



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – PRPGP
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA**

RICARDO BATISTA PEREIRA

**Conceito doutrinário de servidor público nos crimes
contra a administração pública**

CAMPINA GRANDE – PB
2013

RICARDO BATISTA PEREIRA

Conceito doutrinário de servidor público nos crimes contra a administração pública

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Segurança Pública da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Orientadora: Prof^a Dr^a Paula Almeida de Castro

CAMPINA GRANDE – PB
2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

P436c

Pereira, Ricardo Batista.

Conceito doutrinário de servidor público nos crimes contra a administração pública [manuscrito] / Ricardo Batista Pereira. – 2014.

42 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Segurança Pública) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

“Orientação: Prof. Dr. Paula Almeida de Castro, CEDUC”.

1. Direito penal. 2. Servidor público. 3. Administração pública. I. Título.

21. ed. CDD 345

RICARDO BATISTA PEREIRA

Conceito doutrinário de servidor público nos crimes contra a administração pública

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Segurança Pública da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Aprovada em 13/12/2013.

Paula Almeida de Castro

Prof^ª Dr^ª Paula Almeida de Castro/UEPB
Orientadora

Aline Lobato Costa

Prof. Dr^ª Aline Lobato Costa
Examinadora

Rosimeire Ventura Leite

Prof^ª Dr^ª Rosimeire Ventura Leite
Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado forças e iluminando meu caminho para que pudesse concluir mais uma etapa da minha vida.

À amiga, professora e orientadora Paula Almeida de Castro pela delicadeza de aceitar a condição de orientar-me na monografia, dedicando-se com toda sua experiência para concluir a atividade com a mais presteza possível.

Agradeço aos professores do curso que foram responsáveis pela minha formação.

A meus pais Severino Pereira de Sousa e Sebastiana Batista Furtado Pereira e irmãos Severino Pereira de Sousa Júnior, Tiago Batista Pereira e Gustavo Batista Pereira que sempre me apoiaram e incentivaram durante todo o trajeto de minha vida.

A todos aqueles que, de uma maneira direta ou indireta, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho objetivou determinar o conceito doutrinário de servidor público para caracterização dos crimes contra a administração pública. A busca pelo conceito de servidor público empregado pela doutrina apresenta-se de grande relevância no âmbito jurídico já que o conceito empregado pelo código penal não contempla, de forma satisfatória, todas as pessoas que estão sujeitas à prática de crimes contra a administração pública. Para tal realizou-se um estudo teórico-conceitual referenciado nos estudos desenvolvidos na área com a análise de artigos científicos, livros e legislações do campo penal, administrativo e constitucional além de julgados das em diferentes instâncias do Judiciário. Nesse sentido, obteve-se como resultados que o conceito doutrinário de servidor público, na caracterização dos crimes contra a administração pública, necessariamente deve passar pelo conceito empregado no direito administrativo. Nesta área do conhecimento, agente público é toda pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal e classifica-se em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. Servidor público, como espécie do gênero agente público, é a pessoa física que exerce uma função pública, com vínculo de trabalho profissional com as entidades governamentais, seja no regime estatutário ou celetista, em caráter não eventual e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. A relação jurídica de trabalho, com caráter remuneratório, é a principal característica do conceito de servidor público no direito administrativo. Comparado ao âmbito penal, o conceito administrativo de servidor público é muito restrito, já que aquele inclui não apenas os servidores públicos *stricto sensu*, mas toda pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de cargo, emprego ou função estatal, ou seja, o direito penal conceitua a espécie servidor público como o gênero agente público do direito administrativo. Observou-se também que os 17 tipos de crimes possíveis de serem praticados contra a administração pública representam apenas 0,26% do total dos crimes tipificados pelo Código Penal. Destes, o peculato responde sozinho por 91,52%. Seguido ao peculato vem o crime de corrupção passiva com cerca de 4% e concussão criminosa com 3%. Destacou-se que, além dos servidores públicos *stricto sensu*, o Código Penal conceitua como servidor público por equiparação os agentes públicos das sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações públicas e dos serviços sociais autônomos, além dos particulares que, por contrato ou convênio, se obrigaram a prestar serviços públicos essenciais. Portanto, concluiu-se, que, para o direito penal, o que importa não é a qualidade do sujeito, de natureza pública ou privada, remunerada ou não, mas sim a natureza da função por ele exercida.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor Público, Conceito doutrinário. Direito penal, Crimes, Administração Pública.

ABSTRACT

This study aimed to determine the doctrinal scope of the public servant term for the characterization crimes against public administration. A study developed for the real public servant's concept is relevant in the legal framework, as the concept used at penal code is not satisfactory for subjects that committed crimes against public administration. This study used the theoretical and conceptual approach referenced in the developed area with the analysis of scientific articles, books and laws from criminal, administrative and constitutional knowledge area as well as judgments made in different instances of the Judiciary. Accordingly to this, the results presented for the public servant concept in the characterization crimes against public administration, must necessarily consider the concept used in administrative law. For this knowledge area, public official is any individual responsible, either permanently or temporarily, the exercise of a state function and is ranked politicians, civil servants, military and private in collaboration with the Government. Public servant, as a type of the public official is the person who exercises a public function, with professional works relationship with government entities, whether in the statutory scheme or Hired Under Employment Laws, in character and not any remuneration paid by public funds. The legal relationship works with remunerative character is the main feature of the civil servants' concept in administrative law. Compared to the criminal context, the civil servants' concept of administrative is considered very restricted, since that includes not only civil servants in the strict sense, but every person responsible, either permanently or temporarily, the exercise of office, employment or state function, such as criminal law conceptualized as a kind of public servant as the genre of administrative law. It was also observed that the 17 possible types of crimes being committed against the public administration represent only 0,26% of all crimes under the Penal Code. This could be the embezzlement which alone accounts for 91,52%. Followed to the crime of embezzlement is bribery with about 4% and 3% with criminal extortion. It was pointed out that civil servants in the strict sense, the Penal Code is conceived as a public servant by comparing the agents of the public joint stock companies, public companies, public foundations and independent social services, in addition to individuals who by contract or agreement is forced to provide essential public services. Therefore, this study concludes that for the criminal law what matters is the quality of the subject, public or private, paid or unpaid, but the nature of the function performed.

Wordkeys: Public Servant, Doctrinal Concept, Criminal Law, Crimes, Public Administration.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO NAS PRINCIPAIS ÁREAS DO DIREITO	09
2.1	PREVISÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	10
2.2	PREVISÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	11
2.2.1	Classificação dos agentes públicos	14
2.2.1.1	Agentes políticos.....	14
2.2.1.2	Servidores públicos.....	16
2.2.1.3	Militares.....	16
2.2.1.4	Particulares em colaboração com o poder público.....	17
3	CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO	19
4	CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO NO CÓDIGO PENAL	22
4.1	IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AO CAMPO CRIMINAL.....	23
4.2	CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	25
4.3	CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO.....	28
5	PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	31
5.1	PECULATO.....	33
5.2	CORRUPÇÃO PASSIVA.....	35
5.3	CONCUSSÃO CRIMINOSA.....	37
6	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS	41

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto busca, em linhas gerais, em escrita simples, clara e objetiva, determinar o conceito dado pela doutrina de servidor público para caracterização dos crimes contra a administração pública. Trata-se de um estudo teórico-conceitual referenciado nos estudos desenvolvidos na área. Para tal, foram analisados artigos científicos, livros, legislação pertinente e julgados das mais importantes instâncias do Judiciário.

