



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 8

DIREITO PENAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 8

Christiano Jorge Santos

PUCSP

São Paulo

2020

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO PENAL

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO PENAL | ISBN 978-65-990464-3-8

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)
: direito penal / coord. Christiano Jorge Santos - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Motauri Ciocchetti de Souza

INTRODUÇÃO

O acelerado desenvolvimento econômico, político e social impõe uma nova dinâmica social, uma constante alteração na realidade e nos interesses da população.

As opções postas à disposição do corpo social em todos os campos do conhecimento se multiplicam vertiginosamente, trazendo aumento da complexidade que realça ainda de forma mais significativa a desigualdade entre as pessoas.

A multiplicidade de opções faz com que as expectativas pessoais sejam as mais diversas, de sorte que a eclosão de constantes conflitos de interesses no seio social se torna inevitável, posto que cada ser humano nutre suas expectativas e mantém ideais próprios: dada a grande quantidade de comportamentos possíveis, invariavelmente colidentes, a interação pessoal exige um acordo seletivo, contingencial, como instrumento de pacificação.

A intervenção do Estado, assim, mostra-se imprescindível para a implementação dos mecanismos capazes de ensejar a pacificação, com base em seu poder de editar e aplicar normas de cunho geral e abstrato – o que se legitima pela certeza disseminada na sociedade de que uma decisão presumivelmente harmonizadora surgirá.

O Estado, incumbido de tal desiderato, não pode ser um ente abstrato – senão uma realidade física e estruturada, sendo a sua concepção indispensável para a existência de qualquer agrupamento social.

E, de tal personificação, surge a própria estrutura estatal, que abarca, as respectivas funções, assim como dispõe acerca dos meios necessários para que a prefalada pacificação venha a ser obtida.

Mercê de tais premissas, surge o conceito de patrimônio público, assim como de sua administração, dos quais doravante cuidaremos de tratar.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Patrimônio público.....	3
2. Conceito de Administração Pública.....	4
3. Princípios de regência da Administração Pública.....	6
4. Mecanismos de controle da Administração Pública.....	8
4.1. Controle interno.....	8
4.2. Controle pelo Legislativo.....	9
4.3. Controle judicial.....	9
5. Tutela penal da Administração Pública.....	11
Referências.....	12

1. PATRIMÔNIO PÚBLICO

Patrimônio público “é o complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de autarquias, de empresas públicas, de sociedades de economia mista, de fundações instituídas pelo Poder público, de empresas incorporadas, de empresas com participação do erário e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”¹

Como podemos observar do conceito doutrinário, o patrimônio público não está jungido tão somente a valores de ordem econômica e patrimonial, abrangendo, de igual forma, bens de importância e interesse social – componentes do patrimônio cultural brasileiro – que estejam sob domínio de alguma das pessoas acima citadas.

De outra banda, ao contrário do que ocorre com o meio ambiente (tido pela Constituição Federal como bem de uso comum do povo), o conceito de patrimônio público traduz autêntico sentido de propriedade, de domínio sobre o bem ou o valor por

¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*, p. 67.

parte do Poder Público ou de órgãos ou entidades a ele diretamente ligados, por ele controlados ou subvencionados.

Assim, enquanto o meio ambiente possui a natureza de autêntico bem difuso, consistindo em verdadeiro direito social inalienável e indeclinável – desvinculado, pois, do conceito de propriedade por parte da Administração –, o vínculo dominial é de essência para que determinado bem ou direito possa ser considerado componente do patrimônio público.

O fato, no entanto, não obsta que determinados bens e valores ambientais integrem o patrimônio público, como ocorre, à guisa de exemplo, com áreas em que instituídas unidades de conservação da natureza, como os parques nacionais.

Nessa ordem de ideias, enquanto sujeito não apenas a deveres prestacionais advindos diretamente da Constituição Federal, como, também, enquanto titular do domínio de bens jurídicos das mais diversas matizes, indispensável que o Poder Público ganhe estruturação e envergadura que lhe permitam exercer da forma mais eficaz possível a sua faina de atividades, assim como zelar pela preservação de seu patrimônio, o qual serve, em última *ratio*, à própria sociedade.

