

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS- CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

JOSÉ ROBERTO PINTO

O CÓDIGO PENAL E SUAS LIMITAÇÕES PARA O CRIME DE PECULATO

Campina Grande – PB

2021

JOSÉ ROBERTO PINTO

O CÓDIGO PENAL E SUAS LIMITAÇÕES PARA O CRIME DE PECULATO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, como requisito parcial para o Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Valdeci Feliciano Gomes

Campina Grande – PB

2021

P659c Pinto, José Roberto.
O código penal e suas limitações para o crime de peculato / José Roberto Pinto. – Campina Grande, 2021.
63 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2021.
"Orientação: Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes".

1. Crime de Peculato. 2. Código Penal Brasileiro. 3. Peculato – Limitações das Leis. I. Gomes, Valdeci Feliciano. II. Título.

CDU 343.351(043)

JOSÉ ROBERTO PINTO

O CÓDIGO PENAL E SUAS LIMITAÇÕES PARA O CRIME DE PECULATO

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
Orientador

Prof. Me. Vinícius Lúcio de Andrade
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
1º Examinador

Prof. Me. Camilo de Lelis Diniz de Farias
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
2º Examinador

A meus pais, Pedro Pinto de Santana “Caçula Pinto” (*in memoriam*) e Rita Gomes. Os pais são os primeiros profetas usados por DEUS para orientar e são seus representantes para amar, cuidar, educar, ensinar e corrigir, são a base consistente e resistente a todas as tempestades desta vida. Um amor imensurável e indestrutível.

AGRADECIMENTOS

Ao SANTÍSSIMO DEUS YHWÉ, que me concede a vida, a saúde, a inteligência, a capacidade, que renova minhas forças a cada obstáculo e me abençoado com este honroso presente de realizar este tão desejado sonho do meu pai quando vivo, e o meu sonho também.

A minha admirável mãe, esposa e filhos que de alguma forma contribuíram para este grandioso feito, a algumas pessoas que conheci nesse percurso que também contribuíram nesta graduação, e em especial, aos demais “parentes” e “amigos” que não acreditaram em mim e me abandonaram, pois suas palavras de desânimo e suas rejeições foram que motivaram DEUS a me dá força, amentar minha fé NELE e me dá vitória (Salmo.23;5 - Preparas uma mesa perante mim Na presença dos meus inimigos).

Ao meu orientador Valdeci, que com um profissionalismo ilibado, me direcionou com total atenção nas informações, por compartilhar sua experiência e conhecimentos para aperfeiçoamento do meu trabalho.

À esta amável e indescritível professora Cosma, pela doçura, total atenção e paciência de “Jó” durante a elaboração de toda a pesquisa.

À minha professora Socorro Barbosa (cidade de Queimadas) pelo carinho, a paciência, as palavras de ânimos e a presteza em dedicar seu tempo e suas habilidades técnicas na composição e ajustes deste importante trabalho.

Aos meus irmãos na fé Sheldon, Vilani, Pedrosa e Alex que me ajudaram conforme suas condições.

À todos os profissionais da CESREI, gratidão pelo profissionalismo, carisma e simpatia de cada um, que sempre tentaram oferecer e fazer o melhor por nós, contribuindo em meio as dificuldades para que alcançasse meu objetivo.

“Quando entendemos que já sabemos o suficiente e não precisamos mais nada aprender, estamos no ápice da nossa ignorância, mas, se reconhecermos que somos falhos e que pouco sabemos, nos tornamos humanos evoluídos buscando crescimento e conhecimento.” (ROBERTO PINTO, 2021).

RESUMO

Este trabalho trouxe em seu contexto uma abordagem acerca do direito penal brasileiro e o crime de peculato intitulado do tema; O código penal e suas limitações para o crime de peculato, que teve por objetivo analisar as circunstâncias que condicionam o aumento do crime de peculato no Brasil, e que trouxe na hipótese a possibilidade de discutir se com a aplicação de penas mais rígidas diminuirá a prática do crime de peculato e os danos a administração pública. E para levantamento dos dados foi realizada uma pesquisa bibliográfica de base estratégica de cunho descritivo exploratória com objetivo de aprofundar os conhecimentos acerca do código penal e do crime de peculato, sendo adotado nesse estudo o método hipotético dedutivo com procedimentos bibliográficos em que as análises serão baseadas em diferentes autores que trata questões jurídicas acerca do tema, que trouxe em sua conclusão uma análise crítica em relação a leis que tratam do peculato, que o direito penal regrediu em sua forma de punir, que as penas não são condizentes nem aos danos patrimoniais e nem ao dano moral que causam ao Estado, que pelas leis contribuiram com os autores deste crime eles aumentaram e aperfeiçoaram sua prática, e enriquecem sem temor algum.

Palavras-chave: Código Penal; Peculato; Limitações das Leis;

ABSTRACT

This work brought in its context an approach about Brazilian criminal law and the crime of embezzlement entitled the theme; The penal code and its limitations for the crime of embezzlement, which aimed to analyze the circumstances that condition the increase in the crime of embezzlement in Brazil, and which brought in the hypothesis the possibility of discussing whether the application of stricter penalties will reduce the practice of embezzlement and the damage to public administration. And for data collection, a bibliographical research of strategic base of exploratory descriptive nature was carried out in order to deepen the knowledge about the penal code and the crime of embezzlement, being adopted in this study the hypothetical deductive method with bibliographic procedures on which the analyzes will be based in different authors who deal with legal issues on the subject, which brought in its conclusion a critical analysis in relation to laws dealing with embezzlement, that criminal law has regressed in its way of punishing, that the penalties are not consistent with even property damage and nor to the moral damage they cause to the State, which by the laws contributing to the authors of this crime they have increased and perfected their practice, and enrich without any fear.

Keywords: Penal Code; Embezzlement; Limitations of Laws.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	ORIGEM DO CRIME DE PECULATO E SUA HISTÓRIA	13
2.1.	O CRIME DE PECULATO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ANTIGOS	14
2.2.	LINHA DO TEMPO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	15
2.3.	HISTÓRIA DA RELAÇÃO ENTRE O CÓDIGO PENAL E O CRIME DE PECULATO	17
2.4.	ATUAL CÓDIGO PENAL E O CRIME DE PECULATO	20
3.	LIMITAÇÕES DAS LEIS BENEFICIAM O CRIME DE PECULATO	22
3.1.	CONCEITO DE PECULATO E SUAS MODALIDADES	23
3.1.1.	Peculato por apropriação	24
3.1.2.	Peculato desvio	25
3.1.3.	Peculato uso	25
3.1.4.	Peculato furto	26
3.1.5.	Peculato por erro de outrem ou estelionato	27
3.1.6.	Peculato por inserção de dados falsos em sistema de informações	28
3.1.7.	Peculato por modificação ou alteração não autorizada de sistemas de informações	29
3.1.8.	Peculato por extravio, sonegação ou inutilização de livros ou documentos ...	30
3.1.9.	Peculato por emprego irregular de verbas ou rendas públicas	30
3.2.	DAS TEORIAS DAS PENAS	31
3.2.1.	Absolutas	32
3.2.2.	Relativas	32
3.2.3.	Utilitária ou eclética, intermediária ou conciliatória	33
4.	AS CONSEQUÊNCIAS PENAIS PARA OS AUTORES DO CRIME DE PECULATO	33
4.1.	MODALDADES NA APLICAÇÃO DAS PENAS	36
4.2.	POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA	38
4.3.	TEORIAS DA PENA MÁXIMA, MÍNIMA, INTERVENCIONISTAS, NÃO INTERVENCIONISTAS DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	39
4.4.	PENAS MAIS RIGOROSAS PARA INTIMIDAR INFRATORES E DIMINUIREM OS CRIMES	43
4.5.	OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO DAS SENTENÇAS IRRECORRIVEIS	47
4.5.1.	Efeitos primários e secundários da condenação	47
4.5.2.	Efeitos específicos da condenação	52
4.5.3.	Efeitos da condenação aos agentes públicos	52
4.6.	DA REABILITAÇÃO DOS AGENTES INFRATORES	54
4.7.	DO RESSARCIMENTO E DA REPARAÇÃO DO DANO OU COMPROVAÇÃO DE SUA IMPOSSIBILIDADE	55
4.8.	DA AÇÃO PENAL DO CRIME DE PECULATO	56
4.9.	DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	57
4.10.	DOS SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS DO CRIME DE PECULATO	58
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59

REFERÊNCIAS	61
-------------------	----

1 INTRODUÇÃO

Essa abordagem trouxe uma discussão pertinente para o momento, também para os órgãos aplicadores e fiscais das leis. Aqui foi tratar de assuntos relevantes que dizem respeito ao Código penal e o Crime de Peculato. Delito que aumenta de maneira descontrolada em nosso país nos propondo reflexões acerca deste problema.

Esse tipo de crime afeta diretamente a administração pública e indiretamente toda sociedade, nos chamando a atenção sua frequente prática pelos agentes públicos. Tem se confirmado constantemente que só pessoas com cargos elevados e que assumem posições importante perante a sociedade cometem este tipo de delito.

Portanto, neste momento cabe uma análise reflexiva acerca do que pode estar ocasionando o aumento dessas ações delituosas, possibilitando assim detalhar a situação de forma responsável com aprofundamento e estudo.

No entanto, essa abordagem sugere o seguinte questionamento. A aplicação de pena mais rígida para o crime de peculato amenizaria sua prática, os desvios e os danos causado aos bens públicos? Essas pesquisas nos possibilita fazer um estudo mais detalhado abordando o seguinte tema; O código penal e suas limitações para o crime de peculato.

Nesse sentido o referido trabalho tem como objetivo analisou as circunstâncias que condiciona o aumento do crime de peculato com intenção de encontrar subsídios para propor o enrijecimento da pena visando impedir os danos causado a administração pública.

E para darmos continuação a busca por respostas acerca desse contexto será necessário pesquisar o quanto ficou brando o código penal para este crime, fortalecendo os adeptos deste crime e aumentando sua prática ocasionando mais danos aos cofres públicos e mais atos de improbidade administrativa. Será importante citar as necessidades de uma reforma na leis de peculato para que se possa proteger a administração pública, também sugerir a aplicação de penas mais rigorosas.

Assim entenderemos que com a aplicação de pena mais rígida cumuladas com penas pecuniárias diminuirão significativamente a prática do peculato, levando as pessoas a entenderem que os bens públicos não pertencem a um dono específico, mas a toda sociedade.

Este trabalho se pautou numa pesquisa básica estratégica de cunho descritivo exploratória com objetivo de aprofundar os conhecimentos acerca do código penal e do crime de peculato, na perspectiva de trazermos em seu contexto uma abordagem qualitativa, visto que o tema oferece meios para levantar discussões relevantes ao problema. Buscaremos, adotado nesse estudo o método hipotético dedutivo com procedimentos bibliográficos em que as análises serão baseadas em diferentes autores que trata questões jurídicas acerca do tema.

Ao final deste trabalho, conclui-se que os objetivos serão atingidos e os problemas solucionados com a confirmação ou negação da hipótese, tendo em vista que toda pesquisa é um processo de análise e estudo em busca de um resultado.

Contudo, o objetivo geral deste trabalho foi analisar as circunstâncias que condicionam o aumento do crime de peculato com intenção de encontrar subsídios para propor o enrijecimento das penas visando impedir os danos causados a administração pública e a toda sociedade.

Todavia nossos objetivos específicos foi pesquisar a história do código penal e do crime de peculato, as limitações das leis que proporcionam o crime de peculato, citar as consequências que o crime de peculato causa no agente público infrator e o crime de peculato e as limitações do ordenamento jurídico, impossibilitam penas rigorosas para amenizar os danos na administração pública.

No entanto, as hipóteses foram discutir se com a aplicação de penas mais rígidas diminuirá a prática do crime de peculato e os danos a administração pública.

Este trabalho contém três capítulos e consiste em analisar o direito penal e sua relação com o crime de peculato durante seu tempo na história até os dias atuais. Através de pesquisa bibliográfica;

O primeiro capítulo apresentou-se: a origem e a evolução histórica do crime de peculato, a história do código penal brasileiro desde do império até os dias atuais, a relação do código penal brasileiro e o peculato através dos tempos e o código penal brasileiro em vigor e o peculato;

O segundo capítulo, caracterizou-se mostrando as limitações das leis para o crime de peculato, trouxe o conceito de peculato e suas modalidades e as três teorias das penas do nosso código penal brasileiro;

O terceiro e último capítulo abordou-se as consequências penais para os autores do crime de peculato, as modalidades de aplicação das penas, a política criminal brasileira, as teorias das penas máximas, mínimas, do intervencionismo, do não intervencionismo do direito de punir do Estado, doutrinas que defendem penas mais rigorosas como correção e exemplificação, os efeitos da condenação.

Finalizamos o terceiro capítulo falando da reabilitação dos agentes infratores, do ressarcimento e da reparação dos danos ou da impossibilidade de fazer, da ação penal do crime de peculato, da aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato, por fim dos sujeitos ativos e passivos.

Para Escolha deste trabalho foi utilizado como referencial o autor Hobbes, (1651, p.192); “Quanto às paixões do ódio, da concupiscência, da ambição e da cobiça, é tão óbvio quais são os crimes capazes de produzir, para a experiência e entendimento de qualquer um, que nada é preciso dizer sobre eles, a não ser que são enfermidades tão inerentes à natureza”. Por se tratar de uma pesquisa qualitativa, o alcance de dados precisos não constitui finalidade preponderante.

