

PREVARICAÇÃO NA TUTELA E CURATELA: UMA ABORDAGEM DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

DIREITO PENAL

Petronio Bismarck Tenorio Barros

Isis Guilherme Pereira da Silva

RESUMO

A prevaricação é o delito previsto no artigo 319 do Código Penal brasileiro, cujo sujeito ativo é exclusivamente o funcionário público. Sabe-se que o curador e o tutor são considerados funcionários públicos que exercem um múnus público. Questiona-se se seria possível concluir, com essas premissas, que o tutor e o curador podem ser considerados sujeitos ativos do crime de prevaricação. O presente estudo aponta como equivocada a resposta afirmativa. Busca demonstrar, em uma análise mais detida e pormenorizada do tipo penal, que a interpretação sistemática, aliada ao entendimento do predomínio de interesse privado sobre o instituto civil da tutela e curatela, evidenciam que a resposta negativa oferece uma melhor solução ao caso em apreço.

Palavras- chave: *Múnus público, crime, funcionário público.*

PREVARICATION IN THE TUTORS AND CURATORS - A DOCTRINARIAN AND JURISPRUDENTIAL APPROACH

ABSTRACT

Prevarication is the crime foreseen in the article 319 of the Brazilian penal code whose active person is exclusively the civil servant. It is known that the curator and tutor are considered civil servants who perform public responsibility. It is questioned whether it would be enough to conclude with those premises that the tutor and curator can be considered an active person of the prevarication crime. The present study shows that an affirmative answer is a mistake and thus it seeks to demonstrate a more detailed analysis of the penal type, that the allied systematic interpretation to the understanding of the prevalence of the private interest on the civil institute of the tutors and curators evidence that the negative answer offers a better solution to the case in appreciation.

Key-words: *Public responsibility, crime, civil servants.*

1. Previsão jurídica do delito de prevaricação

Dispõe o art. 319 do Código Penal brasileiro:

Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena – detenção, de três meses a um ano e multa.

Antes de se discutir sobre a delimitação do sujeito ativo no delito da prevaricação, convém fazer uma breve análise do mencionado tipo penal, previsto no título XI do mencionado diploma legal, entre aqueles praticados por funcionário público contra a administração em geral.

Trata-se de crime próprio, ou seja, apenas o funcionário público, no uso de suas atribuições, pode cometê-lo, buscando satisfazer interesse pessoal de natureza material ou moral. Consoante explica Noronha, apud Delmanto (2003, p.638), a prevaricação é a infidelidade do dever de ofício à função exercida, é o não-cumprimento das obrigações, por motivo de interesse ou sentimento próprio. Hungria entende que a objetividade jurídica do capítulo “Crimes contra a Administração Pública” é “o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública” (apud MIRABETE, 2003, p. 295).

2. Conceito de funcionário público

O art. 327 do mesmo diploma legal prevê expressamente a demarcação do conceito de funcionário público para fins da lei penal, ao dispor:

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

§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Para se fazer a interpretação do citado dispositivo, é de grande valia trazer a lume a lição de Faggioni (p. 153):

Os termos empregados no art. 327 do CP são indiscutivelmente normativos, já que todo o assunto atina com a realidade jurídica, somente existente no plano legal. A determinação do conteúdo dos termos é, portanto, exclusivamente técnica jurídica e deve ser procurada no ramo jurídico especializado em sua abordagem. Isto é no Direito Administrativo.

Mirabete (2003, p. 297) afirma, ainda, que o art. 327 adotou a expressão no sentido correspondente ao conceito doutrinário de agente público. A esse respeito, traz à colação a definição de Di Pietro (2003, p. 431): “Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

Di Pietro (2003) salienta que, após a promulgação da Emenda Constitucional nº. 18/98, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o poder público. A seguir, apresenta-se o conceito de cada categoria, expondo-se o posicionamento dos tribunais sobre assunto. A primeira categoria de agentes públicos é a dos agentes políticos, assim definidos por Di Pietro (2003, p. 430):

Agentes políticos são os que exercem atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos apenas os chefes dos poderes executivos federal, estadual e municipal, os ministros e secretários de Estado, além de senadores e vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para ministros e secretários, que são de livre nomeação escolha do chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação.

A jurisprudência ratifica o entendimento de que, de fato, o agente político pode ser sujeito ativo do crime de prevaricação, conforme se registra abaixo:

O Presidente da República, o prefeito municipal (RT 519/416; RSTJ 65/482); os membros das casas legislativas, inclusive o legislador (RT 192/67; 551/351-2; 564/330; 580/359; RTJESP 721/326; JTACRIMSP 49/70) podem ser sujeitos ativos do crime de prevaricação.

A segunda categoria de agentes públicos é a dos servidores públicos. Em relação a eles, Di Pietro (2003, p. 442) exprime o seguinte conceito:

Servidores públicos, em sentido amplo, são 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 e ocupantes de cargos públicos;
- 2) os empregados públicos, contratados sob regime da legislação trabalhista e

ocupantes de emprego público;

3) os servidores temporários, contratados por tempo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, XI, CF); eles exercem função, sem estarem vinculados.

