são aqueles decorrentes do encargo específico de funcionário determinado, e não um dever genérico (oponível a todo e qualquer cidadão, como aqueles decorrentes das normas de trânsito). Ato de ofício é, portanto, “todo aquele que corresponde à competência legal do funcionário, enquadrando-se nas atribuições da função exercida” (FRAGOSO, 1981, p.431). Usando mais uma vez um exemplo de Pagliaro e Costa Jr. (1997), o fato de nos confrontarmos com um policial rodoviário não torna os deveres de circulação no trânsito menos genéricos e, conseqüentemente, funcionais em relação a ele.

Vale salientar também que o ato de ofício se distingue do simples ato praticado em razão (ou no contexto) do cargo (e.g., a recomendação de um colega de trabalho em razão de boas relações pessoais) e do ato totalmente privado (como as aulas particulares oferecidas pelo professor de instituição pública, mesmo que com isso viole algum dever do cargo). É preciso destacar também que o caráter sinalagmático do ato em algumas situações (como se torna evidente no tipo de corrupção) impõe que ele precise ser individualizado ou individualizável,¹⁸ e o acompanha apenas parcialmente para as condutas que não envolvam uma bilateralidade (como é o caso da prevaricação). Para fins didáticos, seria *como se* a contrapartida da realização (ou não) indevida do ato de ofício fosse a satisfação de um interesse ou sentimento pessoal (embora saibamos que não se pode falar em relação sinalagmática nesses termos, já que a satisfação de interesse ou sentimento não é propriamente uma contraprestação, algo que se recebe em troca, de outrem, mas uma motivação) (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997). Assim sendo, quando sequer é possível a individualização do ato que o funcionário deveria ter realizado ou realizou (contra disposição de lei) para a satisfação do interesse pessoal, então, tampouco pode se dizer que há um ato de ofício.

Mais especificamente, mesmo os atos discricionários podem – ao contrário do que pareceria em uma análise superficial – violar deveres

17 Magalhães Noronha, por exemplo, considera indevido e ilegal como termos equivalentes no que tange o delito de prevaricação: “A omissão ou retardamento deve ser feito indevidamente. A lei usa o advérbio, com o fito de acentuar o elemento da *antijuridicidade*, constituindo, dessarte, a figura um tipo *anormal*. A conduta omissiva há de ser, pois, indevida, injusta ou ilegal. Assim também quando se tratar da *prática*: deve esta ser ilegal ou antijurídica, isto é, contra *expressa disposição de lei*” (NORONHA, 2001, p.266). Hungria trata indevido e ilegal como conceitos mais ou menos intercambiáveis na prevaricação: “O advérbio *‘indevidamente’*, empregado no texto legal, tanto significa *ilegalmente*, quanto *injustificadamente*. Finalmente, na modalidade comissiva, o agente substitui a vontade da lei pelo seu arbítrio, praticando, não o ato que é de seu dever praticar, mas outro contrário à ‘disposição expressa de lei’ (*ilegítimo*)” (HUNGRIA, 1958, p.376).

18 “A individualização, todavia, poderá limitar-se ao genérico dos atos, enquanto a individualização do genérico comporta a individualização de todos os atos concretos de ofício que, como *species*, acham-se compreendidos. A individualização poderá ser indireta, no sentido de que o funcionário público se comprometa a cumprir os atos que serão determinados de um modo preestabelecido, quicá através de manifestações de vontade sucessivas do particular” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.114).

funcionais. Isso porque a discricionariedade do funcionário é vinculada aos princípios e normas reitores do direito administrativo, em outras palavras, a liberdade do funcionário não é absoluta e ele deve privilegiar sempre o interesse coletivo. Seu espaço de decisão (i.e., de discricionariedade) está balizado pela imparcialidade e pela eficiência, por exemplo. É um espaço que existe a partir dos princípios e normas, e não apesar deles.

Ainda que se ignore as limitações sistemático-normativas à discricionariedade, existem balizas adicionais impostas pela esfera da linguagem e da lógica. No campo da linguagem: (a) palavras e conceitos têm o espectro semântico limitado, e há uma chamada zona de certeza positiva e negativa, na qual se pode estar certo da aplicação ou não dessa palavra/conceito no caso concreto (é na transição entre as duas zonas que surgiriam possíveis dúvidas); e, conseqüentemente, (b) o agente público ao interpretar a norma não pode atribuir às palavras ou conceitos vagos um conteúdo diferente daquele socialmente abalizado ou normativamente ancorado (afinal, toda interpretação é contextual).

Com isso, desautoriza-se que interpretações idiossincráticas ou originais se sobreponham ao sentido corrente das palavras. Senão o direito estaria, de maneira solipsista, esvaziando a linguagem de sua função (de limitar sentido) e sujeitando-a ao mais absoluto subjetivismo do interlocutor. Já na esfera da lógica, como o ato administrativo se coloca em uma relação *meio-fim* com a própria finalidade da norma, esse ato deve ser idôneo para alcançar essa finalidade da melhor maneira no caso concreto – a isso se chama de correlação lógica (MELLO, 2017, p.9-29).