De acordo com Fagundes¹ (2011, p. 16 apud SENNA, 2009) o estudo teórico-conceitual caracteriza-se por ser um tipo de pesquisa em que as escolhas teóricas e conceituais encaminham a construção de um conceito que seja aplicável ao campo epistemológico em que se situa, considerando o contexto de mundo e as necessidades que este apresenta. Assim, de acordo com as considerações da autora, este estudo situa-se no campo epistemológico do Direito, especificamente do conceito de servidor público nos crimes contra a administração pública.

A busca pelo conceito de servidor público apresenta-se de grande relevância no âmbito jurídico já que o conceito empregado pelo código penal não contempla, de forma satisfatória, todas as pessoas que estão sujeitas à prática de crimes contra a administração pública. Neste sentido, visando a correta compreensão do conceito no âmbito penal, estruturou-se este trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo será estudado o conceito de agente público, gênero do qual o servidor público faz parte, empregado nos principais ramos do direito, notadamente no direito constitucional e direito administrativo. O direito constitucional, apesar de expor preceitos de observância obrigatória à toda administração e aos próprios agentes públicos, não se preocupou em dar um conceito ao servidor público. Enquanto que, o direito administrativo, como ramo do direito público que possui função específica de estudar a organização e o exercício das atividades do Estado voltadas para a satisfação do interesse público, definiu de forma satisfatória o conceito de agente e de servidor público – que serão estudados para a compreensão do tema proposto.

¹ FAGUNDES, Tatiana Bezerra. A pesquisa docente: sobre o conceito de professor pesquisador na formação inicial de agentes de letramento. 2011.157 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Educação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2011.

Dentro desta sistemática, o segundo capítulo será dedicado ao conceito de servidor público, como espécie de agente público, entre os principais doutrinadores administrativistas do país tais como Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros.

Para efeito de conclusão, analisou-se o conceito empregado pelo código penal comparado com o conceito do direito administrativo finalizando com a real amplitude do conceito de servidor público nos crimes cometidos contra a administração pública.

Uma vez conhecido o real conceito de servidor público utilizado pelo código penal faz-se necessária uma análise de forma sucinta acerca dos principais crimes praticados por servidores públicos, estejam ou não no exercício de uma função pública, contra a administração pública.

2 CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO NAS PRINCIPAIS ÁREAS DO DIREITO

É fato incontroverso na ciência jurídica que o direito é uno, sua divisão em disciplinas específicas possui apenas fins didáticos. Neste sentido a interdisciplinaridade deve ser buscada tanto no meio acadêmico, demonstrando aos estudantes do direito a relação destes diversos ramos, como também na prática forense onde se exigirá do profissional um conhecimento amplo e geral do direito enquanto ciência.

Esta situação de unicidade do direito, de sua interdisciplinaridade, mostra-se clara em diversos momentos do estudo do direito penal, seja nos crimes contra o patrimônio, como por exemplo, no crime de defraudação de penhor quando se exigirá conhecimentos de direito civil acerca do conceito de penhor e de garantia pignoratícia, nos crimes econômicos ligados ao direito empresarial e ao direito tributário e assim por diante.

Nesta linha de raciocínio, ao tratar de crimes contra a administração pública a ligação entre o direito penal e o direito administrativo aparece de forma inviolável. O código Penal brasileiro ao conceituar servidor público em seu artigo 327 – “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” – empregou termos do direito administrativo como cargo, emprego e função pública.

A interpretação do conceito de funcionário público estabelecido neste artigo exigirá do interprete uma série de conhecimentos prévios, sob pena de se incorrer em reducionismos ou antinomias jurídicas podendo gerar decisões judiciais em desconformidade com o ordenamento jurídico. No que se refere aos conceitos de cargo, emprego e função pública advindos do direito administrativo, estes serão detalhados no tópico seguinte.

Além do direito administrativo e penal, dentre os principais ramos do direito público, o direito constitucional deve ser citado tendo em vista a relevância do seu conteúdo na hierarquia das leis.

2.1 Previsão no direito constitucional

A Constituição Federal de 1988, apesar de dedicar um capítulo específico à Administração Pública (Capítulo VII – dos artigos 37 ao 43) não se preocupou em dar um conceito concreto ao termo servidor público.

Ela apenas expõe preceitos de observância obrigatória a toda administração e aos próprios agentes públicos, como a obrigatoriedade de concurso público para investidura de cargo efetivo (art. 37, inciso II), os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput), fixação do teto salarial (art.37, inciso XI), normas acerca da aposentadoria do servidor (art. 40), dentre outras.

Importante observar que em nenhum momento a Constituição Federal de 1988 utilizou o vocábulo funcionário público, como o empregado pelo código penal, mas sempre utiliza o termo servidor público. É o que se infere dos dispositivos contidos na Seção II do capítulo concernente à Administração Pública (arts. 39 a 41).

Porém a Constituição anterior utilizou a expressão funcionário público para designar o atual servidor estatutário, nos termos da Seção VII da Constituição Federal de 1967. Em vários dispositivos, esta empregou o termo funcionário público (como no art. 13, inciso V) e nos demais apenas utilizou a expressão funcionário para designar genericamente o termo agente público.

Mesmo utilizando o termo funcionário público, a Constituição de 1967, como as anteriores, não se preocupou em atribuir um conceito específico ao termo funcionário público ou mesmo ao servidor público.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que alterou profundamente a Constituição de 1967, também não fez qualquer modificação acerca do conceito de funcionário público.

Pelo exposto, observou-se que há uma omissão constitucional em delimitar de forma clara e objetiva o conceito de servidor público. Desse modo coube aos administrativistas brasileiros a tradicional missão de conceituar o servidor público, como será visto abaixo.

2.2 Previsão no direito administrativo

A clássica doutrina administrativa brasileira, encabeçada pelo professor Hely Lopes Meirelles, define os servidores públicos como espécie do gênero agentes públicos. Para este doutrinador, agentes públicos “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal²”.

Por este conceito, o agente público necessariamente será uma pessoa física, ou seja, pessoas jurídicas não possuem a característica de agente público, portanto, não cometem crime contra a administração pública. A transitoriedade do exercício de alguma função do Estado também é uma característica marcante do conceito utilizado pelo professor Meirelles. Este conceito tradicional foi, por muito tempo, aceito como exclusivo pelos estudiosos do direito administrativo.

Dentre os administrativistas considerados mais modernos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, conceitua agente público como toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta. Como visto, o conceito empregado pela professora Di Pietro é bastante parecido com o tradicional, sendo omissivo no aspecto da transitoriedade.

José Carvalho dos Santos⁴ conceitua agente público como sendo:

Agente público significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita.

Tal doutrinador adicionou um conteúdo mais extensivo ao conceito de agente público, ou seja, a possibilidade da remuneração ou não do exercício da função. Para ele, além das características dos demais doutrinadores, será agente público a pessoa física que exercer uma função pública, mesmo que sem qualquer remuneração, como no caso dos jurados, mesários ou estagiários de direito.

Na mesma esteira de pensamento Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ arremata:

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 431.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21. Edª rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 559.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p.243.

Esta expressão – agente público – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

O conceito de Bandeira de Mello muito se assemelha ao conceito utilizado pelo professor Meirelles ao estabelecer que o servidor público seriam os sujeitos que servem ao poder público de forma transitória ou não, observando que não há outros indicativos a acrescentar ao seu conteúdo.