De acordo com o autor Machiavelli, (1532, p.66) que diz; “A amizade é mantida por um vínculo de obrigação que, por serem os homens maus, é quebrado em cada oportunidade que a eles convenha; mas o temor é mantido pelo receio de castigo que jamais se abandona”. Pelo fato do ser humano ter uma conduta má de natureza, é necessário que exista normas com penas intimidadoras.

O método adotado nesse estudo foi de análise com procedimentos bibliográficos baseada em diferentes autores. Para o embasamento deste trabalho apontamos Machiavelli, (1532), Hobbes, (1651), Beccaria, (1764). Tendo em vista que esses autores traz doutrinas que são convenientes e oportunas para os dias atuais, momento em que a criminalidade no Brasil cresce desordenadamente, não sendo diferente ao crime de peculato.

2 ORIGEM DO CRIME DE PECULATO E SUA HISTÓRIA

O crime de peculato só existe se existir o Estado ou alguém que se assemelhe a ele (um rei), para que tenha o papel de administrar e para que haja bens de sua propriedade ou sob sua tutela, e assim possa ter uma administração, tornando possível o ato que tipifique peculato. Pois, como cometer um crime contra a administração pública se ela não existir?

Quando a aristocracia governava as cidades, a administração era na antiga forma patriarcal, as famílias vivam entre si em comunidades, afirma o autor Coulanger, (1998, p.97); “Cada uma em seu vasto domínio, acompanhada de seus numerosos servidores, governada por seu chefe eu-pátrida, e observando, com absoluta independência, o seu culto hereditário”. Durante este período as pessoas viviam em grupos de famílias em vários lugares fora das urbes, o patriarca assemelhava ao Estado, administrando e protegendo as pessoas e os bens.

Assim surgiu as primeiras formas de organização social dando margem a um modelo primitivo de administração pública, através da necessidade social e coletiva de defender suas famílias e seus bens para que outros grupos não se apropriassem ilicitamente, dessa forma também aconteceram as primeiras práticas do peculato.

Para compreendermos o crime de peculato é necessário sabermos que sua origem vem do direito romano, a séculos era conhecido naquele império como diz Prado, (2019, p.541); “No Direito romano, o peculato (peculatus) recebia a atual denominação quando se caracterizava pela subtração de coisas, tais como, pecus (gado), pecore (ovelha) ou pecunia (dinheiro)”. O fato dos gados e ovelhas eram os bens mais importantes da sociedade na época.

Bitencourt, (2012, p.78) nos esclarece a razão da significância do boi para a sociedade e para o estado naquele tempo; “Eram os bois e os carneiro importantes por serem animais oferecidos em sacrifícios nos cultos aos deuses pagãos”. Isso aconteceu nas sociedades primitivas antes da existência das moedas, sendo utilizados como objetos de pagamentos, trocas e vendas.

No direito romano na era primitiva o peculato não ainda sua definição adequada, assim descreve Prado, (2019, p.542); “O peculato era posto no mesmo grupo do sacrilegium (furto de bens pertencentes aos deuses), visto que os romanos

não distinguíam juridicamente os bens divinos daqueles pertencentes ao Estado.” Vemos a dificuldade de se distinguir a religião do estado, isso porque eles eram interligados e dependentes, os imperadores eram vistos como representantes de Deus na terra.

As pessoas eram muito religiosas e acreditavam que as divindades eram quem governava suas famílias atrás do patriarca como nos mostra Coulanges, (1998, p.97); “Por toda a parte a revolução foi obra da aristocracia, por toda a parte teve como resultado suprimir a realeza política, deixando subsistir a realeza religiosa”. As pessoas só tinham seus direitos a propriedade, só era membro da cidade, só podia ser sacerdote se praticasse algum culto em sua casa e só podia ser Magistrado que pudesse realizar sacrifícios.

No direito romano primitivo o crime de peculato tinha a conduta similar ao furto, se diferenciando pelo objeto do delito que deveria ser público, independente do autor ser ou não agente público; Bitencourt, (2012, p.78) diz que: “A titularidade da res, isto é, o fato de o produto da subtração pertencer ao Estado (res publicae) ou ser sagrado (res sacrae)”. A tipificação deste crime se dá unicamente pelo bem ser público ou religioso. Este crime adquire novas culturas e costumes, se desenvolvendo tornando-se mais praticado nos tempos atuais.

Chega a idade média e este tipo de crime continua presente, e mantem-se a aplicação das punições rigorosas, como aponta Bitencourt, (2012, p.79); “O Estatuto de Florença determinava que quem fugisse com o dinheiro público fosse amarrado à cauda de um burro e arrastado pelas ruas da cidade, como exemplo”. Penas rigorosas e humilhantes foram aplicadas pelas leis aos autores nas épocas dos impérios na intenção de conter este ilícito.

2.1 O CRIME DE PECULATO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ANTIGOS

Pierangeli, (2007, p. 798), faz um complemento de como era aplicada as penas do crime em comento, discorrendo que; “O código de Manu recomendava ao rei que aplicasse pena de morte para aqueles que roubassem seus tesouros”. Naquela época os patrimônios reais e religiosos tinham a mesma significância e por

isso eram mais protegidos pelas leis, isso ocorreu até início da idade média, quando a pena foi comparada ao de furto.

Nos escritos de Pierangeli, (2007, p. 798) continua; “Nas Partidas espanholas (Partidas VII, Título XIV, Lei. 14), acolhendo a distinção romana entre peculato próprio e impróprio (na verdade melhor seria dizer furto próprio e impróprio)”. Punindo o primeiro de forma mais grave (pena de morte) e o segundo com multa nove vezes o valor subtraído e nas ordenanças das Filipinas as penas eram aplicadas aos funcionários era de furto com restituição de nove vezes mais cumulada com perda do ofício, desta ordenança era subordinada o Brasil colônia.

Feito a linha do tempo do peculato pelos autores acima, este crime entra em nosso ordenamento jurídico e o imperador Dom Pedro I fez daqui uma extensão do reino de Portugal e criou o código penal da república.

2.2 LINHA DO TEMPO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No início do período, foi regido pela legislação portuguesa, só depois por legislação brasileira, façamos uma análise em três fases principais; período colonial, Código Criminal do Império e período republicano.

Antes do domínio português no Brasil colônia, na civilização primitiva adotou-se a vingança privada, não era uma organização jurídico-social, mas simplesmente regras daquele povo primitivo, comportamento comum entre eles, adquirido de geração em geração dominadas pelo misticismo, nos ensinamentos do professor Bitencourt faremos essa breve análise deste momento.

Após o descobrimento do Brasil, em 1500, o direito Português, começou a reger nossa terra, afirma o professor Bitencourt, (2020, p.219); “Nesse período, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo”. A colônia brasileira era subordinada do rei de Portugal.

Segundo o autor Bitencourt, (2020, p.220), as ordenações Afonsinas foram substituídas tempos depois; “Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que vigoraram até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, realizada por determinação do rei

D. Sebastião”. Essa nova ordenança não foi bem sucedida, não surtiu efeitos desejados, por haver muitos problemas em decorrência dos poderes atribuídos a alguns através das cartas de doações.

Segundo relatos da história, conta Bitencourt, (2020, p.220), que; “Criavam uma realidade jurídica muito particular. O arbítrio dos donatários, na prática, é que estatua o Direito a ser aplicado, e, como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil Colônia. Pode-se ver que esses senhores, através dessas cartas de doações possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses, vivendo a colônia brasileira o período mais obscuro, violento e cruel da História de todos os continentes.

Durante dois séculos as leis que formalmente dirigia o Brasil, conta Bitencourt, (2020, p.221), estavam; “Nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições”. Não se aplicava pena de morte, punia com sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, etc. O aplicador da lei era quem escolhia qual pena seria imposta. Este código foi ratificado em 1643 por D. João IV e em 1823 por D. Pedro I.

No Brasil império, narra Bitencourt, (2020, p.221), que; “A Constituição brasileira de 1824 determinou a urgente e imperiosa necessidade de elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art. 179, XVIII)”. Então, conta a história que em 1827 foi apresentado um projeto por Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira, mas o aceite foi o de Bernardo Pereira de Vasconcellos por direcionar dosimetria, igualdade e divisão das penas.

Segue o relatando Bitencourt, (2020, p.222), que; “Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro código autônomo da América Latina”. Este novo código foi fundamentado nos ensinamentos de alguns estudiosos como Aníbal Bruno, Bentham, Beccaria e Mello Freire, também trouxe ideias do Código Penal francês de 1810, do Código da Baviera de 1813, do Código Napolitano de 1819 e do Projeto de Livingston de 1825, mas foi autêntico em sua elaboração.

Exalta esta nova ordenança o autor Bitencourt, (2020, p.222), afirmando que; “O Código Criminal do Império surgiu como um dos mais bem elaborados, influenciando grandemente o Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal

português de 1852, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico”. Pois trouxe nele muitas inovações, dentre elas o sistema de pena conhecido como dias-multas.

Tempos depois, chegamos em nosso período republicano discorre Bitencourt, (2020, p.223), que; “Com o advento da República, Batista Pereira foi encarregado de elaborar um projeto de código penal, que foi aprovado e publicado em 1890, portanto, antes da Constituição de 1891”. Por ter sido um trabalho feito apressadamente, dizem ser um dos piores ordenamentos da nossa história. Havia tantas leis extravagantes neste código que ficou conhecida Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932.

Diante deste trágico ordenamento que vigorou de 1890 a 1932, em 1937 durante o Estado Novo, Alcântara Machado apresentou um projeto de código criminal brasileiro que, segundo Bitencourt, (2020, p.224), que; “Apreciado por uma Comissão Revisora, acabou sendo sancionado, por decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais”. Embora tenha sofrido algumas reformado, naturalmente entendível pelo tempo que foi elaborado para melhor eficácia.

2.3 HISTÓRIA DA RELAÇÃO ENTRE O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O CRIME DE PECULATO

Em nosso ordenamento jurídico das Filipinas, em seu Título LXXIV, do Livro V, os oficiais serviçais do rei que extraviassem as terras reais, segundo Prado, (2019, p.544); “Ihe furtão, ou deixão perder sua Fazenda per malicia”. Esta modalidade de peculato se caracterizava pelas condutas dolosas comissivas ou omissivas exclusiva desses agentes de confiança, diz o texto mencionado.

Os funcionários oficiais reais, também pessoas comuns que extraviassem esses outros tipos de bens reais cometiam o crime de peculato, continua a discorrer Prado, (2019, p.544), que; “Que alguma cousa por Nós houver de receber, guardar, despender, ou arrendar nossas rendas, ou administrar por qualquer maneira, se alguma das ditas cousas furtar, ou maliciosamente levar, ou deixar levar, ou furtar a outrem”. Nesta modalidade os sujeitos ativos podiam ser qualquer do povo.

O rei punia essas pessoas que cometessem o peculato de várias formas, afirma Prado, (2019, p.544), que a pena podia ser; “Perca o dito Officio, e tudo o que de Nós tiver, e pague-nos anoveado a valia daquillo, que assi fôr furtado, ou levado, e mais haja a pena de ladrão”. Os seus funcionários reais perderiam o cargo ou função de confiança e restituição conforme descrito acima cominada com a difamação de ladrão.

Por este crime ser comparado ao de furto, quem cometesse esse o peculato, diz Prado, (2019, p.544), que; “Que por nossas Ordenações aos ladrões he ordenada, segundo fôr a quantidade da cousa. E as mesmas penas haverão lugar nos nossos Officiaes, conteúdos nesta Ordenação de qualquer Officio que seja, que derem ajuda, conselho, ou favôr aos Officiaes para fazer cada huma das ditas cousas”. Nesta situação, comete também o delito e incorre nas mesmas penas não apenas os que praticam, mas também os que auxiliam de alguma forma para sua execução.

No ordenamento de 1830, o peculato situava-se no Título VI (segunda parte), como afirma Prado, (2019, p.544), era um tipo que; “Tratava dos crimes contra o tesouro publico e propriedade publica, mais precisamente no artigo 170”. O sujeito passivo continua sendo os bens públicos, porém com a ressalva de ter como sujeito ativo o funcionário público unicamente.

Cita o referido artigo 170 das ordenanças de 1830 o doutrinador Prado, (2019, p.544), pra nos esclarecer melhor; “Apropriar-se o empregado publico, consumir, extraviar, ou consentir que outrem se aproprie, consuma, ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros, ou efeitos públicos, que tiver a seu cargo”. Em claras palavras fica explicado a necessidade participação do agente público, seja por ação ou omissão.

As punições ensejadas por essa ordenança para quem cometesse o peculato, consigna Prado, (2019, p.544), eram; “Perda do emprego, prisão com trabalho por dois meses a quatro anos, e multa de cinco a vinte por cento da quantia, ou valor dos efeitos apropriados, consumidos, ou extraviados”. Vemos que as penas eram além de rígidas, humilhantes e degradantes para correção e exemplificação de todos, podiam ser cominadas com multas.

No ordenamento de 1830, o peculato situava-se no Título VI (segunda parte), como afirma Prado, (2019, p.544), era um tipo que; “Tratava dos crimes contra o tesouro publico e propriedade publica, mais precisamente no artigo 170”. O sujeito

passivo continua sendo os bens públicos, porém com a ressalva de ter como sujeito ativo o funcionário público unicamente.