Portanto, ainda que haja um âmbito de discricionariedade, em razão da imprecisão (da hipótese, do comando ou da finalidade da norma) que atravessa determinado dispositivo legal, essa vagueza relativa não autoriza ou dá liberdade para privilegiar interesses particulares em detrimento do interesse coletivo. Caso contrário, estaria configurada uma arbitrariedade. Em síntese, a noção de ato discricionário seria uma espécie de forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem” (MELLO, 2017, p.18).¹⁹

A lei sempre tem em vista um comportamento ótimo para a satisfação de suas finalidades, seja de maneira vinculada (quando o comportamento ótimo é previsível de antemão) ou facultando algumas opções (quando há mais de uma possibilidade para tanto e o caso concreto deve contribuir para a decisão).

¹⁹ Como bem coloca Celso Bandeira de Mello (2017, p.13): “(...) o ‘poder’ discricionário *jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto*, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente *arbitrio*, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas”.

Tudo isso cria um problema, qual seja, uma camada adicional de indeterminação – pois, por discricionariedade deve-se ler indeterminação – sobre tipos penais que já são por si mesmos abertos. Por consequência, também significa que, dada a discricionariedade, o agente público não transgride o direito se, dentre opções postas, nenhuma pode ser tida como incorreta por serem razoáveis diante da finalidade da lei e da situação em concreto, e ele opta pelo caminho impopular ou não autoevidente para o julgado (respeitados os limites anteriormente citados).

É falsa a concepção de que o agente público teria uma margem de “liberdade” nos atos discricionários. Inclusive, pela teoria do desvio de poder (característica, mas não exclusiva dos atos discricionários),²⁰ é possível decantar os atos ilegítimos em dois tipos (dentre outras classificações disponíveis): aqueles que realizam uma finalidade alheia ao interesse público; e aqueles que, embora busquem o interesse público, realizam uma finalidade (pública) que extravasa a sua estrita competência. Isso porque, como foi mencionado, a partir de uma relação *meio-fim*, a finalidade da lei articulada ao caso concreto estipula formas mais específicas de exercício da competência do que aquilo que pode ser abstratamente deduzido da norma; e isso se traduz na imposição da perene persecução de resultados ótimos.

Em outras palavras, mesmo a busca de um objetivo (abstratamente) lícito pode se configurar como um desvio de poder quando realizada por um meio impróprio. O que parece estar em sua maior parte em sintonia com a formulação de Pagliaro e Costa Jr. (1997, p.142):

Poderá apresentar-se o delito em causa mesmo na hipótese de omissão ou retardamento de ato discricionário. Contudo, nesse caso é imperioso que a conduta não constitua exercício do poder discricionário, o que pode suceder em duas hipóteses: se da discricionariedade não depender o *an* e o *quando* da comissão do ato; se a omissão ou o retardamento não dependerem do uso do poder discricionário, mas do interesse ou sentimento pessoal. (...) O ato de ofício não se considera omitido ou retardado quando, em lugar do ato devido pela lei, o agente realize um ato que, embora diverso, tenha efeitos praticamente equivalentes àquele ato devido. Por exemplo: se o Prefeito, em vez de ordenar formalmente por escrito a suspensão de trabalhos relativos a construções abusivas, ordenar verbalmente, obtendo igualmente a suspensão dos trabalhos.

Em suma, é possível um desvio de poder por um ato alheio à finalidade pública ou adstrito à finalidade pública (que seria um desvio de procedimento);

20 “conquanto o desvio de poder seja vício apontado como específico dos atos exercidos por ocasião de competência discricionária, não são de excluir hipóteses de sua ocorrência - certamente muito raras - perante situações nas quais a conduta do agente se realiza sob a égide de norma cuja linguagem sugira vinculação” (MELLO, 2017, p.70).

e, em se tratando de um ato conformado à finalidade pública, a ilegitimidade decorre do emprego de um meio juridicamente inidôneo para concreção desse fim, pois cada finalidade legal teria insculpida em si os meios adequados a sua consecução.²¹ No caso de um ato alheio a qualquer finalidade pública, trata-se justamente da substituição dos interesses coletivos pelo interesse particular, que se mascara de interesse público para se justificar.

Essa segunda hipótese, a mais relevante para o direito penal, seria (pelos critérios do direito administrativo) o caso de um *vício objetivo*, uma divergência entre a finalidade que o ato deveria cumprir e a que ele efetivamente cumpre – ambas questões objetivas, embora a última seja maculada por um fato subjetivo (o desvio de intenção). Portanto, parece profícuo trazer para a discussão alguns critérios do direito administrativo, para auxiliar (e não substituir) a formulação de traços de identificação do desvio de poder.