Em 1992, a lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429, de 02/06/1992) preocupou-se em dar um conceito ao agente público. Esta lei estabeleceu o que pode ser considerado um conceito satisfatório que demonstra claramente a abrangência do sentido. Em seu art. 2º conceitua:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Pelo texto legal depreende-se que agente público seria todo aquele que, independente da forma de investidura, exerça mandato, cargo, emprego ou função nos entes da administração pública.

Como visto anteriormente, os demais autores, ao conceituar agente público, utilizaram, de diferentes formas, apenas a expressão exercício de uma função pública. A lei nº 8.429/92 ampliou a definição de mera função e incluiu os termos mandato, cargo, emprego ou função.

Para que melhor se compreenda estes termos, é interessante distinguir a palavra Cargo da palavra Função, pois muitos servidores públicos trocam as denominações. Portanto, define-se, de acordo com Meirelles⁶:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.

para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de *pro labore*.

Os cargos são apenas os lugares criados no órgão para serem providos por agentes que exercerão as suas funções na forma legal. O cargo é lotado no órgão e o agente é investido no cargo. Por aí se vê que o cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão. Órgão, função e cargo são criações abstratas da lei; agente é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais.

As funções são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes. O órgão normalmente recebe a função *in genere* e a repassa aos seus cargos *in specie*, ou a transfere diretamente a agentes sem cargo, com a necessária parcela de poder público para o seu exercício.

Toda função é atribuída e delimitada por norma legal. Essa atribuição e delimitação funcional configuram a competência do órgão, do cargo e do agente, ou seja, a natureza da função e o limite de poder para o seu desempenho. Dai por que, quando o agente ultrapassa esse limite, atua com abuso ou excesso de poder.

Enquanto que por mandato entende-se o exercício de função pública apenas pelos agentes políticos. Estes seriam todos os detentores de cargos eletivos discriminados na Constituição Federal, ou seja, os vereadores, deputados, senadores, prefeitos, dentre outros.

Apesar da supracitada norma determinar que o conceito sirva apenas para os efeitos dela própria, muitos doutrinadores têm se utilizado dele como conceito de agente público.

Pode-se concluir que a expressão agente público é a mais ampla possível incluindo indistintamente todos os sujeitos que servem ao Poder Público, ainda quando o façam apenas ocasional ou esporadicamente, remunerado ou graciosamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exerce, é um agente público.

Os administrativistas tradicionais, como Hely Lopes Meirelles⁷, classificam os agentes públicos da seguinte maneira:

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75.

Os agentes públicos, gênero que acima conceituamos, se repartem inicialmente em quatro espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: **agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados** que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo. (Grifo nosso).

Já os doutrinadores mais modernos, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸ partindo da antiga classificação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e adaptando-a a Constituição de 1988, classificam os agentes públicos em quatro categorias, quais sejam: **agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público**.

Para fins de maior clareza quanto à classificação adotada pelos doutrinadores será adotada a classificação da Profa. Di Pietro detalhada no tópico seguinte.

2.2.1 Classificação dos agentes públicos

Há alguma divergência entre os doutrinadores acerca da classificação das espécies de agentes públicos, como se pode observar dos textos de Hely Lopes e Di Pietro acima. Porém para o presente estudo será adotada a classificação de Sylvia Zanella Di Pietro por se mostrar melhor estruturada academicamente.

2.2.1.1 Agentes políticos

A partir da análise bibliográfica, percebe-se que não há coerência de pensamento entre os doutrinadores administrativistas na definição dos agentes políticos.

Para Meirelles⁹, por exemplo, “agentes políticos” são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Também são agentes políticos todos os que ocupam cargos vitalícios e certos cargos em comissão, como os Ministros de Estado. Assim,

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14^a ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 431.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75.

a forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários que são de livre escolha do Chefe do Executivo.

Di Pietro¹⁰ observa que Meirelles inclui nessa categoria tanto

“Os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuam com independência funcional do desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”.

Observa-se que Di Pietro inclui dentro dos agentes políticos os membros do Poder Judiciário, a exemplo dos magistrados, membros do Ministério Público e Tribunais de Contas, como promotores e Conselheiros, e ainda os representantes diplomáticos. Para ela, agentes políticos seriam não apenas os membros do Poder Legislativo, mas todas as autoridades que possuem independência no exercício de suas atribuições constitucionais.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹ define os agentes políticos, como “os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”.

Explicitando tal assertiva, Di Pietro¹² afirma que, para Mello: “são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores”. Assim Meirelles inclui entre os agentes políticos membros do Poder Executivo e Legislativo. Exclui, portanto, os membros do Poder Judiciário.

Como visto, os doutrinadores não chegaram ainda a uma definição com relação à espécie que costumeiramente se chama de agentes políticos, existindo inúmeras interpretações conflitantes. Contudo, para efeito do presente trabalho, adota-se a classificação e conseqüentemente o conceito do doutrinador Meirelles.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 432.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p.246.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 432.

2.2.1.2 Servidores públicos

Em virtude da importância da categoria de agente “servidor público” para o presente trabalho, será dedicado item especial ao seu conceito.

2.2.1.3 Militares

Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Com relação aos militares Di Pietro¹³ adverte:

Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eles eram tratados como “servidores militares”. A partir dessa Emenda, excluiu-se, em relação a eles, a denominação de servidores, o que significa ter de incluir, na classificação apresentada, mais uma categoria de agente público, ou seja, a dos militares. (...) Entram na categoria de militares os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42) e os membros das Forças Armadas, ou seja, Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142).

A categoria dos militares, como espécie de agente público, apresenta-se de forma específica e bem definida perante toda a doutrina. Não se confundem com os demais agentes públicos civis, uma vez que possuem competência funcional próprias. Os militares possuem código penal próprio e justiça especializada (Justiça Militar). Além disso, ao militar é proibida a greve e a sindicalização por disposição expressa da Constituição Federal de 1988 (art. 142, inciso IV).

Como citado por Di Pietro, de acordo com o novo sistema introduzido pela EC nº 18/98, há o grupo dos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42 e parágrafos da Constituição Federal) e os militares das Forças Armadas, integrantes da União Federal, isto é, Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, § 3º).

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 436.

2.2.1.4 Particulares em colaboração com o poder público

Nesta categoria entram os particulares que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. No dizer de Mello¹⁴:

Essa categoria de agentes é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para o serviço militar) -, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico.

É aquele que não perde a qualidade de particular, mas num dado momento exerce função pública, por exemplo, o jurado no Tribunal do Júri. Esses particulares poderão agir em colaboração com o Poder Público sob três títulos principais: sob delegação do Poder Público, mediante requisição, nomeação ou designação e ainda como gestores de negócios públicos.

A delegação do Poder Público, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, ocorre sob os que exercem os serviços notariais e de registro, os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos. Estes exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço público.

A segunda modalidade ocorre mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes. É o que acontece com os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho, etc. São intitulados como agentes honoríficos por Meirelles. Estes agentes exercem um *munus* público, não possuem vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração.

Por fim, os particulares podem atuar em colaboração com o poder público como gestores de negócio público que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente, etc.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 250

Assim, os agentes públicos seriam todos aqueles que exercem de forma direta ou indireta, remunerada ou não, uma função pública. Tais agentes se classificam em agentes políticos (membros do Poder Legislativo), servidores públicos *stricto sensu* (grande maioria dos agentes públicos), militares e ainda os particulares que atuam em colaboração com o poder público (concessionários e permissionários).

Será visto em seguida, que o Código Penal, ao utilizar o conceito de funcionário público – substituído pela atual Constituição por servidor público – delimitou o campo de atuação da norma penal apenas à esta categoria específica de agente político. Porém, a doutrina vem demonstrando que o conceito utilizado pelo julgador ultrapassa o mero conceito de servidor público para abranger, na verdade, o conceito de agente público.

3. CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO

Como acentuado no capítulo 1, os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero agente público. Esta é, sem a menor dúvida, a categoria que contem a maior quantidade de agentes. Formam a grande massa dos agentes do Estado, desenvolvendo, em consequência as mais variadas funções.

Para Hely Lopes Meirelles¹⁵, Servidores públicos, em sentido amplo são:

“Todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública, direta e indireta, do Estado, sob regime jurídico (a) estatutário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), de natureza profissional e empregatícia. (Grifo nosso).

Já Di Pietro¹⁶ assim o define:

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, **com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.** Compreendem: 1. Os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; 2. Os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público; 3. Os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da Constituição). (Grifo nosso).

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ assevera:

Servidor Público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm **vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais**, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. **Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência** (Grifo nosso).

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 388.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 433.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 248.

Para José dos Santos Carvalho Filho¹⁸:

Servidores públicos são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública **em decorrência da relação de trabalho**, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica. (Grifo nosso).

Como citado por todos os autores, servidor público será a pessoa física que exerce uma função pública em decorrência de relação de trabalho, seja em regime estatutário, celetista ou especial, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Os servidores públicos, ao contrário de alguns agentes públicos - como os mesários que executam as atribuições sem qualquer remuneração – se diferenciam das demais categorias pela necessária contraprestação. Esta é, sem dúvida, a principal característica da categoria de agente público servidor público.

Além desta principal característica, podemos extrair outras essenciais ao conceito administrativo de servidor público, qual seja, a **profissionalidade, a definitividade e a existência de relação jurídica de trabalho**.

Neste sentido, já anotava José dos Santos Carvalho Filho¹⁹:

A primeira delas é a profissionalidade significando que os servidores públicos exercem profissão quando no desempenho de suas funções públicas. Formam, por conseguinte, uma categoria própria de trabalhadores – a de servidores públicos.

A profissionalidade indica o exercício do cargo público de forma reiterada e remunerada com o objetivo de formalizar um ofício, uma profissão.

A segunda característica dominante é a definitividade no desempenho da função. No dizer do já citado doutrinador:

Isto não quer dizer que não haja funções de caráter temporário, mas todas estas vão representar sempre situações excepcionais, que, por serem assim, refogem à regra geral da definitividade. A regra geral é de que o servidor desenvolverá seus misteres com cunho de permanência.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21. Ed^a rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 564.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21. Ed^a rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 564.

Em geral, o servidor público exerce uma função de trabalho em caráter definitivo, no sentido de desempenho permanente da função finalizando, em geral, com a aposentadoria pública.

Por fim, a terceira característica é a existência de uma relação jurídica de trabalho entre o servidor público e o ente beneficiário dos serviços. Esta relação jurídica poderá ser estabelecida através de regime estatutário, no caso do servidor público *stricto sensu*, ou celetista, no caso do empregado público.

Para a maioria dos administrativistas, o servidor público necessariamente deverá ter uma relação jurídica de trabalho, ou seja, um vínculo profissional com a entidade governamental mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

É o que afirma José dos Santos Carvalho Filho:²⁰

Temos também a existência de uma relação jurídica de trabalho, e nela pode verificar-se a todo o tempo a presença de dois sujeitos: de um lado, a pessoa beneficiária do exercício das funções, que em sentido amplo pode qualificar-se como empregador (pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas) e, de outro, o servidor público, vale dizer, aquele a quem incumbe o efetivo exercício das funções e que empresta sua força de trabalho para ser compensado com uma retribuição pecuniária.

Assim, pode-se conceituar o servidor público como a pessoa física que exerce uma função pública, com vínculo de trabalho profissional com as entidades governamentais (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresa pública), seja no regime estatutário ou celetista, em caráter não eventual e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Portanto, a relação jurídica de trabalho, com caráter remuneratório, é sem dúvida a principal característica do servidor público que a distingue das demais categorias classificadas de agentes públicos.

É importante lembrar que, segundo a doutrina administrativista, o termo “funcionário público” empregado pelas Constituições anteriores e pelo Código Penal foi substituído pelo termo “servidor público” pela Constituição Federal de 1988.

²⁰ idem.

4 CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO NO CÓDIGO PENAL

O código penal emprega a expressão funcionário público ao tratar dos crimes praticados contra a administração pública, no Capítulo I do Título XI, arts. 312 a 327.

Como já citado nos capítulos anteriores, a expressão funcionário público foi banida pela Constituição de 1988 que utilizou a denominação servidor público como seu substituto. É o que assegura Di Pietro²¹:

A Constituição de 1988, que substituiu a expressão **funcionário público por servidor público** previu, na redação original, regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas (art. 39).

Jose dos Santos Carvalho Filho²², ao tratar do conceito de servidor público, explica:

Por outros, são denominados de **funcionários públicos**, expressão também inadequada, já que, além de banida da Constituição, tem sentido mais restrito do que a de **servidores públicos**, e isso porque, na verdade, eram assim considerados apenas os servidores estatutários que integravam a estrutura dos entes federativos (Administração Direta), o que indica se tratava de uma categoria de servidores públicos.

Como visto, na vigência das Constituições anteriores, utilizava-se a expressão funcionário público para designar o atual servidor público, espécie de agente público. O Código Penal, instituído em 1940, utilizou-se também desta nomenclatura. Desta feita, entende-se que a expressão funcionário público na verdade quer dizer servidor público.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 440.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21. Edª rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 562.

4.1 Impossibilidade de aplicação do conceito de servidor público da lei de improbidade administrativa ao campo criminal

O artigo 327 do Código Penal assim conceitua funcionário público:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Nos termos do citado artigo será considerado servidor público – em sinônimo de funcionário público – para efeitos penais, todo aquele que, de forma permanente ou episódica, remunerada ou não, exerça um cargo, emprego ou função pública.

Analisando o conceito legal, percebe-se que o Código Penal, antes mesmo de conceituar o servidor público, empregou a expressão “para efeitos penais”, demonstrando que tal conceito possui aplicação apenas no tocante a capitulação criminal do Código Penal ou de legislação penal especial quando se tratar de servidor público.

Neste sentido, assevera Fernando Capez²³: “O conceito ora exarado é aplicável a todos os crimes previstos no Código Penal envolvendo funcionário público, e não somente aos delitos que integram o Título XI do mesmo diploma legal”.

Da mesma maneira, o prof. Damásio de Jesus²⁴ confirma que o conceito de servidor público empregado pelo Código Penal aplica-se tão somente a responsabilização criminal e não a cível ou administrativista. Veja-se:

Nosso estatuto penal, seguindo a tradição de outros códigos, colocou o conceito de funcionário público no capítulo relativo aos delitos cometidos por funcionário público contra a administração em geral. **De modo que a disposição, para efeito da consideração do sujeito ativo do crime como funcionário público, tem aplicação a toda a legislação.** (Grifo nosso).

Neste sentido, fontes do Observatório do Brasil²⁵ destacam que: “A prática de atos de improbidade administrativa sujeita o agente a sanções de natureza extra-

²³ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, vol. 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 5ª ed. rev. E atual. São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 385.

²⁴ JESUS, Damásio E. Direito Penal – Parte Geral, vol. 1, 25.ª ed., Saraiva, 2002, pág. 117.

²⁵ OBSERVATÓRIO DO BRASIL. Improbidade Administrativa. Disponível em: <<http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/informativo/17.pdf>>. Acesso em: 17/10/2013.

penal, civil ou político-administrativa. O ato de improbidade não possui natureza penal”.