Cita o referido artigo 170 das ordenanças de 1830 o doutrinador Prado, (2019, p.544), pra nos esclarecer melhor; “Apropriar-se o empregado publico, consumir, extraviar, ou consentir que outrem se aproprie, consuma, ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros, ou efeitos publicos, que tiver a seu cargo”. Em claras palavras fica explicado a necessidade participação do agente público, seja por ação ou omissão.

As punições ensejadas por essa ordenança para quem cometesse o peculato, consigna Prado, (2019, p.544), eram; “Perda do emprego, prisão com trabalho por dous mezes a quatro annos, e multa de cinco a vinte por cento da quantia, ou valor dos efeitos apropriados, consumidos, ou extraviados”. Vemos que as penas eram além de rígidas, humilhantes e degradantes para correção e exemplificação de todos, podiam ser cominadas com multas.

No ordenamento de 1890, o crime de peculato estava inserido no Título V, como mostra Prado, (2019, p.544); “Atinente aos crimes contra a boa ordem e administração publica, nos artigos 221 a 223”. Neste novo código o delito continua tipificado com acréscimo de documentos ao objeto do crime, como vemos no texto do artigo abaixo.

Referente ao crime em comento, Prado, (2019, p.544), traz a letra da lei; “Art.221. Subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro, documentos, efeitos, generos, ou quaesquer bens pertencentes á fazenda publica, confiados á sua guarda ou administração, ou a de outrem sobre quem exercer fiscalização em razão do officio”. Os bens públicos por serem de propriedade do povo, necessita artigos específicos com textos claros para que se facilite a identifica-lo.

O mesmo artigo faz menção ao agente público que contribui para um terceiro cometer o delito, esclarece Prado, (2019, p.544); “Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses mesmos bens, os extravie ou consuma em uso próprio ou alheio”. Já aparece a possibilidade da participação do privado no crime de peculato.

Nesse ordenamento de 1890, essa modalidade do art.221, a pena aplicada segundo Prado, (2019, p.544), era; “Penas de prisão celular por seis meses a quatro anos, perda do emprego e multa de 5 a 20 % da quantia ou valor dos efeitos

apropriados, extraviados ou consumidos”. Pelo texto da lei, entende-se que a pena era cumulada.

No art. 222 desse novo normativo, faz menção ao erário público, como mostra Prado, (2019, p.545), o texto; “Art. 222. Emprestar dinheiros, ou efeitos públicos, ou fazer pagamento antecipado, não tendo para isso autorização”. Pelo texto do dispositivo, refere-se mais aos agentes de cargos executivos, dirigentes, administradores e etc. Pois estes tem o poder de decidir o destino de aplicação das verbas públicas.

Como todo crime necessita de uma resposta legal, Prado, (2019, p.545), menciona qual punição se aplicava; “Penas de suspensão do emprego por um mês a um ano e multa de 5 a 20 % da quantia emprestada ou paga por antecipação”. Nessa modalidade de peculato, o normativo de 1890 traz punição cumulada leve.

O art. 223 do ordenamento em tela, faz uma confirmação das penas aplicadas aos artigos anteriores, Prado, (2019, p. 545) faz consignar; “E mais na perda do interesse que deveriam perceber, incorrerão os que, tendo por qualquer título a seu cargo, ou em depósito, dinheiros, ou efeitos públicos, praticarem qualquer dos crimes precedentemente mencionados”. Como acréscimo as penas já destacadas nos dois artigos anteriores, cita a perda de remuneração ou direitos funcionais. No ano de 1940, entra em vigor um novo Código Penal brasileiro, discriminando o delito de peculato, no capítulo dos crimes praticados contra a Administração em geral, na parte especial, no Título XI, capítulo I, dos artigos 212 ao 215.

2.4 ATUAL CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O CRIME DE PECULATO

Percorrido pelos períodos e feito um breve relato da história do código penal e do crime de peculato, trilhado pelo inter criminis do delito em pauta nos ordenamentos jurídicos, chegamos ao código de 1940 que perdura fortemente até os dias atuais.

Em suas palavras, Capez, (2019, p. 596) repete o texto do art. 312, do Código Penal em vigor; “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”. Conforme a nitidez do texto expresso neste artigo, se identifica duas modalidades de peculato, por apropriação e por desvio.

Falando dos tipos de penas, buscamos entender através de Capez, (2018, p.626) que; “Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico”. Contudo, vemos que a reação do estado diante de uma infração penal vai além do sofrimento físico, busca uma restauração de comportamento social e intimidar a sociedade para não cometerem crimes.

As punições não podem ser vistos como se fosse atos de retribuição ou vingança, de se pagar mal com o mal, longe de assemelhar a lei de talião, ensina Damásio, (2011, p.564) que; “Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações”. A pena é o propósito de proteger a integridade física do autor do crime da ameaça de suas vítimas e a sociedade de novos crimes.

Em entendimento a pena pecuniária Gueiros e Japiassú, (2012, p.369), acha justo a pena pecuniária substitutiva de outra pena, como descreve; “Mas tão somente da possibilidade de substituição do objeto material da prestação o dinheiro por outro ativo, como ocorre, de ordinário, com o conhecido pagamento mensal de cestas básicas em favor de entidades com finalidade social”. É certo que o benefício será revertido para obras sociais.

Segue em seu entendimento Gueiros e Japiassú, (2012, p.380) vendo as as benéncias da pena de multa; “Para o condenado, evitam-se os inconvenientes do aprisionamento. Para o Estado, a multa significa o ingresso ao invés do dispêndio de valores referentes à tarefa da execução penal”. Defende que esta pena beneficia num contexto geral, não privando o autor da liberdade e nem de ceio familiar, não superlotar os presídios e diminuir os gastos ao estado, nesta entendimento logo chegarão propor este tipo de punição como pena principal aos crimes contra a administração pública.

Concorda com as punições pecuniárias como válida pelos doutrinadores, Bitencourt, (2019, p.345) argumenta que; “Em decorrência dessa técnica, os tipos penais não trazem mais, em seu bojo, os limites mínimo e máximo da pena cominada, dentro dos quais o julgador deveria aplicar a sanção necessária e

suficiente à reprovação e prevenção do crime”. Este tipo de pena proporciona ao estado recuperar os bens ou parte deles retirado de sua administração, evitando o enriquecimento ilícito.

3 LIMITAÇÕES DAS LEIS BENEFICIAM O CRIME DE PECULATO

O conceito de administração pública é amplo e depende da área específica, aqui traremos no entendimento de Nucci, (2017, p.831), discorre como: “Toda a atividade funcional do Estado e dos demais entes públicos, trazendo este Título do Código Penal uma gama de delitos voltados à proteção da atividade funcional do Estado e seus entes”. Analogicamente, a administração pública é como se fosse um corpo humano com a função de executar várias atividades e essas atividades são distribuídas para seus membros executarem conforme a finalidade de cada um.

Assim como a administração pública tem seu conceito específico no direito penal, é importante e oportuno neste momento mencionar, que da mesma forma o agente público ou funcionário público tem um conceito diferenciado no dispositivo Penal.

Havendo a necessidade da participação do agente público na ação delituosa, Capez, (2019, p.583) tece seu conceito de agente público; “O conceito mais amplo é o de agente público, entendendo-se como tal pessoa que exerça, a qualquer título, ainda que transitoriamente e sem remuneração, função pública”. Neste entendimento, o agente público é um gênero e as demais classes são espécies, devendo conhecer suas atribuições e executá-las irrepreensivelmente, zelando pela preservação da idoneidade moral de si e da administração pública.

Os agentes públicos se classificam conforme seus cargos ou funções, Capez, (2019, p.583), discrimina eles começando pelos Agentes Políticos; “Dotados de ampla discricionariedade funcional e que detêm o exercício de parcela do poder soberano do Estado, integrando os primeiros escalões do Poder Executivo”. Estes fazem parte da cúpula do poder do Estado, são eles senadores, deputados, magistrados e membros do Ministério Público. Nesta espécie existe concursados e nomeados.

Outra espécie de agente públicos são os Agentes Administrativos ou servidores públicos que Capez, (2019, p.583), conceitua assim; “Os quais desempenham funções que, a despeito de relevantes, não representam exercício de soberania, uma vez que não prestam jurisdição, não legislam, não exercitam o jus puniendi do Estado nem estabelecem as diretrizes administrativas governamentais”.

Ocupam cargos ou funções sem relevâncias nas decisões e diretrizes do Estado. São celetistas prestadores de serviços, os servidores autárquicos, os servidores temporários e os funcionários públicos propriamente ditos (concursados).

Outra espécie de agente público é o de Agente Delegado, que segundo Capez, (2019, p.584), descreve-os como; “Aqueles que recebem, por delegação do Poder Público, consubstanciada em concessões ou permissões, a função de realizar obras e serviços públicos, originariamente atribuídos ao concedente, sob sua fiscalização”. Nesta classe estão os agentes de concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os titulares de cartórios extrajudiciais.

Por fim os Agentes Honoríficos, esta espécie é descrita por Capez, (2019, p.584) como; “Trata-se de particulares que colaboram com a Administração, mediante convocação ou nomeação para prestar, transitoriamente e sem remuneração, serviços em favor do Estado, sem vínculo empregatício ou estatutário”. Este tipo de agente público é visto sua atuação em tempos específicos como os mesários das sessões nas eleições, o pessoal da mesa de jurados do tribunal de júri, dentre outros.

3.1. CONCEITO DE PECULATO E SUAS MODALIDADES

O conceito de peculato no entendimento de Capez, (2012, p.394); “Trata-se de crime em que o funcionário torna seu ou desvia, em proveito próprio ou de terceiro, o bem móvel, público ou privado, que possui em razão do cargo ou que estejam sob sua guarda ou vigilância”. O dispositivo que tipifica o crime de peculato e suas modalidades tem como finalidade proteger o patrimônio, preservar o erário, a moral, a fidelidade e probidade da Administração Pública através dos seus agentes.

As doutrinas nos ensinam que o peculato em todas as suas modalidades é um crime doloso e em regra crime próprio, pois seria impossível o agente praticá-lo sem a vontade, como também não existe peculato sem a participação do agente público.

Funcionário público tem seus conceitos diversificados dependendo do contexto, para o direito penal segundo o autor Capez, (2012, p.391) é; “No âmbito penal, dispõe o art. 327 do CP: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo,

emprego ou função pública”. Para o presente trabalho este conceito é o que nos interessa.

A propriedade do objeto do crime é irrelevante podendo ser público ou privado mas, em ambos os casos é necessário que o funcionário público tenha a posse em razão do cargo. Caso contrário, se tem a posse do bem ou valor público ou privado de forma desvinculada do seu cargo, não haverá peculato, mas um crime diverso.

3.1.1. Peculato-apropriação

Expresso no texto do art.312, primeira parte do CP, refere-se a; “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”. Claramente explicado, sem possibilidade de interpretação confusa, sua pena de Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Sendo assim, o funcionário público utilizando-se do cargo emprego ou função pública, se coloca como se fosse o dono do objeto do delito, do dinheiro, valor ou qualquer outro bem de natureza móvel, público ou particular que esteja na tutela do Estado. Desta forma, o agente público detém da coisa objeto da apropriação de forma lícita.

Referente ao objeto jurídico, o doutrinador Gonçalves, (2019, p.736), tipifica como; “O patrimônio público e o particular que esteja sob a guarda ou custódia da Administração e a probidade administrativa”. A propriedade do objeto do delito é irrelevante, basta que esteja sob a tutela do Estado. A conduta típica é o verbo apropriar-se em razão do cargo ou função que exerce. Seu objeto material deve ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel (não pode ser imóvel).

Referindo-se a esta modalidade, Gonçalves, (2019, p.737), diz que o sujeito ativo é qualquer funcionário público, porém, prefeitos, Tutores, curadores, inventariantes, testamentários, depositários judiciais e administrador judicial da falência que se apropriarem de bens móveis respondem por outros tipos penais. Quanto ao sujeito passivo pode ser o Estado ou o particular que tiver o bem na tutela da administração pública.

O professor Gonçalves, (2019, p.737), confirma a consumação diz que é; “No momento em que o funcionário público passa a se comportar como dono do objeto,

ou seja, quando ele inverte o ânimo que tem sobre a coisa”. Não precisa dar fim ao objeto do delito, a tentativa não é possível e a Ação penal é Pública incondicionada.

3.1.2. Peculato desvio

De forma resumida e clara, o texto do art.312, caput, 2ª parte do CP, expressa que; “... ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”. O jurista Gonçalves, (2019, p.737) esclarece o que seria o tipo objetivo desviar; “O funcionário público emprega o objeto em um fim diverso de sua destinação original, com o intuito de beneficiar-se ou de beneficiar terceiro”. Em poder do objeto do crime em razão do cargo ou função, altera seu destino original, este benefício pode ser material ou moral.

3.1.3. Peculato uso

Segundo Gonçalves, (2019, p.738), esta modalidade não é crime de peculato no entendimento jurisprudencial; “só há crime quando o uso não autorizado do bem público pelo funcionário referir-se a bem fungível”. Ou seja, o funcionário pega o dinheiro ou objeto público, utiliza em seu benefício depois o devolve sem danos. Porém, se o agente público for prefeito e utiliza um bem infungível e devolva logo após sem danos, o crime seria de improbidade administrativa.

Sua consumação no entendimento de Gonçalves, (2019, p.739), acontece quando; “o crime se consuma no momento em que ocorre o desvio, pouco importando se a vantagem visada é obtida ou não”. Caracteriza-se a peculato uso acontece no ato do desvio, independente de atingir a finalidade esperada, e sua tentativa é admitida.