Isso significa construir um quadro de critérios antecedentes ao ato para compreendê-lo no contexto em que foi realizado. Critérios como: (a) a irrazoabilidade da medida realizada; (b) a disparidade da medida com as condutas habituais pretéritas adotadas pela própria Administração em casos semelhantes; (c) a desproporcionalidade entre o conteúdo da medida e os fatos que a justificaram; (d) incoerência na relação premissa (lógica ou jurídica) e conclusão (i.e., se há um *non sequitur*); (e) contexto antecedente ao ato, que pode revelar favoritismos ou animosidades; (f) histórico do agente, não para presumir sua vontade, mas para estabelecer uma linha de coerência com suas decisões anteriores (MELLO, 2017).

Todos esses critérios são formas de avaliar se houve um afastamento do interesse público, pois “a teoria do desvio de poder teve o mérito de focalizar a noção do interesse público como centro da legalidade do ato administrativo” (MELLO, 2017, p.67). Assim, o critério central para se distinguir, para além dos atos vinculados, quando há violações das disposições legais nos atos discricionários é a substituição da finalidade pública pelo interesse individual. Então, faz sentido que isso compareça na redação explícita do tipo.

De outra parte, se for possível falar em dúvida razoável nesse caso (sobre haver ou não uma subsunção escoreta do ato concreto aos preceitos legais que empregam conceitos vagos), a determinação conceitual do judiciário só deveria ter efeito *ex nunc*, devendo gerar o reconhecimento da impossibilidade de uma criminalização retroativa. Afinal, a utilidade da discricionariedade é, em grande medida, a de limitar o controle judiciário de legitimidade dos atos praticados pela administração pública, bem como estabelecer a inexistência de um direito subjetivo de terceiro que seja oponível contra o ato realizado (MELLO, 2017).

21 “Repise-se que no Estado de Direito é garantia do administrado saber que o poder público está adstrito não só aos fins que de antemão a lei elegeu como prezáveis, mas também aos meios que adrede categorizou como sendo os próprios para suprir as finalidades consideradas valiosas (...)” (MELLO, 2017, p.65).

Caso contrário, ao lado da questão da culpabilidade (em razão de um erro de proibição invencível),²² haveria um cumprimento apenas aparente do princípio da legalidade, especialmente quanto a duas de suas funções: a de vedação a incriminações vagas ou indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) e de vedação a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).²³ Uma vez que a anterioridade da lei penal foi preenchida de maneira apenas formal, e não substancial (pela efetiva definição de conteúdo dos elementos que compõem o tipo). Afinal, como lembra Nilo Batista (2007), algumas das formas mais comuns de rompimento do princípio da legalidade, em sua dimensão de interdição de criminalizações indeterminadas, envolvem (a) a ocultação do núcleo do tipo (comum em normas construídas sobre o resultado lesivo, em vez da ação propriamente dita), (b) o uso de elementos típicos sem precisão semântica, ou (c) tipificações abertas e exemplificativas (comuns nos crimes culposos e de perigo).

Adicionalmente, se considerarmos ato de ofício tudo aquilo que emana do funcionário público no exercício da sua função, esse ato (entendido também enquanto atividade administrativa) é considerado o desempenho de uma *função* – por sua vez, essa função é composta pelo dever de realizar uma finalidade pré-estabelecida pela lei em favor do interesse coletivo –, como foi indicado anteriormente, um novo problema aparece: a natureza indeterminada dos bens jurídicos pode se expressar também por meio da eleição de “funções” como objeto da tutela penal, o que aponta um retorno à já mencionada questão dos delitos de mera desobediência (*einfachen Ungehorsam*). Isso porque são traços distintivos da “função” a instrumentalidade e a dependência (de outro objeto) (TAVARES, 2004). Ou seja, trata-se de um conceito eminentemente relacional, que apenas contextualmente irá adquirir significado (i.e., em uma relação posterior com outros elementos).²⁴

Assim, a proteção de uma função frequentemente se traduz (em última instância) na proteção das atividades do Estado como um fim em si mesmo, sem uma maior ancoragem na proteção do indivíduo (como pressuposto do conceito de bem jurídico).²⁵ Isso estimularia, então, uma tendência à

22 “Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos dessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido, mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do ‘proibível’) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos” (ZAFFARONI et al., 2017, p.224).

23 “A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos” (BATISTA, 2007, p.78).

24 “La distinción básica reside en que la función no existe por sí misma, sino que depende de una relación y de sus variables, posibilitando únicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores” (TAVARES, 2004, p.65).