Aliás, é a posição de Alexandre de Moraes²⁶, que ao comentar referida regra, observa com acerto:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “sem prejuízo da ação penal cabível”. Portanto, o agente público, por exemplo, que, utilizando-se de seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público responderá, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429/92, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação especial.

De igual forma, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 12, ressalva a aplicação de sanções penais para os agentes que vierem a praticar atos de improbidade administrativa demonstrando que as sanções nela expressas não possuem caráter penal. Veja-se:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009). (Grifo nosso).

Além disso, o art. 2º da citada lei de improbidade administrativa expressamente determina que o conceito de agente público nela empregado aplica-se tão somente aos efeitos dela própria. É o que se depreende do texto legal:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, **contratação** ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (Grifo nosso).

²⁶ MORAES. Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2.648.

Portanto, o conceito empregado pela lei de improbidade administrativa (art. 2º da lei nº 8.429, de 02/06/1992), já citado no capítulo primeiro, apesar de abranger todos os agentes públicos – tornando-se tecnicamente satisfatório – não pode ser utilizado para efeito penal, já que tal diploma legal aplica sanção de natureza civil e não penal. Além disso, há disposição expressa no seu art. 2º que obriga a aplicação da lei apenas para os efeitos dela próprios.

4.2 Conceito de servidor público nos crimes contra a administração pública

Observando-se a dicção legal do art. 327 do Código Penal, depreende-se que servidor público, para efeitos penais, é todo aquele que, de forma permanente ou episódica, remunerada ou não, exerça um cargo, emprego ou função pública.

E, como acentuado no capítulo segundo, servidor público, para os administrativistas, é a pessoa física que exerce uma função pública, com vínculo de trabalho profissional com as entidades governamentais, seja no regime estatutário ou celetista, em caráter não eventual e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Esta relação jurídica de trabalho remunerado é sem dúvida a principal característica do servidor público que a distingue das demais categorias classificadas de agentes públicos.

Desta forma, o conceito administrativo de servidor público é muito restrito, comparado ao conceito de servidor público para efeito penal. Para a finalidade do direito penal, de acordo com a lei, entende-se por funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. A permanência ou a remuneração pelo Estado não se faz necessária ao conceito.

Incluem-se, por consequência, não só os funcionários que desempenham cargos criados por lei, regularmente investidos, nomeados e pagos pelos cofres públicos, como também os que exercem função pública ou são investidos em empregos (contratados, mensalistas, diaristas ou nomeados a título precário).

Portanto, incluem-se no conceito penal não apenas os servidores públicos, mas toda pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de cargo, emprego ou função estatal, isto é, todos os agentes públicos.

Como assentado no capítulo primeiro, agentes públicos são todos os sujeitos que servem ao Poder Público, ainda quando o façam apenas ocasional ou

esporadicamente, remunerado ou graciosamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exerce, é um agente público.

Importante lembrar que cargo público é aquele criado por lei, com denominação própria, regime de direito estatutário, em número certo e pago pelos cofres públicos.

A expressão empregado público refere-se ao servidor contratado em regime especial ou da CLT, normalmente para serviço temporário. Algumas autarquias ainda utilizam o regime celetista tal como os Correios e a Petrobrás.

Por fim a expressão função pública abrange qualquer conjunto de atribuições públicas, ainda que exercida por pessoas estranhas à administração, apesar de algumas estarem sujeitas obrigatoriamente a um cargo público.

Analisando-se, pois, o conceito legal e o doutrinário, não é difícil perceber que o conceito de servidor público utilizado pela lei penal na verdade tem o mesmo conteúdo do gênero agente público do direito administrativo.

Neste sentido a doutrina é quase unânime em afirmar que o conceito empregado pelo código, na verdade diz respeito a agente público. Tratando sobre o tema, o professor Capez²⁷ advertiu:

Alcança, assim, (o art. 327), todas as espécies de agentes públicos, pois o que importa para o CP é o exercício, pela pessoa, de uma função de natureza e interesse público. Não importa se o servidor é ocupante de cargo ou se foi apenas investido no exercício de uma função. Do mesmo modo, é irrelevante se seu vínculo com a Administração é remunerado ou não, definitivo ou transitório. **São denominados funcionários públicos todos que os desempenham, de algum modo, função na administração direta ou indireta do Estado.** (Grifo nosso).

Na mesma linha de pensamento Damásio de Jesus²⁸ pontua:

O CP mantém a expressão “funcionário público” para designar o que os administrativistas nominam, na atualidade, de agente público, incluindo os que se encontram vinculados a cargos, empregos ou funções públicas, sendo designados por servidores públicos e agentes administrativos.

²⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, vol. 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 5ª ed. rev. E atual. São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 384.

²⁸ JESUS, Damásio E. Direito Penal – Parte Geral, vol. 1, 25.ª ed., Saraiva, 2002, pág. 117.

É indiferente, pois, a designação, podendo ser empregadas as expressões funcionários públicos, agentes públicos, agentes administrativos, servidores públicos ou servidores temporários. (Grifo nosso).

Para arrematar Julio Mirabete²⁹ assegura:

No intuito de evitar divergências e controvérsias referentes ao conceito de funcionário público, além de resguardar mais efetivamente a Administração Pública, a lei dispõe: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (art. 327). **Com esse dispositivo, adotou-se a expressão no sentido mais amplo possível, correspondente ao conceito doutrinário de agente público.** (Grifo nosso).

O Código Penal empregou, erroneamente, a expressão funcionário público – sinônimo de servidor público – para responsabilizar o potencial criminoso. Deveria ter utilizado o termo agente público para dar um conteúdo mais amplo, o verdadeiro conteúdo objetivado pela lei penal.

Verifica-se que o funcionário público, diante do direito penal, caracteriza-se pelo exercício da função pública. Portanto, o que importa não é a qualidade do sujeito, de natureza pública ou privada, remunerada ou não, mas sim a natureza da função por ele exercida.

Nesse conceito amplo, para efeitos penais, são servidores públicos o Presidente da República, o governador, o prefeito municipal – eleito ou nomeado – e os respectivos auxiliares (Ministros e secretários das diversas pastas), os membros das casas legislativas, inclusive o vereador, os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros, os membros das Forças Armadas, ou seja, Marinha, Exército e Aeronáutica, o serventuário de justiça (oficial, escrivão, escrevente) de cartório não oficializado, ainda que não remunerado, *Justitia*, o perito judicial, depositário nomeado pelo juiz, o advogado encarregado da cobrança da dívida ativa municipal, o contador da Prefeitura Municipal, o guarda municipal, o inspetor de quartelão, o guarda noturno no exercício de função de policiamento, o estudante de direito atuando como estagiário junto à Defensoria Pública, Ministério Público ou Tribunal de Contas, mesmo sem designação regular, o zelador de fato de um próprio municipal, os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de

²⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 18ª ed. São Paulo:Atlas, 2003, pág. 297.

serviços públicos, os que exercem os serviços notariais e de registro, os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos, os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral obrigatório, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho, entre outros.

Segundo Mirabete³⁰ não são funcionários públicos para efeitos penais os que exercem apenas um *múnus público*, em que prevalece um interesse privado, como ocorre no caso de tutores ou curadores dativos, inventariantes judiciais, síndicos falimentares. Nessa mesma linha Fernando Capez³¹.