Daí a indispensabilidade da Administração Pública, cujos conceito e delineamento cuidaremos abaixo de abordar.

2. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O poder de um Estado, atributo de sua soberania, é uno e indivisível.

Não obstante, o poder se manifesta por funções, exercidas por órgãos distintos, sem que de tal decorra quebra do princípio da unicidade.

Com efeito, “a edição de uma lei, de um ato administrativo ou de uma sentença, embora produto de distintas funções, emana de um único polo irradiador do poder: o Estado.”²

A divisão do exercício do poder em funções mostra-se essencial tendo em vista que “não se pode garantir validade aos direitos humanos em Estado que não esteja estruturado a partir de uma separação dos poderes. Essa partição é desenhada de forma

² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIRO, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 209.

que nenhum poder possa, de per si ou conjuntamente, erradicar qualquer desses direitos, a não ser pela violação da ordem constitucional.”³

Assim, temos o Executivo (incumbido da administração das coisas do Estado), o Legislativo (que edita normas de conteúdo geral e observância obrigatória, visando a regular e ordenar a vida em sociedade) e o Judiciário (a quem incumbe compor litígios surgidos na aplicação e interpretação das normas jurídicas).

Pese a divisão clássica, é sabido que ela não se mostra estanque, exercendo cada qual dos Poderes, ainda que em menor grau e de forma subsidiária, funções essencialmente de alçada dos demais.

Tendo em vista a finalidade do presente trabalho, incumbe tratarmos da função administrativa do Estado, que, como é cediço, compete precipuamente ao Executivo, sem embargo de também ser exercida pelos demais Poderes, nos temas de alçada própria, em homenagem à harmonia e independência que entre eles devem reinar.

Surge, daí, a necessidade de definirmos administração pública.

Administrar “compreende planejar e executar.”⁴

A administração pública, por seu turno, “pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.”⁵

Nessa cepa, percebe-se que o conceito de administração pública não pode ser jungido exclusivamente ao poder de gestão das coisas do Estado – ou de mero planejamento e execução, consoante o singelo conceito de administração acima traçado –, vez que indissociáveis de tal premissa as finalidades que animam a conduta de todo o servidor público, na acepção mais ampla do termo, consubstanciadas no atendimento dos anseios sociais, por intermédio do cumprimento das obrigações prestacionais advindas do ordenamento jurídico, notadamente das normas constitucionais assecuratórias dos Direitos Fundamentais.

Em síntese, o acréscimo do vocábulo público à palavra administração importa no direcionamento da atividade gerencial, que passa a estar relacionada a determinada

³ TAVARES, André Ramo. *Curso de direito constitucional*, p. 366.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 49.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 281.

finalidade, previamente traçada pelo legislador e vocacionada ao atendimento dos interesses sociais.

3. PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Incumbido de gerir a vida em sociedade e o patrimônio comum, à evidência que o administrador público sujeita-se a regras bastante rígidas, delimitadas pela própria Constituição Federal, por leis e regulamentos.

Mencionadas regras estão consubstanciadas em princípios que regem a administração da coisa pública, dentre os quais se destacam aqueles trazidos pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Impende ressaltar que além dos princípios acima citados diversos outros há a reger a conduta do administrador público, arrolados nos incisos do próprio art. 37 e em dispositivos esparsos da Magna Carta. Dentre esses podemos citar, a título de exemplo, a proporcionalidade, a finalidade, a razoabilidade e a boa-fé.

Não nos perdendo das finalidades do presente trabalho, no entanto, passemos à análise dos princípios trazidos pelo *caput* do art. 37.

O princípio da legalidade, traçado em termos genéricos já pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, é autoexplicativo.

Consiste mencionado princípio na sujeição de todos os exercentes de cargos públicos aos mandamentos legais, que traçam os limites de sua atuação.

Nessa linha, “o princípio da legalidade impõe a submissão da atividade administrativa à lei, de tal sorte que seus atos só se legitimam na medida de sua conformidade com comandos legais”.⁶

Em outras palavras, vige em sede de administração pública o princípio de que ao gestor somente é possível fazer o que a lei expressamente autoriza, não sendo lícita a atuação que dela se afaste, ainda que inexistente norma jurídica de conteúdo proibitivo.