25 “El interés fiscal del Estado, por ejemplo, no puede ser elevado a bien jurídico únicamente por causa de los intereses públicos del Estado, más sí como condición de supervivencia o de mejoramiento de la calidad de vida del ser humano (...)” e “Si tomamos el orden jurídico penal sobre el presupuesto de garantía, la incriminación de una conducta sólo debe tener por objeto jurídico lo que pueda surgir de un ente real estable – la persona humana – y no de una función, siendo inválidas las normas que así lo tratan” (TAVARES, 2004, p.48 e 65).

acessoriedade administrativa do direito penal,²⁶ uma característica que, mais recentemente, é reiteradamente identificada prevalente no ramo do direito penal econômico (SILVEIRA e SAAD-DINIZ, 2017).

Por fim, o ato produzido em desconformidade com a finalidade legal é, em última análise, inválido, cabendo, pois, o controle jurisdicional.²⁷ A discricionariedade diz respeito, aliás, tanto ao mérito do ato (conveniência e oportunidade)²⁸ quanto à própria intelecção dos conceitos vagos, ambos os quais passam a se entremear. Por isso, para Celso Bandeira de Mello (2017, p.28):

Com efeito, não se poderá, por exemplo, reputar juridicamente conveniente ou oportuno adotar certa providência que a lei *faculte* produzir em caso de ‘urgência’ ou perante situações de ‘risco para a tranquilidade pública’, sem antes solucionar a questão de saber-se se o caso vertente realmente se enquadra no conceito fluido designado pela palavra ‘urgência’ ou pela expressão ‘risco para a tranquilidade pública’ e se em quaisquer destes casos a providência se justifica em face da *finalidade* da regra habilitante (bem jurídico também qualificado por conceitos vagos).²⁹

Toda essa discussão ganha contornos mais específicos quando pensamos no caso particular da prevaricação (art. 319 do CP), que nada mais é do que uma infidelidade ao dever de ofício,³⁰ e que pode se dar também dentro do escopo de conveniência e oportunidade do ato (que repercutirá na imparcialidade e na moralidade). Trata-se do descumprimento dos deveres ou obrigações decorrentes da função exercida, e com essa violação das obrigações há, também, um abuso dos poderes intrínsecos ao cargo – seja pelo não exercício desse poder no momento adequado ou de maneira distinta do legalmente estabelecido. É claro que, com isso, só o funcionário público no exercício de suas funções pode ser sujeito ativo desse delito.

26 “Como se trata de una sanción administrativa, que no tiene como presupuesto la lesión o puesta en peligro de cualquier bien jurídico, la simple infracción de las reglas de control es suficiente para justificarla” (TAVARES, 2004, p.63).

27 “Ressalte-se, afinal, sublinhadamente, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desborem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quanto, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei” (MELLO, 2017, p.27).

28 “Logo, não bastará invocar a expressão legal enunciativa do conceito fluido ou que dá liberdade de fazer ou não fazer, ou que permite praticar o ato A, B ou C, para que o órgão controlador (interno ou externo) da legitimidade, seja Judiciário, seja a Administração Pública, tenha que concluir que existe discricionariedade e que, por isso, não pode ser examinado a fundo o ato, sob pena de estar-se entrando no mérito do ato administrativo. É que isto não é ‘mérito’ do ato administrativo” (MELLO, 2017, p.37).

29 Ainda: “(...) para resolver-se se um dado ato é suscetível de qualificar-se, de direito, como conveniente ou oportuno tenha-se de resolver previamente sobre a aplicabilidade ou não do conceito impreciso mencionado pela lei em sua hipótese ou em sua finalidade” (MELLO, 2017, p.28).

30 “Em particular, poderá tratar-se também de ato discricionário, quando o funcionário voluntariamente altera os critérios em que deverão inspirar-se as escolhas discricionárias” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.138-9).

4. ELEMENTOS DA PREVARICAÇÃO

A prevaricação criminaliza a omissão indevida do ato de ofício, seu retardamento ou sua realização contra disposição expressa de lei. Trata-se de três possibilidades de condutas típicas que, quando realizadas, continuam todas a perfazer um único crime (tipo misto alternativo). Primeiramente, para se configurar o retardamento é preciso que o ato se prolongue para além dos prazos previstos (em normas explícitas ou nos costumes da administração), mas que ainda tenha capacidade de produzir “efeitos típicos”. Se não há possibilidade de produzir efeitos típicos, então, essa realização extemporânea equivale a uma omissão (e não a retardamento). Portanto, o que diferencia o retardamento é que, vencido o prazo, apesar de ainda poder produzir efeitos (trata-se de um termo ordinatório), ele gera dano ou perigo, para a administração ou para o particular (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

Em segundo lugar, para se configurar a omissão é preciso que o agente deixe dolosamente de realizar em absoluto o ato dentro de um prazo determinado e que, depois desse prazo, não seja mais possível produzir efeitos típicos (i.e., trata-se de um termo peremptório). Assim, ainda que se realize o ato, se a execução for extemporânea, ela equivale a uma omissão – mesmo que o prazo não seja expresso. Adicionalmente, é possível estabelecer, por extensão lógica, condutas que equivalem a uma omissão. São elas (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997): (a) o ato praticado sem os requisitos de existência (ato inexistente);³¹ (b) o ato que (existindo, sendo válido e eficaz) gera um efeito diferente daquele que deveria ter sido produzido (em razão dos deveres da função);³² (c) o embaraço ao adequado desenvolvimento do ato, sob o pretexto da observância literal e rigorosa de regulamentos ou instruções³³ (o chamado obstrucionismo);³⁴ (d) a autocolocação em impossibilidade material de realização do ato – como a destruição dos meios que permitam sua realização.