4.3 Conceito de servidor público por equiparação

De acordo com o § 1º do art. 327, com nova redação dada pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, § 1º “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Da análise do dispositivo legal, observa-se que foram previstas duas espécies de servidores públicos equiparados: a) Os que exercem cargo, emprego ou função pública em entidade paraestatal; b) Os que trabalham para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública.

No primeiro caso, para efeitos penais, entende-se como entidade paraestatal, aquelas que se postam paralelamente ao Estado, com a finalidade de prestar serviços de relevância pública.

Segundo a corrente ampliativa, adotada pela maioria da doutrina³² e pelo STF³³, as entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de

³⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 18ª ed. São Paulo:Atlas, 2003, pág. 298.

³¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, vol. 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 5ª ed. rev. E atual. São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 387.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 319.

³³ RECr. 96.358-8-RJ, DJU de 28-8-1982, p. 7.874; RTJ 101/869 e 413; RT 566/406.

atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado.

Dividem-se elas em empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e os serviços sociais autônomos, como por exemplo, o SESI, SENAI e SESC. As duas primeiras juntamente com as autarquias compõem a Administração Indireta e os dois últimos, fora dessa administração, constituem os entes de cooperação.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴:

A equiparação determinada pelo Código Penal, destinada a alcançar, como se fossem funcionários públicos, aqueles que trabalham em entidade paraestatal tem o sentido de alcançar as pessoas que exercem função pública, mesmo que o façam em entidades paralelas ao Estado.

Portanto, para a maioria da doutrina e para a Jurisprudência pacífica do STF, será considerado servidor público por equiparação, os servidores das empresas públicas (EMBRAPA, ECT, Caixa Econômica Federal), sociedades de economia mista (Petrobrás, Banco do Brasil), serviços sociais autônomos (SESC, SESI, SENAI) e das fundações instituídas pelo Poder Público (IPEA, IBGE, FIO CRUZ, etc).

O segundo caso, introduzida pela referida lei nº 9.983/2000, refere-se aos particulares que trabalham em empresa prestadora de serviço contratada para a execução de atividade típica da Administração Pública. A lei foi omissa quanto à definição do que seja “atividade típica” da Administração Pública devendo-se considerar como toda atividade material que a lei atribua ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público³⁵.

Cuida-se aqui de empresas privadas que executam serviços de natureza pública por delegação estatal, a qual poderá ser feita mediante concessão, permissão ou autorização. Nessa categoria estão as empresas de coleta de lixo, de energia elétrica e iluminação pública, de serviços médicos e hospitalares, de

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 308.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 18ª ed. São Paulo:Atlas, 2003, pág. 298.

telefonía, de transporte, de segurança, etc, desde que contratadas ou conveniadas com o Estado (União, Estado e Municípios).

Assim, por exemplo, o engenheiro contratado por empresa privada, concessionária de serviço público, que desvia o dinheiro destinado à consecução de obras públicas pratica o crime de peculato e não delito contra o patrimônio (furto ou apropriação indébita), pois, para efeitos penais, é considerado funcionário público por equiparação.

A lei também se refere àqueles que trabalham em empresa prestadora de serviço conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. Difere contrato do Convênio porque, naquele, é Administração Pública, mediante concessão, quem contrata o particular para o exercício de atividade pública. Já no convênio verifica-se um acordo de duas ou mais entidades para a realização de um serviço de competência de uma delas que deve ser, nesse particular, uma entidade pública³⁶.

Por conta desse maior alcance da equiparação, passaram a ser puníveis por crimes como corrupção passiva e concussão médicos (particulares) conveniados com o SUS, que já recebem do Estado pelos serviços prestados e, ao mesmo tempo, cobram dos pacientes. Este é o entendimento do STJ³⁷ abaixo colacionado:

O médico particular, participante do Sistema Único de Saúde (SUS), exerce atividade típica da Administração Pública, mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do §1º do art. 199 da Constituição da República, inserindo-se, pois, no conceito de funcionário público para fins penais.

Da mesma forma, podem ser punidos por crimes funcionais os advogados dativos, nomeados para defender pessoas carentes, que já recebem do Estado pelos serviços prestados, mas que cobram das pessoas cujos direitos defendem judicialmente³⁸.

Em resumo, são considerados servidores públicos por equiparação os agentes públicos das sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações

³⁶ JESUS, Damásio E. Direito Penal – Parte Geral, vol. 1, 25.ª ed., Saraiva, 2002, pág. 1179

³⁷ STJ – HC nº 28.373-RS – Rel. Min. Paulo Medina – decisão de 11.03.05 – DJU 07.04.05, págs. 416/417.

³⁸ STJ – 5ª Turma – RHC 17.321-SP – Rel. Min. Felix Fischer – julgado em 28.06.2005 – DJU 22.08.2005, p. 304).

públicas e dos serviços sociais autônomos, além dos particulares que, por contrato ou convênio se obrigaram a prestar serviços públicos essenciais.

5 Principais crimes contra a administração pública

Uma vez conhecido o real conceito de servidor público utilizado pelo código penal faz-se necessário uma análise de forma sucinta acerca dos principais crimes cometidos contra a administração pública.

Para efeito do presente trabalho será estudado, de forma breve, apenas os crimes previstos no Capítulo I, isto é, os crimes praticados por funcionários Públicos contra a Administração Pública uma vez que diretamente relacionados ao tema.

Assim, o Código Penal Brasileiro dedica, exclusivamente, o Título XI, com a rubrica “Dos Crimes contra a Administração Pública”, com o fito de proteger a Administração Pública das condutas lesivas de seus servidores, bem assim, de particulares que se relacionam com a Administração, possuindo como objetividade jurídica, “o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro” da Administração Pública, conforme leciona o Professor Júlio Fabbrini Mirabete³⁹.

Importante observar que os crimes praticados contra a administração pública representam apenas 0,26% do total dos crimes tipificados pelo Código Penal no Brasil. Esta é a conclusão do último levantamento no número de presos realizado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), em dezembro do ano de 2011⁴⁰.

No Título XI estão contidos quatro capítulos: I – Dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em Geral (art. 312 a 327); II – Dos crimes praticados por particular contra a Administração em Geral (art. 328 a 337-D); III – Dos crimes contra a Administração da Justiça (art. 338 a 359); e IV – Dos Crimes contra as finanças públicas.

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 18ª ed. São Paulo:Atlas, 2003, pág. 295.

⁴⁰ Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/depen/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={916E202D-BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}> Acesso em: 21/10/2013.

Os tipos penais referidos no Capítulo I, delitos próprios, são também chamados de crimes funcionais, já que só podem ser praticados de forma direta por pelas pessoas físicas que se entregam à realização das atividades do Estado.

A doutrina distingue os crimes funcionais próprios dos impróprios. Os primeiros têm como elemento essencial a função pública, indispensável para que o fato constitua infração penal. Se comprovado que o sujeito ativo não era servidor público, de acordo com o conceito penal, o fato torna-se atípico e, portanto, indiferente ao direito penal.

Os crimes funcionais impróprios são os que se destacam apenas por ser o sujeito ativo servidor público. Se o agente não estivesse revestido dessa qualidade o crime seria outro, ou seja, excluindo-se a qualidade de servidor público, haverá desclassificação para crime de outra natureza. O exemplo típico dado pela doutrina é o do peculato que, se praticado por um particular, desclassifica-se para furto ou apropriação indébita.

Por outro lado, é possível que o agente que não seja servidor público responda por crime funcional como co-autor ou partícipe, pois o artigo 30 do Código Penal diz que as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime, comunicam-se a todas as pessoas que dele participem. Exige-se, porém, que o terceiro saiba da qualidade de funcionário público do outro. Ex.: funcionário público e não-funcionário público furtam bens do Estado. Ambos responderão por peculato, desde que o terceiro tenha conhecimento prévio da condição de servidor público do outro infrator.