O jurista Gueiros e Japiassú, (2018, p.1036), esclarece o porquê de não configurar peculato tal ato; “O peculato de uso ou seja, a utilização da coisa pública momentaneamente com a sua pronta restituição, não está tipificado no Código Penal”. Como a lei não define tal conduta como peculato, não pode o agente responder pelo tal.

Os autores Capez e Prado, (2012, p.500), faz uma observação sobre o peculato próprio; “O art. 312, caput, do CP, cuida do peculato próprio. Constitui uma apropriação indébita, só que praticada por funcionário público com violação do dever

funcional”. A apropriação do bem de forma indevida pelo agente aproveitando sempre do seu cargo ou função.

A utilização da prestação de serviço, segundo o professor Damásio, (2014, p. 1029), não comete peculato; “Assim, não constitui peculato o fato de o funcionário público utilizar-se de outrem, também funcionário público, para a realização de atividade em proveito próprio (o chamado “peculato de uso”). No entanto em se tratando de Prefeito Municipal, o fato configura delito (Dec.-Lei n. 201, de 27-2-1967, art. 1º, II). A lei dos crimes cometidos por prefeitos contra a administração pública terão sua tipificação própria.

3.1.4. Peculato Furto

Ensinando sobre esta modalidade, Gueiros e Japiassú, (2018, p.1037) acontece quando; “Embora não dispondo da posse do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, pertencente à Administração Pública ou ao particular, o subtrai, ou concorre para a subtração de outrem”. Contudo, o agente deve se aproveitar da sua condição de funcionário público.

Semelhante ao furto, se diferenciando pela facilidade de acesso ao objeto e de adentrar no órgão público em que o agente trabalha.

Referindo-se a esta modalidade, os autores Gueiros e Japiassú, (2018, p.1037), faz uma observação quanto a forma da prática do ato; “O agente não tem a posse física ou jurídica da coisa”. Como percebemos, ele tem a facilidade pelo cargo ou função que exerce de chegar até o objeto e usurpá-lo. Pois se fosse em sentido inverso, se o agente necessitasse arrombar portas, romper obstáculos e etc., não seria peculato furto, mas, o próprio crime de furto do art. 155, do CP.

Existe o peculato culposo, Gueiros e Japiassú, (2018, p.1038), diz que este acontece quando; “O funcionário público, em razão de seus deveres funcionais, tem o dever de zelo e vigilância para com o patrimônio público sob sua responsabilidade. A consumação, no caso, dá-se com a perpetração da conduta dolosa de outrem”. o agente não tem o propósito de praticá-lo, ele por negligência ou imprudência ele falha em sua função de guardar e conservar facilitando que outro pratique o ato criminoso.

No peculato culposo, ensina Gueiros e Japiassú, (2018, p.1038), que a causa de extinção da punibilidade acontece quando; “Há previsão legal no sentido de que a reparação do dano sofrido pela Administração Pública, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, acarreta a extinção da punibilidade”. Devendo observar que seja antes de sentença irrecorrível.

Contudo, prossegue Gueiros e Japiassú, (2018, p.1038), que; “Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a eventual reparação acarretará apenas a redução da pena imposta, pela metade”. Após sentença irrecorrível acarretará em outro benefício.

Há no peculato culposo a forma qualificada, Gueiros e Japiassú, (2018, p.1038), explica que aplica-se o aumento de um terço, se o crime for cometido por; “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, conforme o art. 327, § 2º, do CP”. Nesse caso específico acontece a majoração.

Pena - detenção, de três meses a um ano.

3.1.5. Peculato mediante erro de outrem ou peculato estelionato

É definido pelos autores Gueiros e Japiassú, (2018, p.1038), como; “A conduta do funcionário público que, aproveitando-se do erro alheio, se apropria do dinheiro ou de qualquer utilidade, que recebeu no exercício do cargo”. Fica claro que o agente não comete o erro, apenas tira proveito dele. O bem jurídico protegido é a impecável atividade pública, subsequentemente proteger o patrimônio dos descuidos que levou ao erro.

O sujeito ativo é o funcionário público, nos termos do art. 327, do CP, e o sujeito passivo prevalece sendo o Estado em sentido lato mais o que sofreu o dano mediante seu próprio ato inocente e equivocado, o elemento subjetivo é o dolo não existindo a figura culposa. A pessoa entrega o objeto jurídico (dinheiro ou outro utilitário) ao agente público indevido pensando ser o que deveria de fato receber.

O professor Guilherme Nucci, (2017, p.836), Classifica-o como crime próprio, material exigindo resultado naturalístico, de forma livre pode ser cometido por qualquer meio, comissivo ou omissivo impróprio, instantâneo não se prolongando no

tempo, unissubjetivo (por um único sujeito), plurissubsistente (por atos fracionados) e admite tentativa”.

Assim, os mestres Gueiros e Japiassú, (2018, p.1039), define que; “O escrivão de Cartório de Notas que, tendo recebido dinheiro de partes para pagamento de sisa e lavratura de escritura, se apropria do numerário deixando de praticar os referidos atos”. Responde por peculato mediante o erro de outrem e não por apropriação indébita.

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

3.1.6. Inserção de dados falsos em sistema de informações

Descrito no artigo 313-A do CP, acontece quando o agente público insere ou facilita a inserção de dados falsos, também quando altera ou exclui indevidamente dados corretos no sistema ou bancos de dados da administração pública para obter vantagens ou para causar danos.

Esse novo tipo penal, incluído pela Lei 9.983/2000 ao peculato, compara-se ao peculato impróprio ou peculato-estelionato, segundo Nucci, (2017, p.836); “O sujeito apropria-se de dinheiro ou outra utilidade que, exercendo um cargo, recebeu por engano de outrem”. Todavia, espera-se que este dinheiro ou outro bem tivesse sido devolvido ao seu lugar de origem, só finda com o funcionário.

Continua em seus ensinamentos Nucci, (2017, p.386), que o sujeito ativo; “Somente pode ser o funcionário público e, no caso presente, devidamente autorizado a lidar com o sistema informatizado ou banco de dados”. Se o funcionário for de outro setor administrativo, deverá estar acompanhado do sujeito responsável pelo setor de inserção de dados para praticar esta modalidade.

O elemento subjetivo é o dolo, o normativo é que a conduta do funcionário seja irregular ou não tipificará crime, por mais que cause danos. O objeto material seria os dados alterados ou excluídos, classificando como crime próprio, formal, livre, omissiva ou comissiva, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente, pode ser tentado segundo Guilherme Nucci.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

3.1.7. Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

O texto do Art. 313-B do CP diz que; “Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente”.

Nucci, (2017, p.838), faz uma análise o texto da seguinte forma; “A primeira conduta implica dar nova forma ao sistema ou programa, enquanto a segunda tem a conotação de manter o sistema ou programa anterior, embora conturbando a sua forma original”. O objeto do crime é o sistema de informações ou programa de informática e que o sujeito ativo deve ser o funcionário e o sujeito passivo o Estado, o dolo é necessário.

Diante da leitura do autor o elemento normativo seria a falta de autorização ou de solicitação para tal ato, o objeto material é o sistema de informações ou o programa de informática, e o objeto jurídico é a administração pública. Classifica-se em crime próprio, formal, de forma livre, comissivo, omissivo impróprio ou comissivo por omissão, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente, admitindo tentativa.

A causa para o aumento da pena acontece com a consumação do crime, segundo Nucci, (2017, p.838), acontece desse modo; “O resultado naturalístico possível com tal conduta é justamente o prejuízo gerado para a Administração Pública ou para o administrado, razão pela qual, atingindo-o, o delito está exaurido”. Não há outro critério para o agravamento da pena, basta a consumação.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

3.1.8. Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

Segundo o dispositivo Art. 314, do CP, diz o seguinte dessa modalidade; “Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente”.

Faz uma breve análise Nucci, (2017, p. 838) sobre o núcleo do tipo; “extraviar é fazer com que algo não chegue ao seu destino; sonegar significa ocultar ou tirar às escondidas; inutilizar é destruir ou tornar inútil”. Portanto, qualquer destas condutas pode ser realizada total ou parcialmente já inutiliza o documento dificultando assim a

configuração da tentativa. Confirma jurisprudência: TJMG: (Ap. 10372070293892001, 4.a C. Crim., rel. Júlio César Gutierrez, j.12.03.2013, v.u.).

O sujeito ativo é exclusivamente o funcionário público, e o sujeito passivo o Estado. Porém de forma secundária, o ente de direito público ou outra pessoa prejudicada. O elemento subjetivo é o dolo, não pune a forma culposa. Trata-se de um crime próprio e formal, de forma livre, omissivo, omissivo próprio ou comissivo por omissão, instantâneo, unissubjetivo e unissubsistente ou plurissubsistente, é possível a tentativa quando plurissubsistente.

Pena – reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

3.1.9. Emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Peculato Desvio)

Diz o Art. 315 do CP, que; “Dar às verbas ou rendas públicas aplicação a diversa da estabelecida em lei”. Caso se aplique as verbas ou rendas em serviços os quais a lei não especifica, configura-se o crime.

No seu olhar doutrinário, Nucci, (2017, p.838), analisa da seguinte forma quanto ao núcleo do tipo; “Dar aplicação significa empregar ou utilizar. O objeto da conduta são as verbas ou rendas públicas”. A jurisprudência do STF (Inq. 3731, 2.a T., rel. Gilmar Mendes, j. 02.02.2016, v.u.), afirma que o desvio de recursos para finalidades públicas não configura o crime de peculato por não ter sido utilizado em proveito próprio ou alheio exigido pelo tipo penal, desclassificando-o para o art. 315 do CP.

O sujeito ativo é o funcionário público com sempre e o sujeito passivo o Estado, o ente de direito público prejudicado será sujeito passivo secundário, o elemento subjetivo é o dolo e não pune a forma culposa, tem como objeto material a verba ou a renda pública e objeto jurídico é a Administração Pública protegendo seus patrimônios e sua moral.

Classifica-se crime próprio, material, praticado de forma livre, comissivo, omissivo impróprio ou comissivo por omissão, instantâneo, unissubjetivo ou plurissubsistente e admite tentativa.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

O crime de peculato também está expresso no Capítulo II do Código Penal Militar como aponta Nucci, (2017, p.462); “Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”. Que é interpretado como um tipo mais gravoso, segundo as penas a ele auferidas pelo seu regimento específico.

Em crimes em que haja conflito de normas penais, como o peculato que consta no Código Penal (art.312 ao art.314) e no Código Penal Militar (arts.303 e 304), deve ser observado o princípio da especialidade, ou seja, sendo o infrator um militar, aplica-se o dispositivo do Código Penal Militar, inexistindo o bis in idem.

3.2. DAS TEORIAS DAS PENAS

Indubitavelmente, apenas após sentença condenatória irrecorrível que se define o crime e a pretensão da punibilidade, Busato, (2020, p.824), afirma; “A referência à punibilidade aparece neste contexto como uma exigência lógica da própria ideia de delito, pois um delito sem punibilidade, um delito não punível carece de sentido”. É legalmente comprovado essa afirmação que não existe no ordenamento uma norma tipificada como crime que não tenha definido a aplicação de sua pena, conclusão, sem crime não há pena.

Não existe quem não tema um castigo, até os animais ditos como irracionais o teme, um forte defensor das punições Beccaria, (1764, p.30), sustenta que; “Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”. Em seu entendimento as penas devem ser na medida significativa ao potencial do crime, exemplificativa e causar impacto positivo.

Dentre as várias teorias que explicam a finalidade das penas, Prado, (2019, p. 548), destaca três; “São inúmeras as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, reunidas de modo didático em três grandes grupos: teorias absolutas, relativas e ecléticas”. Ninguém deve ser punido sem uma lei que justifique e sem uma finalidade, nesse sentido veremos essas três teorias mencionadas no texto.

3.2.1. Teorias Absolutas

Na interpretação de Busato, (2020, p.1045), entende que; “A ideia fundamental do retribucionismo é a concepção da pena como um mal. Esse castigo, de algum modo, visa a contraposição a outro mal, que é o crime”. A pena como retribuição compensatória realmente é conhecida de tempos e permanece acreditada pela maior parte da sociedade que busca a cada dia a pena justa que corresponda a intensidade mais a gravidade do delito.

3.2.2. Teorias Relativas

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição). (CAPEZ, 2018, p.539).

3.2.3. Teorias Unitárias ou Ecléticas, intermediária ou conciliatória

Segundo os ensinamentos de Masson, (2014, p.247) deve atingir vários finalidades ao mesmo tempo; “Castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade”. Neste ponto a punição tem como função principal não castigar mas de intimidação para aqueles que planeje cometer algum crime, mantendo o controle da paz social.

Prossegue Masson, (2014, p. 247) explicando essa fusão de teorias adotada pelo nosso sistema jurídico; “Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial”. Neste tríplice aspecto o dispositivo dispõe ao Magistrado a liberdade na aplicabilidade da pena conforme cada caso, desde que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

4. AS CONSEQUÊNCIAS PENAIS PARA OS AUTORES DO CRIME DE PECULATO

A Constituição da República em seu art. 5º, inciso XXXIX, garante a todos que estiverem no Brasil o princípio da legalidade e o princípio da anterioridade, que diz: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Diante deste texto em que é ratificado no código penal, podemos entender que só existe crime se houver antes um texto de lei que identifique-o como crime e naturalmente só poderá punir o autor se na lei determinar qual pena, vinculando o magistrado as normais legais.