Em terceiro lugar, no que diz respeito à previsão de uma conduta contra disposição de lei, essa realização *contra legem* precisa estar dentro da competência do funcionário. Pois, estando fora, ele age na sua posição de particular, e não mais como funcionário. É necessário que ele tenha competência para subverter os deveres da função, caso contrário o ato passa

31 Em sentido semelhante: Edgardo Donna (2008, p.173).

32 “O ato deve ser considerado omitido se (...) um ato válido, mas com efeitos diversos daqueles que o ato do funcionário tinha o dever de cumprir. Por exemplo, concessão de porte de armas, não do passaporte; concessão de licença para venda de produtos alimentares, e não para abertura de uma barbearia” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.136).

33 “Como já se observou com procedência, ‘tais normas são complementadas pela praxe do serviço interno, e interpretadas ou integradas ou, em caso de urgência ou necessidade, inclusive derogadas por ordem dos superiores responsáveis’ e, de qualquer modo, podendo ser invocadas somente em favor da função que regulamentam, não em seu prejuízo” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.136).

34 “En cambio será implícita la realización consciente de un acto nulo y el llamado obstruccionismo burocrático” (DONNA, 2008, p.173).

a ser um indiferente penal (pois carece de potencial para se transformar em um delito) ou passa a ser subsumido a outro tipo penal – seja usurpação de função pública (art.328 do CP) ou até um estelionato (art.171 do CP).³⁵

Por tudo isso, mesmo determinando-se, *a priori*, que qualquer ato funcional pode ser caracterizado como ato de ofício – e, então, passível de omissão ou retardamento –, disso não se deriva como consequência necessária que toda omissão ou retardamento de ato de ofício constitua uma prevaricação. É preciso que essa conduta-componente gere a omissão ou o atraso do todo, seja ele o ato administrativo propriamente dito, o ato de governo, ou o ato de direito privado. Caso contrário não será possível falar em dano ou perigo para a administração pública.

O ato de retardar ou omitir depende, com isso, do contexto e da prática social na repartição, pois pode ser, em última análise, harmonizado com a finalidade almejada (de consecução do ato administrativo). Contudo, o mesmo não pode ser dito da conduta comissiva, uma vez que o dano ou o perigo derivam da própria violação da determinação expressa de lei. Afinal, é logicamente insustentável que uma conduta expressamente contrária a certo comando legal tenha condições de se conformar coerentemente a um todo que perfaça um ato administrativo.³⁶

Todas as condutas citadas, entretanto, precisam ser realizadas com dolo específico. Se, por um lado, bastaria para preencher o dolo genérico a simples vontade de omitir, retardar ou realizar em contraposição à disposição legal, por outro lado, pela redação do tipo, exige-se que a haja vontade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Sem essas finalidades específicas, o crime não se configura – podendo perfazer, se for o caso, um ilícito administrativo.

Por fim, o “interesse pessoal” pode ser de caráter moral ou material (NORONHA, 2001; HUNGRIA, 1958). O interesse moral é um proveito em nível íntimo, subjetivo, e estará configurado mesmo quando a conduta seja apenas para “cair nas boas graças de César” ou para manter ou conquistar popularidade (com a analogia clássica com Pilatos). No caso do proveito econômico, ele não poderá ter sido oferecido por outrem (NORONHA,

35 “Poderá tratar-se de um ato para o qual o funcionário público seja, em termos rigorosos, incompetente. Mas será sempre necessária uma certa competência de fato, sem a qual a realização do ato seria uma conduta inofensiva e, portanto, incapaz de transformar-se em crime (é precisa a regra geral segundo a qual não há crime sem ofensa ao interesse protegido). Por exemplo, o diretor do ginásio, enquanto poderá cometer prevaricação nomeando um professor suplente sem respeitar a graduação, certamente não poderá praticar o crime nomeando um escrivão para os cartórios judiciários ou um professor universitário” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.137).