São os seguintes os delitos previstos neste Capítulo:

- 1) Art. 312 – Do Peculato;
- 2) Art. 313 – Do Peculato mediante erro de outrem;
- 3) Art. 313 -A – Inserção de dados falsos em sistema de informações;
- 4) Art. 313-B – Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações;
- 5) Art. 314 – Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento;
- 6) Art. 315 – Emprego irregular de verbas ou rendas públicas;
- 7) Art. 316 – Concussão;
- 8) Art. 317 – Corrupção passiva;
- 9) Art. 318 – Facilitação de contrabando ou descaminho;
- 10) Art. 319 – Prevaricação;

- 11) Art. 320 – Condescendência criminosa;
- 12) Art. 321 – Advocacia administrativa;
- 13) Art. 322 – Violência arbitrária;
- 14) Art. 323 – Abandono de função;
- 15) Art. 324 – Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado;
- 16) Art. 325 – Violação de sigilo funcional;
- 17) Art. 326 – Violação do sigilo de proposta de concorrência.

Ainda segundo o relatório do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) acima citado, dos 17 tipos de crimes possíveis de serem praticados contra a administração pública, o crime de peculato responde sozinho por 91,52% do total. Seguido a este ocorre o crime de corrupção passiva com cerca de 4% e concussão criminosa com 3%. Portanto, o peculato é, sem dúvidas, o principal crime praticado por servidor público no exercício de suas funções.

Desta feita, será analisado, de forma breve, o crime de peculato tipificado no Código Penal no art. 312 e 313. Tal crime, como se verá, não atenta somente contra o patrimônio público, mas também contra a moralidade da Administração Pública.

5.1 Peculato

Cezar Roberto Bitencourt⁴¹ explica que o crime de peculato tem suas raízes remotas no direito romano e caracterizava-se pela subtração de coisas pertencentes ao Estado. Essa infração penal recebia o nome de *peculatus*, oriundo de período anterior à introdução da moeda, quando os animais (bois e carneiros) destinados ao sacrifício em homenagem às divindades, consistiam na riqueza pública por excelência.

A doutrina moderna classifica o crime de peculato em seis diferentes formas: peculato apropriação, peculato desvio, peculato furto, peculato culposo, peculato estelionato e o peculato eletrônico. Como não é objetivo deste trabalho fazer uma profunda análise de todos os crimes contra a administração pública, será analisada apenas a forma simples de peculato.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte especial. 4. ed. Saraiva, 2010, v. 5. p. 37.

O artigo 312 do Código Penal define peculato como: “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”.

Apropriar-se significa fazer sua a coisa de outra pessoa, invertendo o ânimo sobre o objeto. O servidor tem a posse do bem, mas passa a atuar como se fosse seu dono. Exige o tipo penal que essa posse tenha advindo em razão do cargo, isto é, que o servidor tenha recebido o bem em razão da função pública que exerce. A expressão “posse”, nesse crime, abrange também a detenção e a posse indireta.

A posse deve, ainda, ter sido obtida de forma lícita. Dessa forma se a entrega do bem decorreu de fraude, o crime é de estelionato; Se decorreu de violência ou grave ameaça, há roubo ou extorsão.

O objeto material do crime deve ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. Recentemente um empregado de empresa contratada pelo MEC para realizar as provas do ENEM foi indiciado por peculato, por serem as provas bens móveis. Não existe peculato de bem imóvel.

A lei procurou tutelar a administração pública no que tange ao patrimônio público, o interesse patrimonial do Estado, ainda que de bens particulares quando o Estado detém bens particulares como nas apreensões policiais. Não apenas isso, mas, a lei tutelou principalmente o interesse do Estado de zelar pela probidade e moralidade da administração.

Neste tocante à preservação da moralidade administrativa, o professor Mirabete⁴² ensina:

A maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano, mais do que material, é moral e político.

O sujeito ativo pode ser qualquer servidor público, no sentido mais amplo do conceito como já estudado. Nada impede, porém, que havendo concurso de agentes seja responsabilizado por tal ilícito quem não se reveste dessa qualidade, diante do que dispõe o artigo 30 do Código Penal, já que se trata de circunstância elementar

⁴² MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 18ª ed. São Paulo:Atlas, 2003, pág. 300/301.

do crime. Desconhecendo, porém, o particular, a condição de funcionário do agente não responderá por peculato, mas por outro ilícito.

O sujeito passivo será sempre o Estado, pois se trata de crime contra a administração pública. Se o bem custodiado pertencer à particular, haverá dois sujeitos passivos: o Estado e o particular.

A pena para quem incorre no tipo penal doloso é de reclusão de 2 a 12 anos. Para o crime culposo é de detenção de três meses a um ano.

5.2 Corrupção passiva

O tipo penal previsto no artigo 317 do Código Penal assim conceitua o crime de corrupção passiva: Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Típico crime funcional próprio, somente o servidor público pode praticar o crime de corrupção ativa. O sujeito passivo é o Estado que sofre danos na administração pública em razão do pedido ou oferecimento de vantagem indevida. Poderá ser também o particular constrangido pelo agente, desde que o particular não seja autor de corrupção ativa.

Importante observar que a conduta descrita no tipo penal fala em “solicitar (...) ainda que fora da função”, que seria o caso do servidor público de férias, de licença, cumprindo pena administrativa, etc (mesmo nestes casos ele não deixa de ser funcionário público). A conduta ainda prevê que o crime pode ser praticado antes do servidor assumir a função, mas após a nomeação.

Este crime pode ser cometido com a prática de três condutas diferentes, sendo elas: solicitar, receber ou aceitar a promessa de que irá receber.

Na solicitação o servidor pede a vantagem. Esse pedido deve ser feito sem que fique constatado ameaça, não é necessário que exista nenhum tipo de participação ou colaboração de terceiro, basta para que fique configurado o crime o simples pedido do funcionário.

Na segunda hipótese, o servidor público recebe vantagem indevida e essa, para que fique configurada, é necessária que advenha de um terceiro, ou seja, deve vir acompanhada da prática da corrupção ativa.

No terceiro caso o funcionário recebe uma promessa de recompensa. Para que configure a prática do delito basta que aceite tal recompensa, não sendo necessário o recebimento da vantagem indevida.

As três hipóteses da prática do tipo penal podem ser feitas por intermédio de terceira pessoa, ou seja, uma pessoa pode ser determinada em nome do servidor público a exigir a vantagem, ou uma pessoa pode ir até o funcionário e prometer ou oferecer vantagem indevida.

O objeto material do crime é a vantagem indevida, que não necessariamente tem que ser econômica, podendo ser ela também de cunho moral, sentimental, sexual, entre outras vantagens. Vantagem indevida é, portanto, a que o direito não permite.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. É necessário que o servidor público saiba que a vantagem é indevida e que seja para si ou para outrem. Quando a vantagem é revertida para a administração pública não existe crime.

Por ser crime formal sua consumação ocorre no momento da solicitação, recebimento ou do aceite da promessa.

É um crime que admite a tentativa, mas é de difícil comprovação, e pode ser feita na forma escrita, como por exemplo, uma carta solicitando vantagem indevida pega pelo chefe de uma repartição.

Ao cometer o crime se o agente além do tipo penal ainda deixa de fazer ou retarda ato de ofício ou pratica infringindo dever funcional cometerá dessa maneira, forma mais grave da corrupção passiva, que está previsto no art. 317 § 1º do Código Penal, aumentando a pena a ser aplicada.