Neste longo caminho até chegarmos as consequências penais do crime, de igual forma acontece com o crime de peculato, é importante apontar um princípio de relevante no Direito Penal, previsto Código Penal em seu artigo 1º do código penal denominado de princípio da legalidade “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”. Não se pode processar alguém por um ato que não exista uma norma que o tipifique como ilícito, *nullum crimen nulla poena sine previa lege*.

O ordenamento jurídico do Brasil proíbe penas humilhantes, degradantes e de morte, como havia antes, mas entende que necessita punir os infratores, vemos isso nas palavras de Prado, (2019, p.547); “Veda inúmeras espécies de pena, tais como a pena de morte, salvo em caso de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII)”. Salvo em casos expressos na lei, tais penas hoje proibida entende-se ofender a dignidade da pessoa humana, e desvia-se da função preventiva e restaurativa.

Convém observar as modalidades das penas que são admitidas sua aplicação pelo nosso ordenamento como diz Prado, (2019, p.548), que; “Privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos art. 5º, XLVI”. Nenhuma pena pode ferir os tratados internacionais que o Brasil faz parte, pois nossas leis devem se harmonizar com os Direitos Internacionais e com os Direitos Humanos com quem temos pacto.

É verdade que há a necessidade de se punir autores de crimes, isso é espelhado no entendimento de Prado, (2019, p. 547) no que diz; “A pena é a mais

importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com base na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”. A punição é relevante, mas não pode ultrapassar ao que se manda o ordenamento, mesmo entendendo ser insignificante comparado ao crime cometido.

Nem sempre um ato irregular praticado por um funcionário público será punível no âmbito penalmente, Capez, (2019, p.580) explica; “O fato praticado pelo funcionário público que tipifique um ilícito administrativo ou um ato de improbidade previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 nem sempre configurará um fato típico no âmbito penal”. Certos atos não tipificam crime na esfera penal e o ato infracional for administrativo, este não ficará impune, sua condenação será na esfera administrativa.

Qualquer que seja a sentença no âmbito penal refletirá no administrativo, com suas raras exceções, explica Capez, (2019, p.581); “Havendo condenação no âmbito criminal, embora sejam independentes as esferas, como a exigência para a imposição da sanção penal é bem maior do que para a punição administrativa”. Ou seja, a sentença penal para beneficiar o agente público acusado de um crime na esfera penal, só não interfere no administrativo se ele for excluí-lo totalmente do cenário criminoso, ou seja, absolvido por não ser o autor ou não existir o crime.

O interpretamos fazendo a leitura dos textos referentes ao crime de peculato no Código Penal brasileiro, é que as penas para este delito são extremamente resumidas, analisando pelas suas modalidades, onde as penas se limitam na mínima de 03 meses e a máxima em 12 anos. Cada artigo distingue o tipo de peculato e traz a pena discriminada para cada um, impossibilitando outra vertente pra interpretação, restringindo o Magistrado unicamente ao texto legal.

A única forma de se agravar a penas segundo o diploma legal em comento está no artigo 327, § 2º, onde diz;

§ 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. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)

A pena só será aumentada em casos excepcionais, como visto no parágrafo acima, nesta ocasião se permite acréscimo ínfimo, não há possibilidade de aplicar penas mais rígidas a este crime.

Sabemos que as penas devem ser aplicadas conforme o caso concreto, analisando seu tipo penal no dispositivo legal. Segundo análises aos textos do diploma penal, as penas e suas aplicações são vinculadas ao dispositivo, em relação as penas referentes ao crime de peculato, são insignificantes em relação a relevância dos seus danos materiais e morais causados a administração pública e a sociedade.

Quanto a aplicação do art. 312, § 3º do Código Penal, dispõe sobre o arrependimento no crime de peculato, como expõe o texto; “§ 3º. No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”. Existe duas oportunidades de se presentear o autor do crime de peculato, mediante estas condutas ficará livre da punição ou a terá de forma ínfima. Este prêmio é permitindo unicamente a uma das modalidades deste crime, ao culposo.

Com mais de oitenta anos em vigor, o código penal sofreu algumas alterações, acompanhando a evolução da sociedade e dos crimes que se modernizaram, a favor de penas significativas, Beccaria, (2016, p.34), comenta; “Com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime”. A importância de punir infratores é gritante em nossa sociedade, ela corrige e faz refletir sobre seus atos impensados.

Existe várias modalidades de penas no Código Penal brasileiro e diversas formas de aplicação, conforme o tipo penal. Elas se dividem em três modalidades e estão no Art. 32 do CP, a forma de cumprimento de cada uma discorrem do art. 33 ao 37 do CP.

O conceito de pena varia no entendimento de cada doutrinador, no entendimento de Masson, (2014, p. 244), o significado de pena é; “Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como infração penal”. Nas palavras do autor, fica explícito ser uma resposta do estado através da

justiça aplicando a lei a um ato reprovado pela sociedade e tipificada como crime dispositivo penal.

4.1. MODALIDADES NA APLICAÇÃO DAS PENAS

No sistema penal brasileiro as penas podem ser cominadas nas seguintes formas descritas por Masson, (2014, p.249): “Em nosso sistema penal as penas podem ser cominadas em abstrato por diversas modalidades: Isoladamente, cumulativamente, paralelamente, alternativamente”. O dispositivo traz ao aplicador da lei a possibilidade de se aplicar mais uma punição cumulativa ou alternativamente uma ou outra.

Em seus comentários o autor diz que em alguns tipos penais o texto da lei já inclui a obrigatoriedade da aplicação duas penas cumuladas; “cumulativamente: o tipo penal prevê, em conjunto, duas espécies de penas. Exemplo: art. 157, *caput*, do CP, com penas de reclusão e multa”. A cumulação de penas distintas em alguns tipos penal é obrigatória.

A aplicação da pena cominada pelo Magistrado depende do tipo penal, diz Masson, (2014, p.249), segundo o art. 53 do CP; “As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime”. Porém, torna-se irrelevante às penas privativas de liberdade, por elas já serem cominadas por cada tipo de crime ou contravenção penal dentro dos seus limites mínimo e máximo. O magistrado tem liberdade para aplicação de uma, de duas espécies de penas ou alternativamente.

Explica Masson, (2014, p.253), que segundo o art. 33, §§ 2º e 3º do CP deve-se observar três fatores decisivos na escolha do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; “Reincidência, quantidade da pena aplicada e circunstâncias judiciais. É o juiz sentenciante quem fixa o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III, do CP)”. Deste modo se faz necessário o alinhamento da sentença com o artigo em comento.

As Penas Privativas de liberdade fala sobre a reclusão e detenção o art.33 do CP é interpretado por Santos, (2018, p.507) da seguinte forma; “A pena privativa de liberdade é a espinha dorsal do sistema penal, existente nas formas de reclusão e

de detenção. A diferença principal entre reclusão e detenção refere-se aos regimes de execução”. Prevista conforme cada tipo penal incriminador, relevante na individualização e na proporcionalidade entre a sanção que será cominada ao bem jurídico por ele protegido.

Sobre as Penas Restritivas de Direitos, devem ser impostas de acordo com a nova redação do Art. 43 do Código Penal pela Lei nº 9.714/98, menciona o doutrinador Greco, (2017, p.201); “a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana”. Estas penas devem ser aplicadas analisando as peculiaridades de cada caso.

As Penas Pecuniárias ou Multas, constadas no Art.49, CP tem cunho econômico com o intuito de acarretar diminuição do patrimônio do apenado (multa e confisco). Seu cálculo é feito em dias-multa, que poderá; “Variar entre um mínimo de 10 (dez) ao máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que o valor correspondente a cada dia-multa será de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes esse valor”. O magistrado sentenciar observando o art. 60, §1º do Código Penal.

Referente a progressão de regime nos crimes funcionais, Santos, (2019, p.509-510), comenta que; “Em crimes contra a administração pública, a progressão de regime depende Teoria da Pena Capítulo da condição complementar de reparação do dano ou de devolução do produto do crime”. Em regra deve seguir essa formalidade segundo o art. 33, § 4º, CP, o ressarcimento ou a reparação seria o mínimo que a justiça deveria determinar.

Vale ressaltar que as penas respeitam os princípios basilares do Direito Penal que são: Legalidade, Personalidade, Proporcionalidade e Inderrogabilidade.

4.2. A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Falar de política criminal é atear combustível em brasas, levantam-se ardentes defensores de penas mais rígidas e defensores de penas educativas, o fato é que enquanto se discutem doutrinas, a administração pública e a sociedade padecem em meio aos horrores dos atos infracionais de todas as modalidades.

Contudo, os crimes funcionais são os mais lesivos atingindo diretamente o Estado e a sociedade como um todo.

A política criminal brasileira deve procurar entender o problema e de forma justa dar a resposta na mesma proporção do fato delituoso, Santos, (2019, p.423) comenta; “A política penal realizada pelo Direito Penal é legitimada pela teoria da pena, construída pelos discursos de retribuição do crime e de prevenção geral e especial da criminalidade - as funções atribuídas à pena criminal pela ideologia penal oficial”. Agindo na pessoa do Estado para manter o controle da paz social. Neste diapasão, há defensores de varas teorias, como veremos a seguir.

4.3. TEORIAS DAS PENAS MÁXIMAS E MÍNIMAS, INTERVENCIONISMO OU NÃO INTERVENCIONISMO NO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A teoria do direito penal mínimo, não está previsto em nosso ordenamento jurídico, tem como pressuposto os limites e garantias do cidadão contra o abuso ou erro penal do Estado, surge das doutrinas e se fortalece pelos juristas que defendem a proporcionalidade entre conduta e ofensa ao bem jurídico tutelado. O Estado só deve tipificar crime e instituir pena quando o ato for extremamente lesivo ao bem jurídico tutelado ou os interesses jurídicos relevantes, mantendo ordem pública.

Discorre sobre o direito penal mínimo em sua interpretação o doutrinador Ferrajoli como escrito no texto abaixo;

Condicional e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos. (FERRAJOLI, 2002, p.83-84).

Fechando seu raciocínio interpretativo sobre esta teoria penal, não podemos deixar de citar abaixo mais um texto do referido doutrinador para concluir seu esclarecimento;

A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva ônus da prova a cargo da acusação, o princípio in dubio pro reo, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia in bonam partem, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros. (FERRAJOLI, 2002, p.84)

Em defesa da pena mínima ou não intervenção do Estado punitivo, buscam sua limitação na política criminal, Ferrajoli, (2002, p.34), escreve; “O modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições *extra* ou *ultra legem*, não é em absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos”. A favor de penas educativas e até mesmo de abolição das penas, entende que punições rígidas surtem mais efeitos.

No modelo penal garantista, mesmo comprovado o delito e o autor, são condenados em sentença irrecorrível, Ferrajoli, (2002, p.34), explica o que seria o modelo penal garantista; “Em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado”. Mesmo com a condenação definitiva, a pena deve ser de modo educativa, branda ou mesmo apenas instruir.

Em concordância com Ferrajoli de que quanto menor for a intervenção do Estado com sua política criminal mais eficácia terá no combate à criminalidade, o autor Nucci, (2020, p.515), afirma; “O método atual de punição, eleito pelo Direito Penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados”. Assegurado em suas convicções, o autor sugere que seja pesquisado e testado novos métodos de políticas criminais opostos aos atuais adotados pelo Estado.

A segurança pública tem um grande problema que não está nas leis penais e nem processuais penais, diz Nucci, (2017, p. 213), detalha; “Faltam-lhe infraestrutura, armamento, remuneração condigna, treinamento adequado, fiscalização de seu trabalho, enfim, as polícias (porque no Brasil há mais de uma) encontram-se desarticuladas”. A crítica apontada como responsável pelo aumento

dos crimes a negligência do Estado não investindo em tecnologia e aparelhamentos pra segurança pública.

Num segundo momento de sua crítica atribuindo a responsabilidade ao Estado, Nucci, (2017, p. 214), aponta que; “Há carência de operadores do Direito no Ministério Público e na Magistratura. Em suma, esses fatores são mais que suficientes para fomentar, naturalmente, a impunidade”. Sempre direcionando sua crítica responsabilizando o Estado através de sua negligência nos órgãos do judiciário, enfatizando seu pequeno efetivo proporcionando assim a impunidade e criando uma falsa sensação segurança.

Finaliza sua crítica à leis mais rígidas e penas mais duras o autor Nucci, (2017, p.214), com a seguinte frase; “Quanto mais direito penal, menos a polícia consegue ser efetiva, mas desrespeitada e anacrônica se torna, mais a criminalidade tende a aumentar”. Expressando sua oposição ao tema, mostra a incongruência das punições rígidas com realidade social expondo que necessita experimentar outros meios de amenizara criminalidade.

Referente ao princípio da intervenção mínima, Busato, (2020, p.108) comente; “Se partirmos da ideia de que não é necessário um Direito penal tão agressivo, se reconhece, desde logo, a necessidade de utilizá-lo com moderação. Sua intervenção, nos diversos âmbitos da vida, não pode ser tão ampla nem tão grave”. Forte defensor do não intervencionismo ou do intervencionismo mínimo do Estado, o “Jus Puniendi Estatal”, executando uma política criminal e não repressiva.

Nos tempos atuais os criminosos e a criminalidade se modernizaram e cresceram de forma assustadora, e a sociedade anseia por uma atuação eficiente do Estado na solução dos problemas sociais vendo as solução nos braços do Direito Penal para obter o objetivo desejado. Nesse condão, todos imploram por leis mais rígidas que não afrontem o princípio da intervenção mínima, mas que permitam ao Estado utilizar seu poder de punir o infrator no combate as condutas criminosas.