36 “Logo, onde o ato for constituído por um complexo de condutas singulares, que se apresentem como fragmentos, a falta de um ou mais destes fragmentos não integra o elemento objetivo do crime, se em sua complexidade o ato tiver sido realizado (...). No caso de prevaricação cometida mediante *comissão* de ato contrário a disposição expressa de lei, a noção de ato de ofício é bem mais ampla. Essa compreende qualquer comportamento que o funcionário tenha realizado em razão de suas funções. Não é necessário, portanto, que exista um ato administrativo em sentido técnico, bastando qualquer comportamento que, unido a outros comportamentos, embora de outras pessoas, configurasse um ato em sentido técnico. Também um comportamento preparatório do ato em sentido técnico que irá configurar o ‘ato de ofício’ poderá ser afetado pelo vício da prevaricação, constituindo crime (v.g., a formação de material necessário à formulação de um parecer)” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.141 e 143).

2001; HUNGRIA, 1958),³⁷ caso contrário se afigura o crime de corrupção.³⁸ É justamente a bilateralidade (a presença ou não de um pacto entre as partes), quando há interesse econômico, que tem o condão de distinguir (para parte significativa da doutrina) a prevaricação da corrupção, pois nessas hipóteses pode haver um terceiro favorecido, que, na prevaricação, estará alheio ao ocorrido.

Contudo, embora a menção doutrinária seja residual, parece ser possível a caracterização da prevaricação diante da violação de dever funcional para a realização de interesse econômico do próprio funcionário. Este seria o caso do agente público que aprova a construção de uma estrada para a valorização de uma propriedade sua, que seria servida por ela.

Como última parte do tipo, vale a pena apontar que a expressão “sentimento pessoal”, enfim, designa as afetividades em geral, sejam elas nobres, vis, suaves ou intensas (distinção que só poderá repercutir na dosimetria da pena). Ambos (interesse e sentimento) são “pessoais” porque são privados, contrapondo-se, então, ao interesse coletivo (ou administrativo).

CONCLUSÃO

Se, como foi dito antes, a competência do funcionário é justamente o espectro de poderes disponibilizados a fim de realizar uma finalidade normativa de maneira ótima, então, surge o problema da aproximação entre o ilícito administrativo e a prevaricação. Em outras palavras: como diferenciar adequadamente o exercício de uma competência em dissonância com a finalidade que a justifica em âmbito administrativo, de um lado, e a prevaricação (deixar de praticar ou retardar indevidamente ato de ofício ou praticá-lo “contra disposição expressa de lei” tendo em vista fins privados) de outro?

A comparação devida é com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/1992), em seu art.11, cujas semelhanças com a prevaricação são visíveis.³⁹ Para a caracterização da prevaricação, não basta a realização de atos visando fins proibidos em lei, já que, como foi indicado antes, é possível uma

37 Em sentido oposto: Pagliaro e Costa Jr. (1997). Apesar de não concordarem com a possibilidade de uma prevaricação provocada por interesse econômico, os dois autores dão um ótimo exemplo: “decidir o traçado de uma estrada não segundo os interesses da coletividade, mas para valorizar o próprio terreno” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.140).

38 Nesse sentido: “Ementa: Habeas Corpus. Ação penal. Crime de concussão (art.316 do CP). Denúncia que contém os requisitos do art. 41 do CPP, não constituindo obstáculo ao direito de defesa. Crime de prevaricação (art.319 do CP). Não indicação do interesse ou sentimento pessoal que moveu o agente. Interesse pecuniário que, na imputação, compõe o delito de concussão. Possibilidade, em tese, de o interesse pecuniário compor o crime de prevaricação se, por exemplo, sem solicitação nem oferta, um servidor espera receber uma recompensa se praticar ou deixar de praticar um ato de ofício; não, porém, se essa vantagem pecuniária é objeto de um pacto, implícito ou explícito, entre os *intrañeus* e o *extraneus*” (BRASIL, STF, 2001).

39 Lei 8429/92, art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

violação legal que permaneça dentro da esfera de persecução de finalidades públicas. Assim, pode se dizer que é prevaricação a improbidade que se deu pela subversão da finalidade devida em favor de interesses privados.⁴⁰ Sem essa distinção, haveria uma sobreposição entre ilícito administrativo e penal, em uma notória violação tanto do princípio da subsidiariedade, quanto da vedação da dupla punição (ou *ne bis in idem*) (ZAFFARONI et al., 2017).

Essas considerações contribuem, enfim, para uma melhor compreensão das manifestações concretas da prevaricação. Assim, é possível compreender por que não caracterizam prevaricação: o simples descumprimento de uma decisão judicial, quando ausente a finalidade de satisfação de interesse pessoal,⁴¹ a omissão por dúvida ou contradição na legalidade;⁴² e tampouco o comodismo ou a desídia,⁴³ muito embora haja decisão contrária do STF.⁴⁴ Dessa forma, o desleixo ou a indolência para realizar os deveres que competem ao funcionário mais se aproximam de uma negligência.⁴⁵

Inclusive, é possível achar indícios que reforçam a ideia de que o comodismo e a desídia não constituem prevaricação no próprio histórico de conformação do tipo, como lembra Magalhães Noronha (2001, p.264):

O Anteprojeto Nélson Hungria, após definir a prevaricação, destacava uma espécie dela, erigindo-a em autônomo: ‘Deixar, sem *justa causa*, de cumprir ou retardar o cumprimento de *decisão judicial*’ (art. 345).