Assim, “a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão só

⁶ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*, p. 56.

a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa”.⁷

Passemos à análise do princípio da impessoalidade, o qual é corolário lógico do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que afiança a igualdade de todos perante a lei.

Consiste a impessoalidade no exercício da administração pública destinado à obtenção do bem comum, sem favorecimentos de ordem pessoal.

A administração pública tem por objetivo reger a vida em sociedade.

Assim, os poderes e comandos dela advindos não podem ter destinatário certo e definido, que não o corpo social a quem lhe incumbe servir.

Nessa senda, impõe-se o dever de isenção do agente público, que, enquanto representante da administração — em nome de quem se manifesta —, não pode agir influenciado por sentimentos pessoais em relação aos administrados.

O princípio da moralidade, a seu tempo, consiste na lisura no trato das coisas do Estado, com o escopo de inibir que a Administração se conduza perante o administrado com astúcia ou malícia, buscando alcançar finalidades diversas do bem comum, ainda que sob a égide de autorização legislativa.

A moralidade “constitui verdadeiro superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios), não se podendo reduzi-lo a mero integrante do princípio da legalidade”, nos dizeres de Wallace Paiva Martins Júnior.⁸

Com efeito, não basta o ato administrativo estar pautado na lei para que seja considerado válido e indene a impugnações: os motivos ensejadores de sua elaboração devem também ser analisados, tendo em vista os propósitos do agente ao editá-lo, os quais devem se amoldar ao bem comum.

Assim,

“exsurge a moralidade administrativa como precedente lógico de toda conduta administrativa, vinculada ou discricionária, derivando também às atividades legislativas e jurisdicionais, consistindo no assentamento de que o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé e a

⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito c*, p. 228.

⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, p. 31.

lealdade e visando a uma boa administração”.⁹

Destarte, o princípio da moralidade impõe ao administrador público não apenas o dever de agir dentro dos limites traçados pela legislação, como também o de fazê-lo sempre de boa-fé, afastado o intuito de ludibriar ou induzir em erro ao administrado.

Tratemos do princípio da publicidade.

Os atos praticados pelo administrador público devem revestir-se de transparência, de modo que a sociedade possa saber como estão sendo geridos seus interesses comuns.

Nessa senda, emanando o poder do povo, em nome de quem ele é exercido nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal “não pode haver ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.¹⁰

Como ensinam Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior, “é graças à publicidade dos atos administrativos que se podem estabelecer mecanismos de controle da gestão pública. Neste sentido, o princípio da publicidade funciona como princípio fiscal da observância dos demais”.¹¹

Finalmente, o princípio da *eficiência*.

Inserido no *caput* do art. 37 pela Emenda Constitucional nº 19, o princípio “tem partes com as normas da ‘boa administração’, indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado. Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos, em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado”.¹²

4. MECANISMOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1. Controle interno

⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*, p. 31.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 84.

¹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*, p. 51.

¹² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito c*, p. 235.

O controle dos atos praticados pela administração pública se desenvolve em diferentes searas.

Temos, de início, o controle administrativo, interno, que decorre do poder de autotutela e que consiste “no poder de fiscalização que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos da legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”.¹³

Desta forma, a administração pública tem sempre o poder de rever os próprios atos, mesmo de ofício, exercendo sobre eles constante fiscalização, de sorte a respeitar os princípios que a norteiam.

Outrossim, como mecanismos de controle interno vale destacar os denominados códigos de ética da administração, que descrevem deveres dos servidores públicos no exercício de suas funções.

4.2. Controle pelo Legislativo

O controle da administração também é feito pelas demais funções inerentes ao Poder que emana do Estado.

Assim é que ao Poder Legislativo incumbe realizar o controle político e financeiro da administração pública, fazendo-o por intermédio de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) – de instalação facultativa – e do Tribunal de Contas.

Controle político é aquele que aprecia decisão administrativa, inclusive no que respeita a seu mérito, consubstanciado na conveniência e oportunidade da respectiva edição.

O controle financeiro, orçamentário e fiscal é aquele realizado pelo Tribunal de Contas, o qual se encontra disciplinado nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal.