Nestas divergências de doutrina, o conceito de direito penal máximo, segundo Ferrajoli, (2002, p. 84), seria; “Incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente”. O autor receia que na ausência de

limitações e de moderação no poder de punir do Estado, exagerando nas penas, punindo exageradamente.

A lei rígida e penas rigorosas é o suficiente para conter o criminoso, diz Ferrajoli, (2002, p. 84); “A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário, no critério oposto, mas igualmente subjetivo, do in dúbio contra reum”. O intuito desta teoria é que a pena alcance todos os culpados, se esforçando ao máximo em punir os réus com rigor. Esta teoria tem como sustentação da tese de defesa as leis severas como método preventivo e eficaz no combate a criminalidade que alastra no meio da sociedade.

Finaliza suas palavras referente a teoria do direito penal máximo Ferrajoli, (2002, p.84); “Uma estrutura lógica oposta à do direito penal mínimo, no sentido de que se preocupa em estabelecer não as condições necessárias, mas aquelas suficientes para a condenação, e não as condições suficientes, mas as necessárias para a absolvição”. Em contrário a teoria mínima, as razões que levaram ao crime é insignificante, os motivos não justifica o crime.

Convencido pelos artigos dos estudiosos de Louk Hulsman (Holanda), Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega) e Sebastian Scheerer (Alemanha), adotou ao seu conhecimento a interpretação de defesa para abolição das penas, e sobre a teoria do Abolicionismo penal e do direito penal mínimo, Nucci assimila que;

Questionando o significado das punições e das instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça. O movimento trata da descriminalização (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas hoje criminalizadas) e da despenalização (eliminação – ou intensa atenuação – da pena para a prática de certas condutas, embora continuem a ser consideradas delituosas) como soluções para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado na grande maioria dos países. (NUCCI, 2017, p.214).

No ponto de vista sobre o direito penal máximo analisando os pensamentos de Luigi Ferrajoli, o jurista Nucci, (2017, P.215), esclarece em seu comentário; “É um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente”. Alguns autores denominam essa teoria como tolerância zero.

Neste cenário, faz uso da teoria das janelas quebradas em analogia em relevar atos perigosos Nucci, (2017, p.216), menciona; “Deixando um carro na rua, com a janela quebrada, em pouco tempo ele será saqueado. Do mesmo modo, uma casa, em pacata rua, surgindo com as janelas quebradas, imediatamente, causará a sensação de abandono”. Isto é, a descriminalização e a despenalização de vários atos hoje considerados criminosos, poderiam facilitar a reeducação de muitos delinquentes.

4.4.PENAS MAIS RIGOROSAS PARA INTIMIDAR INFRATORES E DIMINUÍREM OS CRIMES

As leis e a aplicação de suas penas são sempre discutidas por doutrinadores e por pessoas leigas no assunto, doutrinas e as próprias leis algumas vezes se colidem surgindo juristas especialistas em tais temas que mergulham nas leis e nos fatos e utilizando seus conhecimentos interpretando as leis criando novas teorias e doutrinas para melhor aplicação da lei aos conflitos tentando solucionar de forma justa e imparcial.

A Lei de Execuções Penais (lei. 7.210/84), em seu artigo 1º, caput, seu texto contraria o entendimento dos defensores dessa teoria; “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Nesse condão o legislador na elaboração deste dispositivo esclarece que a punição é o meio mais eficaz de se prevenir e combater o crime.

Na mesma lei em seu artigo 10º, caput, ratifica a necessidade em punir o criminoso desde que mantenha os cuidados durante o cumprimento da pena; “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. A punição é necessária conservando os direitos e garantias a pessoa do apenado preparando-o para o regresso social.

Defendendo a necessidade da punição com o condão de disciplinar e conter o crime, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969 menciona em seu artigo 5º o texto; “As

penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Nesta linha, deve-se punir qualquer que cometa crime mantendo-lhes os direitos e garantias fundamentais.

O professor Mir Puig, (2006, p.39), defende a relevância de penas rígidas para prevenção de novos crimes e ressocialização do infrator; “Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen”. Considerando não ser o suficiente, mas aponta a necessidade da punição rígidas aos infratores não como castigo, mas como forma de trabalhar em seu caráter.

Há grandes polemicas na sociedade e muitas divergências entre doutrinadores quando se discute o aumento do crime de peculato e os possíveis meios de coibí-los em nosso país. Alguns defendem que penas mais rígidas resolveria, pois a dor tem o poder de conter o ser humano, há outros que defendem apenas uma reeducação do criminoso resolva este problema alarmante e aterrorizante da sociedade.

Defensor de punições rígidas, sai em defesa da necessidade das punições fundado no pensamento jurídico, que todo ser racional deve ter capacidade moral para distinguir o bem do mal, afirma Zaffaroni, (2011, p.49); “Aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exhibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão”. Neste diapasão, interpreta o autor que o homem precisa de normas para o fazer respeitar o direito do próximo, porém, normas sem castigos (penas) não terá eficácia.

Prossegue seu discurso em proteção as penas rígidas explicando que o castigo deve ser aceito como educadora, confirma Zaffaroni, (2011, p.50); “Esta prevenção geral é às vezes insuficiente, posto que a segurança jurídica requer que quando se realizam certas condutas antijurídicas, além da sanção reparadora (retributiva), se aplique uma pena, isto é, uma prevenção particular”. Esclarecendo que a função do castigo (pena) dever ser de dor e humilhação, mas algo bom e restaurador.

Referindo-se ao respeito ao semelhante, como militante de punições rígidas, Locke, (1689, p.139), ressalta; “Quando olhamos para nós mesmos como artefatos

de Deus, reconhecemos sermos todos dotados de razão porque Ele a outorgou a nós e, portanto, qualquer homem que proceda de forma irracional é, nessa medida, um animal, e como tal poderá ser tratado”. Tratando-se de atos e efeitos, exalta a necessidade de punições severas ao comparar um ato criminoso a ato de um animal selvagem onde merecem a mesma disciplina.

A medida e o tipo de punição o cabe ao Estado definir qual a mais eficaz, defende Hobbes, (1651, p.199); “E é este o fundamento daquele direito de punir que é exercido em todos os Estados. Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente, ao renunciarem ao seu, reforçaram o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles”. Fomos nós quem autorizamos ao Estado a nos punir da forma que lhe for necessário para manter a paz e a ordem pública.

São diversos os juristas que defendem o uso do Direito Penal e da função punitiva dentro da sociedade atual fundamentados nas na insegurança e no terror que permeia a sociedade gerando a necessidade e função da punição através do Estado, o qual todos nós dependemos ou chegaremos ao caos e voltaremos ao estado de lobo.

Diante dos confrontos de teorias e entre seus entendimentos e interesses, se penas rígidas se diz utopia e não diminuem a criminalidade sendo apenas mera expectativa, assim também não se comprova cientificamente que penas brandas ou educativas resolva, pois, estudado no decorrer da história dos crimes e das penas ficou comprovado historicamente que o meio eficaz de conter a criminalidade está pra se descobrir, já que penas extremamente rígidas foram utilizadas e as socioeducativas estão sendo aplicadas pelo E.C.A. e os crimes são mais intensos e violentos.

Muitos são os doutrinadores que defendem o direito penal e sua função punitiva como benéfica à sociedade, tem a pena como freio e equilíbrio da paz e da harmonia social, pois o Estado através do Direito Penal tem a função de proteger os bens jurídicos como a vida, o patrimônio, a honra, a integridade física, psíquica e orgânica, a imagem, a paz, e outros tutelados pelo nosso ordenamento jurídico. Por isso, quando acontece algum tipo de crime é necessário identificar qual bem jurídico foi ameaçado ou lesado para que se possa aplicar os princípios penais.

Segundo o Marques Beccaria, (1764, p. 113), é imprescindível a aplicação da pena; “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e sua severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas”. É contestável ver alguém se corrigir do seu erro sem que sofra alguma consequência significativa.

Ainda reforçando a defesa em favor da punição aos criminoso, Beccaria, (1764, p. 113), expõe; “Às vezes, a gente se abstém de punir um delito pouco importante, quando o ofendido perdoa. É um ato de benevolência, mas um ato contrário ao bem público”. Mesmo quando a vítima achar irrelevante a lesão ou ofensa, o Estado não pode deixar de punir dentro da legalidade, enfatiza o autor.

Em seus conselhos ao príncipe, Machiavelli, (1513, p. 21), aconselha que; “aqueles que, por excessiva piedade, deixam acontecer as desordens das quais resultam assassínios ou rapinagens: porque estes costumam prejudicar a comunidade inteira, enquanto aquelas execuções que emanam do príncipe atingem apenas um indivíduo”. O detentor do poder não deve ser brando por temer ser chamado de má, ou seja, Estado deve agir com braço forte se necessário, punir rigorosamente.

O doutrinador Locke, (1689, p. 385), é defensor da punição através do Estado a quem transgredir a lei; “Tratando-se de uma agressão contra toda a espécie e contra sua paz e contra sua segurança proporcionadas pela lei da natureza, todo homem pode, por essa razão e com base no direito que tem de preservar a humanidade em geral”. Não há método científico comprovado de conter a criminalidade, mas todo ser humano teme perdas, dores, vergonhas e fracassos, e a punição representa tudo isso e mais.

Não há o que contestar a necessidade de punições severas para constranger criminosos, Hobbes, (1651, p.160), expõe; “São também ministros públicos todos aqueles que receberam do soberano autorização para proceder à execução de todas as sentenças, para publicar as ordens do soberano, para reprimir tumultos, para prender e encarcerar os malfeitores, e praticar outros atos tendentes à preservação da paz”. Desde que existe crimes, as penas rígidas existem e pelo fato de não ter contido a criminalidade não significa que abolí-las a brandá-las seja melhor.

A punição será necessário e presente na sociedade, sempre que alguém infringir uma norma, diz Rousseau, (1762, p.19); “Todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua”. Se as normas são criadas para que sejam preservados os direitos de cada cidadão, seria desrespeito ao Estado não punir quem o afronte.

Cometer qualquer tipo de crime é uma quebra de contrato social onde tem suas consequências (punições) que servirão de castigo para correção do infrator e exemplificação para os demais membros da sociedade. Essas punições surtem seus efeitos na vida do condenado, como veremos a seguir.

4.5. OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO DAS SENTENÇAS IRRECORRÍVEIS

Conhecido pelo dito popular “toda ação tem conseqüentemente uma reação”, neste condão, o Estado condenar alguém por um ilícito penal que tenha cometido, impõe a este uma sanção penal prevista em lei que pode ser pena de reclusão, detenção, prisão simples, restritivas de direitos e multa. O crime traz como consequência a condenação que dá origem a alguns efeitos de natureza penal e de caráter extrapenal.

Dentre os vários entendimentos dos efeitos da condenação, interpreta Masson, (2019, p.1173) como consequências que; “Atingem a pessoa do condenado por sentença penal transitada em julgado. Esses efeitos não se limitam ao campo penal, incidindo também nas áreas cível, administrativa, trabalhista e político-eleitoral, entre outras”. A condenação penal repercute em outros âmbitos jurídicos, tendo seus efeitos o alcance nas esferas trabalhistas, administrativas, eleitoral e cível.

Os efeitos da condenação são as consequências que os criminosos sofrem de forma direta ou indireta, segundo Capez e Prado, (2012, p. 158); “A sentença penal condenatória, além de seus efeitos principais, como a imposição da pena privativa de liberdade, da restritiva de direitos ou da pena de multa, possui outros

efeitos, secundários, de natureza penal e extrapenal”. O efeito da pena deve refletir na vida profissional, social e moral do criminoso, como também na ressocialização.

4.5.1. Efeitos principais e secundários da condenação

A sentença condenatória produz dois tipos de efeitos, os principais e os secundários, segundo explica Damázio, (2014, p.332) as principais seriam; “Correspondem à imposição das penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), restritivas de direitos, pecuniária e eventual medida de segurança”. No ensino do autor, o juiz deve na sentença condenatória determinar quais penas e o tempo de sua duração (art. 387, III, CPP) e caso seja necessário qual medida de segurança (art. 387, IV, CPP).

Prossegue Damázio explicando segundo seu entendimento, como seria os efeitos secundários da sentença condenatória produz os seguintes efeitos secundários de natureza penal:

a) é pressuposto da reincidência (CP, art. 63); b) impede, em regra, o sursis (art. 77, I); c) causa a revogação do sursis (art. 81, I e § 1º); d) causa a revogação do livramento condicional (art. 86); e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, caput, in fine); f) transitada em julgado, a prescrição da pretensão executória não se inicia enquanto o condenado permanece preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único); g) causa a revogação da reabilitação (art. 95); h) tem influência na exceção da verdade no crime de calúnia (art. 138, § 3º, I e III); i) impede o privilégio dos arts. 155, § 2º, 170, 171, § 1º, e 180, § 3º, 1ª parte, em relação ao segundo crime; j) constitui elemento da figura típica da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (LCP, art. 25). (DAMÁSIO, 2014, p.333)

Neste diapasão, o autor destaca que a fixação da pena é o efeito principal da condenação e que as demais imposições sentencias são os efeitos secundários.