40 Parece ser convergir, nesse sentido, o comentário de Magalhães Noronha (2001, p.264): “As infrações [do Código Penal de 1890] podiam ser divididas em três classes: a) falta ao dever funcional por improbidade (art. 207); b) falsificações (art.208); e c) a infidelidade do advogado ou procurador judicial (art.209)”.

41 “Além disso, também é acusado de se negar a cumprir decisão, em liminar em mandado de segurança, alegando não reconhecer autoridade ao Juiz que a deferiu (...). Notícia que a mesma determinava a reintegração de serventários afastados cautelarmente de seus cargos, por irregularidades no desempenho de suas funções, e que se negou a reintegrá-los porque inquérito administrativo levado a termo, após sindicância para a investigação de ditas irregularidades, concluiu pela existência das mesmas (...). Justificou, assim, sua negativa de cumprimento da medida, argumentando defender o interesse público. O crime de prevaricação, como é sabido, requer a presença do dolo específico. No caso concreto esse não se teve como caracterizado, pelo que, não se pode ser tido como configurado o delito” (BRASIL, STJ, 1995).

42 Segundo o STJ (BRASIL, STJ, 2006), a estrita divergência quanto à interpretação de lei não configura o elemento subjetivo do crime de prevaricação: “13. Não se imputando o crime de prevaricação como definido na lei penal, porque não há confundir a prática de ato contra a disposição expressa da lei, com o fundado em lei abstratamente afirmada inconstitucional, de rigor a rejeição da demanda penal”.

43 Em sentido oposto: “[O interesse pessoal] pode ser identificado até mesmo no caso em que o funcionário trai o dever por comodismo, ou para cair nas boas graças de César ou assegurar-se a aura popular (...)” (HUNGRIA, 1958, p.376).

44 “Habeas corpus. Denúncia. Prevaricação. Art. 319, CP. Tipicidade. 1. Denúncia que descreve conduta de Delegado de Polícia que, consciente de sua conduta antijurídica e na intenção de satisfazer seu sentimento pessoal de comodismo e desídia, permitiu que o ‘preso de confiança’ processasse ao recebimento, na delegacia, de menor infrator preso em flagrante pela Polícia Militar portando arma de fogo. Deixou, com isso, de praticar ato que lhe incumbia em razão de seu ofício. 2. Não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime’ (HC 84.808, rel Min. Carlos Velloso). 3. Habeas corpus indeferido” (BRASIL, STF, 2005).

45 Correta, portanto, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Habeas Corpus. Prevaricação. Delegado de polícia que deixou de determinar a lavratura de auto de prisão em flagrante. Instauração de inquérito contra a autoridade policial requisitada pela promotora de justiça. Falta de Justa causa. Ausência de indicação concreta do elemento subjetivo específico do crime. Discricionariedade do delegado de polícia, conforme seu juízo de valor, para determinar ou não a lavratura do auto de prisão em flagrante. Desídia do delegado que se assemelha à negligência. Forma culposa que não configura o delito de prevaricação. Falta administrativa a ser apurada nesse âmbito. Concessão de ordem para trancar o inquérito policial” (SÃO PAULO, TJSP, 2010).

O *nomen juris* é ‘Desobediência à decisão judicial’. É espécie que tem como característica o não-cumprimento devido de decisão emanada do judiciário. A pena era a mesma da prevaricação (art. 344). À primeira vista, pode parecer que o dispositivo era, então, ocioso, pois já estava compreendido neste. Tal não sucedia, entretanto, porque ao passo que na prevaricação são elementos do tipo o *interesse* ou *sentimento pessoal*, no segundo bastava não haver justa causa. Consequentemente, agora, a simples desídia, descaso etc., já integravam o delito, desnecessária sendo a existência do dolo específico ‘para satisfazer interesse ou sentimento pessoal’.

Seria muita elasticidade semântica afirmar que, quem omite ou retarda um ato (por desleixo ou preguiça), o faz no intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, posto que ao contrário do ato realizado por amor, ódio ou sabujice, não há ninguém substancialmente favorecido em detrimento do interesse público. Ou seja, não se deixou de lavrar auto de prisão em flagrante, de cumprir mandado de prisão, de autuar uma multa etc. especificamente para favorecer/prejudicar alguém. A vantagem ou prejuízo é incidental à conduta. Um entendimento em contrário seria atribuir à prevaricação uma forma culposa que não lhe pertence, extrapolando o princípio da legalidade estrita.