Cumprase asseverar que as contas públicas estão sempre sujeitas a controle e fiscalização por parte do Tribunal de Contas, que deverá apresentar o resultado de seu trabalho, a final, para análise e aprovação por parte do Poder Legislativo.

4.3. Controle judicial

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 480.

O controle da administração pública poderá ser feito, de igual sorte, pelo próprio Poder Judiciário, a teor do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que trata da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Impende ressaltar que – ao reverso do legislativo – o controle judicial não é imperativo, vez que depende de provocação para ser exercido, em face do princípio da inércia da jurisdição.

Havendo provocação, no entanto, não pode o Judiciário furtar-se a exercer o controle sobre o ato administrativo.

De se ressaltar que o controle a ser exercido pelo Judiciário não abarca apenas aspectos externos do ato administrativo, consubstanciados na legitimidade de quem os edita e em sua legalidade, devendo alcançar, de igual sorte, seu próprio mérito.

Isso porque a discricionariedade que rege a atividade do administrador público consiste na liberdade de agir conferida pela própria lei, tendo por norte o interesse público – e não comportamento absolutamente livre.

Com efeito, atos discricionários são aqueles “que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”.¹⁴

Impende destacar que “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”, pois “nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência pelo menos”. A finalidade do ato “é sempre e obrigatoriamente um interesse público”.¹⁵

Nesse aspecto, “a actividade administrativa é execução da lei e o princípio da legalidade da administração, materialmente entendido, exige que o fim ou os fins da lei sejam não apenas limite mas também medida da discricionariedade”.¹⁶

A discricionariedade concede ao governante uma esfera limitada de liberdade,

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 368.

¹⁵ *Idem*, pp. 368-369.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 236.

dentro da qual poderá agir ao seu alvedrio, a fim de atingir o melhor resultado possível – ou seja, aproximar-se o quanto mais da efetivação dos interesses da sociedade.

Logo, o Judiciário pode e deve controlar o conteúdo dos atos advindos da administração pública, com o escopo de conferir a sua adequação aos interesses sociais e de verificar a observância do próprio princípio da moralidade.

Finalmente, cumpre consignar que o controle judicial difuso dos atos da administração pública é feito por intermédio de dois sistemas processuais: as ações civil pública e popular.¹⁷

5. TUTELA PENAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cediço que o Direito Penal constitui a última *ratio*, devendo ser utilizado como instrumento de reserva, destinado ao resguardo dos bens jurídicos que se mostrem os mais relevantes em termos sociais e que dependam de um grau de proteção superior àquele propiciado por ordens sancionatórias de menor gravidade dentro do ordenamento jurídico, tais como a administrativa e a civil.

A seu tempo, a abrangência do conceito de Administração Pública, a relevância dos interesses que lhe incumbe gerir e os objetivos por ela perseguidos, voltados à consecução dos direitos sociais e individuais, invariavelmente de índole fundamental, não apenas reclamam como impõem a atuação do Direito Penal para o resguardo de seus valores.

Nessa linha, o Código Penal destinou os seus arts. 312 a 359-H para o resguardo da Administração Pública, tratando dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (os denominados crimes funcionais próprios), daqueles cometidos por particulares contra a Administração Pública (inclusive a estrangeira), dos crimes contra a administração da Justiça e contra as finanças públicas.

O conceito de Administração Pública que iluminou o legislador penal mostra-se extremamente amplo, nos moldes daquele que acima cuidamos de traçar, abarcando “a atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o poder público (com

¹⁷ Acerca do sistema da ação civil pública, v. o nosso *Ação civil pública e inquérito civil*.

exceção da atividade política)”.¹⁸

Em tal sentido, “a fim de atingir os resultados a que se destina, o Estado estabelece normas a respeito de sua própria organização, regula as suas relações com os indivíduos e as havidas entre estes, e executa essas normas, promovendo o que elas visam, protegendo-as e zelando para que sejam obedecidas”.¹⁹

Assim, o conceito adotado pelo Código Penal culmina por abarcar não apenas a função executiva, mas também a legislativa e a judiciária, protegendo, dessarte, todos os meios de que dispõe o Estado para a consecução de suas finalidades constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996.

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

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013. Volume 3.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 1996.

¹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 387.

¹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal*, p. 271.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.