O ato ilícito penal gera uma sentença de condenação ou absolvição, impondo uma pena ou medida de segurança produzindo alguns efeitos penais e extrapenais ao condenado, como esclarece Busato, (2020, p. 1386-1387); “São efeitos penais outras consequências da condenação, que dizem respeito à situação do réu em matéria penal exclusivamente São extrapenais aqueles que se espraiam para outros

âmbitos jurídicos”. Alguns estão regulados no Código Penal, no Capítulo VI de sua parte geral, nos arts. 91, 91-A e 92.

Abordaremos no momento os efeitos da condenação elencados no art. 91, 91-A e 92 do Código Penal que Masson diz que são consequências jurídicas extrapenais, e que na transação penal Isso não ocorre, pois a sentença é homologatória, ms tem seus feitos como vemos no texto abaixo;

Apesar de não possuírem natureza penal propriamente dita, não haveria dúvidas de que esses efeitos constituiriam drástica intervenção estatal no patrimônio dos acusados, razão pela qual sua imposição só poderia ser viabilizada mediante a observância do devido processo, que garantisse ao acusado a possibilidade de exercer seu direito de resistência por todos os meios colocados à sua disposição. Ou seja, as medidas acessórias previstas no art. 91 do CP, embora incidissem “ex lege”, exigiriam juízo prévio a respeito da culpa do investigado, sob pena de transgressão ao devido processo legal. (MASSON, 2019, p. 1174).

Este mesmo entendimento é extraído da Súmula Vinculante 35, do Supremo Tribunal Federal:

Referente ao art.91 do CP, vale observar seus efeitos na condenação pois alguns dizem que são genéricos, mas Greco, (2017, p.387) discorda; “Tal afirmação não nos parece completamente correta, pois, segundo entendemos, existem hipóteses no art. 91 do CP nas quais o julgador deverá sobre elas motivar-se expressamente, a fim de produzir seus efeitos legais”. Sendo assim, algumas sentença fundamentada no art. 91 do CP que não necessita constar qual efeito terá, enquanto as sentença fundamentada no art.92 do CP deve descrever quais os efeitos.

Discorrendo sobre o tema em comento, o ordenamento jurídico expõe vários efeitos da condenação penal, além dos genéricos, menciona Greco, (2017, p.387); “Indenização civil pela prática de homicídio (art.948, CC), lesão (art. 949, CC), crimes contra a honra (art.953, CC), ofensa à liberdade pessoal (art. 954, CC)”. Quando o crime traz danos materiais e morais a vítima ou aos seus entes, a sentença terá efeito cível quando determina indenização.

Segundo estudo de alguns autores, interpreta-se que a condenação penal refletirá nas áreas administrativas e públicos (art. 1.011, § 1º do CC), não pode se casar (art. 1.521 do CC), se for casado fica suspenso o poder de família (art. 1.637,

PU), pode ser considerado indigno (art.1.814, CC), perder o direito à herança (art.1.961, CC), pode ser usada como fundamento para a perda de mandato de Deputado ou Senador (art. 55 VI e § 2º, CF), perde naturalização os estrangeiros não oriundos de países de língua portuguesa (art. 112 do Estatuto do Estrangeiro).

Dentre esses efeitos supracitado, o dispositivo penal especial também prevê outros efeitos, segundo o art. 7º da lei. 9.613, de 03 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Capitais), em seu Capítulo III, bem como pelo disposto o art. 83 da lei. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), exemplificativo.

Ainda se tratando dos efeitos da condenação, Sanches, (2016, p.517) subdivide-os e denomina-os; “O principal efeito da sentença penal condenatória é, sem dúvida, submissão do condenado à execução forçada da sanção imposta. Entretanto, a condenação possui outras consequências que atingem a pessoa do condenado”. Neste condão, entende-se que os efeitos da condenação são primários e secundários.

Sobre os efeitos da condenação, veremos cada uma começando pelos efeitos principais na interpretação de Capez, (2018, p.740); “Imposição da pena privativa de liberdade, da restritiva de direitos, da pena de multa ou de medida de segurança”. De forma resumida e específica refere-se a submissão do condenado ao cumprimento da pena imposta contida no art.32 do código penal brasileiro.

Quantos aos efeitos secundários, seriam os que repercutem na esfera penal menciona Capez, (2018, p.740);

Assim, a condenação: (i) induz a reincidência; (ii) impede, em regra, o *sursis*; (iii) causa, em regra, a revogação do *sursis*; (iv) causa a revogação do livramento condicional; (v) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória; (vi) interrompe a prescrição da pretensão executória quando caracterizar a reincidência; (vii) causa a revogação da reabilitação.

Os efeitos secundários de natureza extrapenal reflete em outras esferas jurídicas o autor Capez, e pode ser genérico e específico, como veremos no texto abaixo.

(i) Genéricos: decorrem de qualquer condenação criminal e não precisam ser expressamente declarados na sentença. São, portanto, efeitos automáticos de toda e qualquer condenação; (ii) específicos: decorrem da condenação criminal pela prática de determinados

crimes e em hipóteses específicas, devendo ser motivadamente declarados na sentença condenatória. Não são, portanto, automáticos nem ocorrem em qualquer hipótese. (CAPEZ, 2018, p.740).

Os efeitos extrapenais genéricos elencado no art.91, I do CP, Capez, (2018, p.741), ensina que; “Tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime: a sentença penal condenatória transitada em julgado torna-se título executivo no juízo cível, sendo desnecessário rediscutir a culpa do causador do dano (art. 63 do CPP)”. O próprio juiz criminal ao julgar, pode fixar o valor base da indenização podendo ser executado na esfera civil, como expressa o art. 387, IV, do CPP.

Os efeitos extrapenais genéricos contido no art.91, II, CP, o confisco, Capez, (2018, p.741), descreve; “Confisco pela União dos instrumentos do crime, desde que seu uso, porte, detenção, alienação ou fabrico constituam fato ilícito”. Para que o objeto do crime pode ser confiscado, necessita que o porte, fabrico ou alienação seja de modo delituoso. Jurisprudências majoritárias impedem o confisco nas contravenções penais e a minoria admite o confisco quer crime ou contravenção.

Após sentença condenatória irrecorrível, o confisco dos instrumentos do crime é automática, mas havendo transação penal é vedado, segundo art. 74 da Lei n. 9.099/95, veda-se o confisco dos instrumentos do crime quando arquivado o processo, absolvição do réu ou na extinção da pena pela prescrição da pretensão punitiva, ou seja, quando o Estado não exerce seu poder-dever de punir no prazo previsto em lei, perdendo sua legitimidade para exercê-lo após isso.

Um terceiro ponto dos efeitos extrapenais genéricos é referente ao confisco pela União do produto e do proveito do crime, Capez, (2018, p.745), explica; “Produto é a vantagem direta auferida pela prática do crime (por exemplo, o relógio furtado); proveito é a vantagem decorrente do produto (por exemplo, o dinheiro obtido com a venda do relógio furtado)”. O texto foi ampliado pela Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, para maior interpretação e melhor aplicação da lei.

Autoriza a perda dos bens ou valores referentes ao produto do crime ou utilizados para o crime, mesmo que não os encontre ou sejam eles localizados no exterior, serão confiscado segundo o art. 91, § 1º do CP e artigo 4º, os §§1º, 2º, da Lei n. 12.694/12 (organização criminosa), autoriza a aplicação de medidas assecuratórias da legislação processual para alcançar bens ou valores do

investigado ou acusado para que assegure a efetividade aplicação da lei, caso seja condenado.

O confisco tem suas finalidades, e segundo Rogério Sanches, define a necessidade do confisco.

A finalidade do confisco é óbvia: a) impedir a propagação dos instrumentos idôneos para a prática de crimes; b) não permitir o enriquecimento ilícito do criminoso; c) e, por fim, dismantelar as organizações criminosas, destruindo a sua célula nervosa, qual seja, impressionante capacidade financeira (fortuna), ainda que localizada no exterior. (SANCHES, 2016, p.519)

Concluindo o raciocínio, Fernando Capez menciona os efeitos extrapenais referentes a suspensão dos direitos políticos, enquanto durar a execução da pena, segundo o art. 15, III, da Constituição Federal;

Enquanto não extinta a pena, o condenado fica privado de seus direitos políticos, não podendo sequer exercer o direito de voto. Não importa o regime de pena privativa de liberdade imposto, tampouco se a pena aplicada foi restritiva de direitos ou multa, pois, até que seja determinada a sua extinção (pelo pagamento da multa ou pelo integral cumprimento da privativa ou da restritiva, ou ainda por qualquer outra causa), permanece a suspensão dos direitos políticos. (CAPEZ, 2018, p.747).

4.5.2. Efeitos específicos da condenação penal

Ensinando sobre este efeito específico, Gueiros e Japiassú, (2018, p.477) explana; “Cuida-se de consequências vinculadas a determinadas hipóteses delitivas ou certas qualidades especiais da pessoa do infrator”. Observando alguns critérios na pessoa do infrator, será diferente os efeitos, devendo ser consignado na sentença condenatória. Vale ressaltar que são diversos da interdição temporária de direitos, disposto no art. 47, do CP, pois é uma sanção penal, já os efeitos secundários em regra são permanentes.

Em total harmonia com os autores Gueiros e Japiassú, diz Bitencourt, (2020, p.2065) que; “Os efeitos específicos da condenação (art. 92 do CP) não se confundem com as penas de interdição temporária de direitos, subespécies das restritivas de direitos (art. 47, CP)”. O que diferencia é que estas são as sanções

penais do crime cometido, substitui a pena privativa de liberdade, permanecendo apenas enquanto durar a pena (art. 55, CP).

4.5.3. Dos feitos da condenação aos agentes públicos

Continuando seu ensino sobre os efeitos da condenação aos agentes públicos infratores, explica que acontece em dois momentos;

Na primeira vertente (pena igual ou superior a um ano), a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo abrange não somente os chamados delitos funcionais (arts. 312 e segs., do CP), mas, igualmente, todo e qualquer delito no qual o agente tenha abusado de seus poderes ou descumprido seus deveres de servidor público, como, por exemplo, no estelionato praticado em detrimento da própria Administração Pública (art. 171, § 3º, do CP). (GUEIROS E JAPIASSÚ, 2018, p.478).

Em se tratando de ser classe especial, a exoneração do agente público se dá nesta primeira análise do autor, quando abusa do poder ou descumpre seus deveres em qualquer que seja o crime praticado.

No segundo caso (pena igual ou superior a quatro anos), em razão da aplicação de uma sanção elevada, o servidor torna-se indigno para exercer o cargo, a função ou o mandato eletivo custeado pelo contribuinte brasileiro. Ademais, não terá condições de conciliar o expediente normal na repartição pública com a privação da liberdade imposta na sentença condenatória. (GUEIROS E JAPIASSÚ, 2018, p.478).

Segundo o texto supramencionado, este segundo momento em que acontece a exoneração do agente público infrator, ocasiona em razão da pena considerável ficando incompatível conciliar o exercício da função com a privação da liberdade.

Explanando os autores sobre os efeitos da condenação sobre cargos eletivos, Gueiros e Japiassú, (2018, p.478) ressalta; “Com relação ao mandato eletivo, investido por sufrágio universal, determina o art. 15, III, da CF/1988, que a sua perda ou suspensão decorrerá do trânsito em julgado da condenação criminal e enquanto durarem os seus efeitos”. Porém, em razão do julgamento do caso Mensalão, a Corte Suprema entendeu que cabe a Casa Legislativa julgar a perda do mandato eletivo.

Por fim, reitere-se o que já foi dito relativamente à diferenciação entre este efeito da condenação e a pena restritiva de proibição do exercício de cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo (art. 43, V, do CP), cujo prazo de duração é o mesmo da pena de prisão substituída (art. 47, I, do CP). Por sua vez, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo é definitiva, não sendo, portanto, alcançada pela reabilitação penal (art. 93, parágrafo único, do CP). (GUEIROS E JAPIASSÚ, 2018, p.479).

Os autores esclarecem que a perda do cargo ou função pública é definitiva, enquanto que a suspensão ou proibição e proporciona ao tempo da pena, voltando a exercer a atividade originária.

A Lei n. 9.268/96 trouxe ao art.92, I, a, do CP, expõe as situações em que o funcionário público condenado criminalmente pode perder a função, explica Bitencourt, (2020, p.2067); “Os efeitos específicos da condenação, não automáticos, dependentes de motivação na sentença, são os seguintes: a) Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo”. Este critério pode ser aplicado se o funcionário público cometer crime funcional e for condenado (a 01 ano ou mais de prisão), ou se for condenado por qualquer outro crime (a 04 anos ou mais de prisão).

Neste certame, entendemos que a perda de cargo ou função pública, se faz necessário ser consignada pelo magistrado, afirma Bitencourt, (2020, p.2074); “Não resta dúvidas de que o princípio da especialidade autoriza a aplicação da legislação administrativa, ignorando a legislação penal; contudo, enfatizamos, o procedimento deverá assegurar a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal”. Este processo legal o autor refere-se ao processo administrativo, devendo observar os princípios e as formalidades.

4.6. DA REABILITAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO INFRATOR

Segundo o art. 93 do CP, que trata das modalidades de reabilitação, não tem o alcance desejado, ratifica Bitencourt, (2020, p.2074); “A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva”, e presta-se para induzir a equívocos de interpretação”. Entende o autor que na prática não há vantagens, seu propósito é guardar sigilo da condenação, elencado no art. 202 da LEP, sobrepondo providências jurisdicionais ou administrativas. Sendo ela negada, através de novo pedido e novas provas, pode-se requerer a qualquer tempo (art. 94, pú, CP).