Por fim, diante de todo o exposto, o delito de prevaricação parece ter capacidade para – ao menos em parte – suprir a ausência do crime de “abuso de função” (nos moldes do abuso d’ufficio italiano) e a lacuna que um tipo semelhante preencheria, desde que esse abuso se desse no horizonte da satisfação de interesses ou sentimentos pessoais (FELICIANO, 2000).⁴⁶ Esse expediente poderia contemplar, como já foi exposto, seja a perseguição de interesses econômicos ou extra-econômicos, seja o favorecimento ou o dano indevidos a terceiro, uma vez que isso seria privilegiar sentimentos privados em detrimento do interesse público.

Dessa maneira, seria possível abarcar condutas atualmente consideradas por muitos como atípicas em sede penal como: (a) as variantes do excesso de exação não abarcadas pelo art.316, §1º, CP (por exemplo, a cobrança excessiva de custas judiciais, para a satisfação de interesses ou sentimentos pessoais); (b) o nepotismo; ou (c) algumas hipóteses não abarcadas pelo art.315 (Emprego irregular de verbas ou rendas públicas), como em caso de retardamento da destinação estabelecida em lei de verbas públicas para vencedor de licitação que seja desafeto do agente público.

46 Acrescenta Feliciano (2000, p.68): “Andaria melhor o legislador, portanto, se abolisse o crime do excesso de exação e introduzisse a figura do ‘abuso de função’, criminalizando a conduta do agente público que, a fim de obter para si ou para outrem vantagem não patrimonial ou para ocasionar dano injusto a terceiros, abusa de sua função pública” (grifo nosso).

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. Crimes contra a administração pública. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 31, jul./set. 1996. p. 13-21.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus nº 79.823-3/RJ*. Interpretação do artigo 327 do Código Penal. Paciente: João Muniz Alves de Oliveira. Impetrante: André Emílio Ribeiro von Melentovytsch e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 28 mar. 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78161>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Inquérito 1.769-8/DF*. Peculato. Código Penal, art. 312. Autor: Ministério Público Federal. Indiciado: Jäder Fontenelle Barbalho. Relator: Min. Carlos Velloso, 01 dez. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80651>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus nº 80.814-0/AM*. Crime de Prevaricação (art. 319 do CP). Possibilidade, em tese, de o interesse pecuniário compor o crime de prevaricação se, por exemplo, sem solicitação nem oferta, um servidor espera receber uma recompensa se praticar ou deixar de praticar ato de ofício. Paciente: Daniel Ferreira da Silva. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie. 07 ago. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78528>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 84.987-3*. Prevaricação. Art. 319, CP. Tipicidade. Paciente: Renato Wasthner de Lima. Impetrante: Luiz Calixto de Bastos e Outros. Coator: Turma Recursal Única dos Juizados Cível e Criminal do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie, 19 abr. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79768>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Representação nº 83-5/ES (1995/0017998-9)*. Representante: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Representado: Sylvio Pellico de Oliveira Neves. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. 18 ago. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *APn nº 398/MA*. Artigo 359-D do Código Penal. Despesa Não Autorizada Por Lei. Prevaricação. Autor: Ministério Público Federal. Réu: João Miranda Sobrinho e Outros. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 18 out. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=656800&num_registro=200401801883&data=20070409&formato=PDF. Acesso em: 10 nov. 2023.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Dos crimes contra a administração pública*. In: GRECO Fº, Vicente; JALIL, Mauricio Schaun (coords.). Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2016. p.789-878.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. O Sujeito Passivo nos Crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.9, n.35. jul./set. 2001. p. 150-158.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Crimes contra a administração: atualização e reforma penal: por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra administração pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*. São Paulo, V. 8, n. 32, out./dez 2000. p. 55-93.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*. Arts. 213 a 359 CP. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Objeto do Crime*. In: Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRECO Fº, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à Corrupção e Comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

NOVELLI, Flávio Bauer. A Eficácia do Ato Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, 1960. p.16-26.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol.4. Dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAGLIARO, Antonio; COSTA Jr., Paulo José da. *Dos Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal. Vol.2: Parte especial. 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol.3. Parte Especial: arts.250 a 359-H. 7ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

PUIG, Carlos Mir. *La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 68 (1), 2015.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *La Prevaricación Administrativa (art.404 CP)*. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir.). *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Barcelona: Atelier, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (15. Câmara de Direito Criminal). *Habeas Corpus nº 990.10.086704-0*. Paciente: Alexandre Correa Comin. Impetrante: Vagner da Costa e Outro. Coator: 3ª Vara Judicial de Ferraz de Vasconcelos. Relator: Des. Camilo Léllis, 26 ago. 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e Crime*. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en el Derecho penal*. Claves del Derecho Penal, n. 3. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a administração pública e crimes contra a administração da justiça*. In: REALE Jr., Miguel (coord.). *Direito Penal: jurisprudência em debate*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.714-727.

ZAFFARONI, Eugenio R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