Quando o agente cedendo a pedidos de terceiros somente para bajulá-los, sem receber a vantagem indevida, pratica atos de ofício, ou deixa de praticar ou retarda comete o crime previsto no art. 317 § 2º, tendo uma aplicação de pena menor do que a do *caput*, devido a essa forma ser considerada privilegiada.

A pena para quem incorre no tipo penal é de reclusão de dois a doze anos e multa. Para a prática do tipo penal privilegiado previsto no § 2º a pena é de detenção de três meses a um ano e está sujeita as disposições da lei n. 9.099/95 a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

5.3. Concussão criminosa

De acordo com o artigo 316 do Código Penal, constitui delito de concussão o fato de o funcionário público “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

Como visto, o crime de concussão muito se assemelha ao crime de corrupção passiva, principalmente no que se refere à primeira modalidade desta última infração (solicitar vantagem indevida). Na concussão, porém, o funcionário público constrange, exige a vantagem indevida. Na corrupção passiva (em sua primeira figura) há mero pedido, mera solicitação. A concussão, portanto, descreve fato mais grave e, por isso, possui pena mais elevada.

Assim, o delito de concussão se tipifica quando o funcionário público exige, impõe, ameaça ou intima a vantagem espúria e o sujeito passivo cede à contrição, pelo temor. Em outros termos, o crime de concussão é uma espécie de extorsão praticada pelo funcionário público, com abuso de autoridade, contra particular, que cede ou virá a ceder em face do *metu publicae potestatis* (medo do poder público).

Na concussão, o funcionário público faz exigência de uma vantagem. Essa exigência carrega, necessariamente, uma ameaça à vítima, pois do contrário haveria mero pedido, que caracterizaria a corrupção passiva. Tal ameaça pode ser:

a) explícita: exige dinheiro para não fechar uma empresa, para não instaurar inquérito, para permitir o funcionamento de obras etc.;

b) implícita: não há promessa de um mal determinado, mas a vítima fica amedrontada pelo simples temor que o exercício do cargo público inspira.

O sujeito passivo é o Estado, titular do interesse protegido e violado pela lesão do dever de integridade que deve nortear a atividade funcional. O bem jurídico tutelado, a administração pública; por isso, é desimportante o valor patrimonial do dano, sendo inaplicável, à espécie, o princípio da insignificância penal. No plano secundário, aparece também como sujeito passivo a pessoa contra quem é dirigida a exigência.

A exigência poderá ser ainda:

a) direta: quando o funcionário público a formula na presença da vítima, sem deixar qualquer margem de dúvida de que está querendo uma vantagem indevida;

b) indireta: o funcionário se vale de uma terceira pessoa para que a exigência chegue ao conhecimento da vítima ou a faz de forma velada, capciosa, ou seja, o funcionário público não fala que quer a vantagem, mas deixa isso implícito.

Vantagem indevida é aquela que o direito não permite, como salientado acima.

O delito de concussão é de natureza formal, isto é, inexiste espaço/tempo entre a atividade e o resultado. Consuma-se com o simples fato da exigência de indébita vantagem. A consumação do delito de concussão ocorre quando a exigência chega ao conhecimento do sujeito passivo da efetiva obtenção da vantagem visada, ainda que a vantagem não venha a ser recebida pelos agentes..

Os exemplos de concussão são inúmeros. Comete o delito de concussão o policial que exige dinheiro de preso para libertá-lo. Também, a cobrança ou a complementação, “por fora”, do preço do serviço prestado a segurado, por médico ou por dirigente de hospital privado, conveniado com o SUS, configura crime de concussão. Outro exemplo é o de agente de polícia federal, em serviço no aeroporto internacional, que exige determinada quantia de dono de agência de turismo para permitir o embarque de passageiros sob a alegação de irregularidades.

A pena para quem incorre no tipo penal é de reclusão de dois a oito anos e multa.

6. CONCLUSÃO

O trabalho, ora apresentado, buscou, em linhas gerais, analisar de que modo o conceito de servidor público é referenciado pelos doutrinadores nos principais campos do Direito, como o direito constitucional, administrativo e penal, além de analisar o alcance deste conceito na caracterização dos crimes contra a administração pública.

No primeiro capítulo apresentou-se o conceito de agente público no direito administrativo como toda pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Além disto, verificou-se sua classificação em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

Em seguida analisou-se especificamente o conceito de servidor público como espécie do gênero agente público concluindo que servidor público, no âmbito administrativo, é a pessoa física que exerce uma função pública, com vínculo de trabalho profissional com as entidades governamentais, seja no regime estatutário ou celetista, em caráter não eventual e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Observou-se que a relação jurídica de trabalho, com caráter remuneratório, é sem dúvida a principal característica do conceito de servidor público que a distingue das demais categorias classificadas de agentes públicos.

Em continuidade às conceituações dos dois primeiros capítulos discute-se no terceiro capítulo o conceito e real alcance do termo servidor público no Código Penal. Observou-se que o conceito administrativo de servidor público é muito restrito, comparado ao conceito de servidor público no âmbito penal, já que este inclui não apenas os servidores públicos *stricto sensu*, mas toda pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de cargo, emprego ou função estatal, isto é, utiliza o conceito de agente público.

Concluiu-se, a partir da realização do presente estudo, que o conceito de servidor público, diante do direito penal, caracteriza-se pelo exercício da função pública. Portanto, o que importa não é a qualidade do sujeito, de natureza pública ou privada, remunerada ou não, mas sim a natureza da função por ele exercida. Observou-se também que boa parte da doutrina ratifica o entendimento de que o conceito empregado pelo código penal na verdade diz respeito ao conceito de agente público.

Observou-se também que o Código Penal conceitua como servidor público por equiparação os agentes públicos das sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações públicas e dos serviços sociais autônomos, além dos particulares que, por contrato ou convênio se obrigaram a prestar serviços públicos essenciais.

Ressaltou-se que, segundo o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), em dezembro do ano de 2011, os 17 tipos de crimes possíveis de serem praticados contra a administração pública representam apenas 0,26% do total dos crimes tipificados pelo Código Penal no Brasil encabeçado pelo crime de peculato que responde sozinho por 91,52% destes crimes. Seguindo a este ocorre o crime de corrupção passiva com cerca de 4% e concussão criminosa com 3%.

Finalizou-se o trabalho com um breve estudo acerca dos crimes de peculato, corrupção passiva e concussão criminosa. O artigo 312 do Código Penal define peculato como: 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.

O crime de corrupção passiva caracteriza-se quando o agente solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem, segundo o art. 317 do Código Penal.

O mesmo Código em seu artigo 316 estipula que constitui delito de concussão o fato de o funcionário público exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial**. 4ª ed. Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de direito penal, v. 1: parte geral, arts. 1 a 120 do CP**. 20ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual de direito penal, v. 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 5ª ed. rev. E atual. São Paulo, Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª. Edª rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal: curso completo**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002.

FAGUNDES, Tatiana Bezerra. **A pesquisa docente: sobre o conceito de professor pesquisador na formação inicial de agentes de letramento**. Rio de Janeiro: 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação**. São Paulo: Atlas, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, v. 3**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração.** 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HUNGRIA, Nelsonº. **Comentários ao código penal: decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral, vol. 1.** 25ª. ed., Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal, v. 4: dos crimes contra a fé pública a dos crimes contra a administração pública.** 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 27ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado.** 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES. Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal, v. 1: introdução a parte geral.** 35ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.