Segundo texto expresso do art. 94, caput, CP, diz que para se obter a admissibilidade do pedido de reabilitação são necessários dois pressupostos que são: a sentença condenatória irrecorrível e o tempo de dois anos após a extinção da pena, independente de como tenha sido extinta.

Há também alguns requisitos em lato sensu que se fazem necessários para a reabilitação, porém falaremos em sentido stricto sensu, requisitos referentes aos agentes públicos.

4.7. Do ressarcimento e da reparação do dano ou comprovação de sua Impossibilidade

Com este requisito entende-se que o dispositivo não se preocupa com os menos favorecidos do delito, a vítima, que em regra é pessoa pobre, por não dispor da multa reparatória, salvo expresso em lei, o que comprova a impossibilidade da reparação do dano é a renúncia da vítima ou novação da dívida atualizando o débito à data da efetiva liquidação, por tratar-se de dívida de valor.

Como estamos tratando do crime de peculato, o ressarcimento do dano ou a restituição da coisa apropriada que traz um bônus de extinção ou diminuição da pena, antes do recebimento da denúncia, diminuirá a pena (art.16, CP), caso a reparação seja feita após o recebimento da denúncia, apenas atenuará a pena (art. 65, III, d, CP), existente apenas na modalidade culposa. Nota-se o descaso com a lesão patrimonial e com a moralidade da Administração Pública.

Que os crimes praticados pelo agente público contra o Estado, estão sujeitos a extraterritorialidade incondicionada segundo o art. 7º, I, c, do CP, e sua progressão de regime está vinculada a reparação do dano ou da devolução do produto do ato ilícito, segundo o art. 33, §4º do CP. Os crimes funcionais são atoa de improbidade todavia, nem todo ato de improbidade é crime funcional.

Alguns doutrinadores entendem que em alguma eventualidade deva ser analisado o caso possa se aplicar o princípio da insignificância, é majoritária as jurisprudências afirmando que o bem tutelado é a moral da administração pública que se torna diverso com a bem material, é o que expressa a súmula 599 do STJ, que diz;

O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.

Tampouco se admite a extinção da punibilidade pela reparação do dano:

A reparação do dano antes do recebimento da denúncia não exclui o crime de peculato doloso, diante da ausência de previsão legal. Poderá influir, no entanto, quando da fixação da pena, nos termos do art. 16 do Código Penal.

Diante desta súmula, nos casos de peculato em que ela deva ser aplicada, o julgador deve obedecer o que decide seu julgado.

4.8. DA AÇÃO PENAL DO CRIME DE PECULATO

Em nosso código de processo penal nos textos dos arts. 513 a 518 do CPP, referentes ao processo e julgamento dos crimes de funcionários públicos contra a administração pública, neste tom, o Código Penal é quem dita qual será o procedimento utilizado para aos crimes funcionais próprios e os impróprios, que podem ser no rito especial desde que o infrator seja um funcionário público ou alguém equiparado a ele, no exercício da função pública pratique o delito contra a administração.

Já os crimes contra a administração pública que seguem o rito processual especial, são aqueles expressos nos arts. 312 a 326 do Código Penal mais os crimes contra a ordem tributária e econômica da administração pública contidos no artigo 3º da Lei n.º 8.137/1990.

Leciona Greco, (2017, p.1601) que; “A ação penal é de iniciativa pública incondicionada. Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de peculato culposo”.

Continua Greco, (2017, p.1608); “A ação penal é de iniciativa pública incondicionada. Peculato mediante erro de outrem”.

Prossegue com sua doutrina Greco, (2017, p.1613); “A ação penal é de iniciativa pública incondicionada. Peculato por inserção de dados falsos em sistema de informações”.

Referente ao tema em tela, Greco, (2017, p.1616-1617) diz; “A ação penal é de iniciativa pública incondicionada. No peculato por modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações. Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento”.

Discorre Greco, (2017, p.1619) que; “A ação penal é de iniciativa pública incondicionada. Peculato por extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento”.

Discrimina sobre peculato por emprego irregular de verbas ou rendas públicas Greco, (2017, p.1622); “A ação penal é de iniciativa pública incondicionada. Compete ao Tribunal de Justiça do Estado a que pertence o administrador público, ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal”.

A Súmula 330 julgada pelo STJ que diz o seguinte em seu texto; “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial”. Em sua decisão, o STJ recusa a defesa preliminar do agente infrator se a ação penal vem instruída com inquérito policial, sendo contra legem, violando a fase do processo penal que discute a presunção de inocência, fere os princípios básicos do contraditório e da ampla defesa.

Diz Capez, (2019, p.593), em seu ensino que houve uma alteração; “Com o advento da Lei n. 12.403/2011, que modificou o instituto da prisão e da liberdade provisória, essa proibição deixou de existir em tais casos, sendo cabível, a partir de agora, a concessão de fiança”. Portanto, fica cabível a aplicação da fiança ao crime de peculato beneficiando aos criminosos especialistas nesta modalidade.

4.9. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O STJ entende de que em regra não se aplica este princípio, afirma Damásio, (2020, p.176); “Para o STJ, não se aplica (Súmula 599: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”)”. Nos crimes praticados por particulares contra a Administração Pública, tanto o STJ quanto o STF admitem a insignificância.

Desde que presentes os requisitos exigidos pela Suprema Corte, o STF, admite a aplicação do princípio, aponta Damásio, (2020, p.177); “a) ausência de

periculosidade social da ação; b) reduzida reprovabilidade do fato; c) mínima ofensividade; d) inexpressividade da lesão jurídica”. Analisando os requisitos acima, a forma de como o fato aconteceu e o valor objeto, ignorando a moral pública.

4.10 DOS SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS NO CRIME DE PECULATO

Segundo os doutrinadores aqui estudado, a qualidade de sujeito ativo é exclusivo do funcionário público ou daquele legalmente equiparado a ele para fins penais, diante do crime próprio.

Estudando as lições de Bitencourt, (2019, p.2291) diz que; “A condição especial funcionário público, no entanto, como elementar do crime de peculato, comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de coautor ou partícipe, para a prática do crime, nos termos da previsão do art. 30 do CP”. Sem a participação direta do agente público no crime de peculato ele ganha um outro tipo penal, também sem sua participação indireta (nexo causal), o particular não pode praticar este crime.

É relevante que o particular saiba que a pessoa com a qual está cometendo o crime de peculato é um agente público, se assim não for, ganhará outra tipificação penal, responderá talvez pelo crime do art. 29, § 2º, do CP, um eventual crime de apropriação indébita. O dolo da pessoa comum é um requisito essencial neste caso.

Discorrendo um pouco mais do crime em comento referente Sujeito passivo, Bitencourt, (2019, p.2291) diz; “São o Estado e as demais entidades de direito público relacionadas no art. 327, § 1º, do CP. Se o bem móvel for particular, na hipótese de peculato-malversação, o proprietário ou possuidor desse bem também será sujeito passivo”. Discordando, entende que a lei penal protege primeiro o interesse de ordem jurídica geral de propriedade do Estado, depois o bem particular por ele tutelado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho foi muito importante, para esclarecer de forma inequívoca que, os crimes praticados contra a Administração Pública buscam tutelar não apenas os montantes patrimoniais adquiridos ilicitamente, mas, em especial, a moralidade administrativa, pois em algumas ocasiões, a violação deste princípio constitucional disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Esta pesquisa foi de relevante aprendizado adquirido sobre o direito penal e do crime de peculato em seu contexto histórico, como eram punidos os autores dos crimes que lesassem o Estado ou a coisa pública. Vimos que desde sua origem histórica o peculato não foi combatido, apesar da severidade de como os infratores destes crimes eram punidos, eram aplicadas penas cruéis e degradantes que chegavam até a ceifar suas vidas.

Nesta presente pesquisa foi feito levantamentos de alguns conceitos relacionados aos temas aqui abordados, a exemplo o de funcionário público para o direito penal, o de agentes público e suas espécies e o de administração pública, pois são informações relevantes que devem ser conhecidas pelo fato do funcionário ser a peça principal na prática do ato infracional. Ele deve praticar o ato utilizando o privilégio funcional ou através dele facilitar para que outras pessoas o pratiquem, consumando um crime funcional.

Infelizmente, devido ao aumento de crimes referentes a administração pública, o crime de peculato evoluiu tanto em seu modo de praticar que houve a necessidade fazer uma reforma no dispositivo e subdividi-lo em diversas modalidades conforme cada forma de praticá-lo. Essa subdivisão permite a identificação de sua tipicidade, qual punição e de seus resultados, como foi neste trabalho identificado e exposto os diversos tipos de peculato previstos no ordenamento jurídico, apresentando-os com seus conceitos e a previsão legal de cada um.

Foi possível fazer uma análise crítica quanto ao tema de maior destaque que envolve o direito penal e o peculato, que é a questão quanto as penas desprezíveis que se aplicam aos autores quando comparadas ao objeto do crime (a moralidade Estatal), que deveria ser algo de valor inestimável e inimaginável e assim tornando-

se inaceitável sua violação, a forma que se pune os infratores deste crime é tão superficial e insignificante aos danos causados no erário público, na moral do Estado e a toda sociedade.

São estes descasos das punições que alimentam sua prática e aumenta os danos ao Estado em todos os aspectos. Olhando esse teatro de apresentação de falácias, percebe-se até ao entendimento dos mais leigos neste tema, como há tanto desinteresse e resistência em aceitar penas rígidas de cunho pecuniário como confisco e supressão total dos bens do infrator que cometa este tipo penal.

Instigando a busca desses saqueadores de erários público, ainda há jurisprudências no Supremo Tribunal Federal, que de forma majoritária defendem que deve ser aplicado o princípio da insignificância aos crimes de peculato, mas para a nossa esperança fraca e fragilizada, existe alguns que defendem a não aplicabilidade deste princípio, restando então a sua definição por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Em princípio, apesar de não acreditarmos em nossos representantes legislativos que elaboram e votam as leis, esperamos que acordem e limpem seus olhos para verem o mal que estão proporcionando a sociedade em que existe seus familiares que sofrem com o reflexo deste crime canceroso, que numa metástase alastra com seus efeitos destruidores por nosso meio. Pois, o peculato causa deficiência em todo corpo estatal, trazendo escassez e sofrimento, violências generalizada e insegurança social, incredibilidade do sistema judiciário nacional.

Enquanto houver interesses dos agentes públicos nos erários estatais, as leis com certeza de nada lhes causará de grave. Por quanto tempo perdurarem a impunidade as essas raposas funcionais, em outros setores administrativos aproveitarão do mesmo benefício legal para ampliarem seus alvos e aumentarem seus patrimônios adquiridos de forma ilícita onde as leis não os alcançam, por estarem blindados pela cúpula do poder político.

Conclui-se que, não devemos ser coniventes ou aceitarmos estes absurdos de braços cruzados. Isto seria um retrocesso moral em relação a probidade da Administração Pública, visto que, se não for observado como algo relevante e urgente não sobreviverá a tal classe que eles denominam de média. Pois os agentes em quem deveríamos confiar por representarem o Estado não correspondem as expectativas depositadas neles através dos seus cargos e funções.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**.1764

BITENCOURT, C. Roberto **Tratado de direito penal**, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. rev. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal** volume 1. 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Código penal comentado**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUSATO, P. César - **Direito penal**: parte geral, volume 1. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

CAPEZ, F, PRADO, S. - **Código penal comentado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. - **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. - **Direito penal simplificado**: parte especial. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga** – 1998

DAMÁSIO, J. **Código Penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Parte especial**: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. Atualização André Estefam. – Direito penal vol. 4 – 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl, **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

GONÇALVES, V. E. Rios, **Direito penal esquematizado**: parte especial. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, R. **Código Penal: comentado**. 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUEIROS, A. S. de Brito; JAPIASSÚ, C. E. Adriano, **Curso de direito penal [recurso eletrônico]**: parte geral - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GUEIROS, A. S. de Brito; JAPIASSÚ, C. E. Adriano, **Direito penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

HOBBS T. de Malmesbury, **Leviatã** ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.

LOCKE, j. – **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer – São Paulo; Martins Fontes, 1998.

MACHIAVELLI, N. di Bernardo, **O príncipe** – 1532.

MASSON, C. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2014.

_____. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MIR PUIG, S. – **Derecho penal**; parte general. 8 ed. Editorial Reppertor Barcelona, 2006

NUCCI, De S. Guilherme, **Código Penal Comentado**. 15 ed. Editora Forense. São Paulo LTDA, 2017.

_____. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de direito penal**. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIERANGIELI, J. Henrique – **Manual de direito penal brasileiro**, Vol.2 – parte especial – Artigos 121 – 361 – editora revista dos tribunais - 2007

PRADO, L. Regis - **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROUSSEAU, J.Jacques, **Do contrato social**, 1762 - Tradução: Rolando Roque da Silva - Edição eletrônica.

SANTOS, J. Cirino dos, **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANCHES, R. Cunha. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SITES:

<https://emporiododireito.com.br/leitura/sumula-330-stj-processo-e-julgamento-dos-crimes-de-responsabilidade-dos-funcionarios-publicos> - publicado em 17/07/2019, em 27/05/2021 as 09h;10min.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm - pesquisado em 01/06/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm - pesquisado em 01/06/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm - pesquisado em 01/06/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm - pesquisado em 01/06/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm - pesquisado em 01/06/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - pesquisado em 01/06/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm - pesquisado em 01/06/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm - pesquisado em 01/06/2021

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/5671/5794> - pesquisado em 01/06/2021