A jurisprudência também é farta nesse sentido para considerar como autores do delito de prevaricação os serventuários da justiça: oficial, escrivão, escrevente etc. (RT 100/135; RT686/319). A terceira categoria é a dos militares. Ainda de acordo com Di Pietro (2003, p.463), são assim conceituados:

Militares são as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiro Militares dos Estados, Distrito Federal e territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Da mesma forma, a jurisprudência criminal é pacífica ao reconhecer o militar como sujeito ativo do crime de prevaricação (RT 471/387, RF 255/358). O impasse reside, exclusivamente, no que diz respeito à quarta categoria de agentes públicos: particulares em colaboração com o poder público. Nessa categoria, estão compreendidas “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração”. Dividem-se em:

1) Delegação do poder público - como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, aos leiloeiros, tradutores, intérpretes etc.

2) Gestores de negócios - assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio.

3) Mediante requisição, nomeação ou designação para exercício de funções públicas relevantes. É o que se dá com os jurados, os convocados para prestação de serviços militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de missões, grupos de trabalho etc. Também não têm vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração.

3. O múnus público e sua relação com a tutela e curatela

Observa-se que os agentes públicos, no caso de particulares em colaboração com o poder público, mediante requisição, são aqueles que exercem múnus público. Na ótica de Diniz (2001, p. 324), significa:

Múnus público – Encargo público, ônus ou função imposta pela lei e pelo Estado a certos cidadãos ou a membros de determinada classe profissional, em benefício coletivo ou no interesse da pátria ou da ordem social. Por exemplo, a tutela, a curatela, o júri, o serviço militar, a advocacia de ofício.

Citando a jurisprudência dos tribunais, esclarece Mirabete (2003):

Não são funcionários públicos para os efeitos penais os que exercem apenas múnus públicos, em que prevalece um interesse privado, como ocorre no caso de tutores ou curadores, inventariantes judiciais, síndicos falimentares (RT 480/315,583/320,RJT JESP 85/388) etc.

Aparentemente, estas considerações desencadeiam uma contradição. Se a intenção do legislador ordinário foi dar uma maior amplitude ao delito de prevaricação, estendendo-o a todos os agentes públicos, por que excluir os agentes particulares em colaboração com o poder público, se estes exercem importante função de múnus público? A aparente contradição se agrava quando a jurisprudência reconhece que o jurado pode praticar crime de prevaricação. Se é assim, por que o tutor ou curador não podem?

Entende-se que os tutores, curadores dativos, inventariantes judiciais e síndicos falimentares exercem múnus público. Em tese, essa condição já bastaria para enquadrá-los como servidores públicos, nos termos do art. 327 do Código Penal. Ocorre, porém, que a diferença destes em relação ao jurado, ou a qualquer convocado para o serviço eleitoral, ou ainda em relação ao advogado de ofício, que igualmente exerce um encargo público, é a predominância do interesse privado, no caso de tutores e amadores. Na verdade, não é o fato de exercer um ônus público que elimina a possibilidade de o sujeito cometer o delito em apreço. Entretanto, a prevalência do interesse privado sobre o interesse público afasta a ocorrência da prevaricação.

Assim, compreende-se que os agentes particulares, em colaboração com o poder público mediante requisição, exercem funções relevantes no campo do múnus público. Porém, no conceito de múnus, pode-se ter o predomínio do interesse público ou privado, dependendo diretamente da função que o agente exerça.

4. Interesse público x interesse privado

Transcreve-se, a respeito, o conceito de Diniz (2001, p. 880), para melhor interpretação do tema:

Interesse particular – interesse próprio de uma pessoa, afetando diretamente seus bens e direitos.

Interesse público – Direito Administrativo 1. Aquele em que se impõe por uma necessidade coletiva, devendo ser perseguido pelo Estado, em benefício dos administrados. 2. Relativo a toda sociedade personificada no Estado. É o interesse geral da sociedade, ou seja, do Estado enquanto comunidade política e juridicamente organizada (Milton Sanseverino). 3. Finalidade da Administração Pública. 4. Interesse coletivo colocado pelo Estado, entre seus próprios interesses ao assumi-lo sob regime jurídico de Direito Público.

Saliente-se que a tutela e curatela são institutos de direito civil: a primeira é destinada aos filhos menores com o falecimento dos pais, ou ainda se estes forem julgados ausentes ou se perderem o poder familiar. Já a curatela é destinada à pessoa declarada incapaz de dirigir a si mesma e administrar seus bens. A ambas aplicam-se os mesmos deveres e direitos decorrentes do seu estado de família.

À família asseguram-se direitos e deveres que estão previstos na Carta Magna brasileira, devendo ela receber a essencial proteção do Estado. Analisando a tutela, enfatiza Cury (2001, p. 110):

Estabeleceu a própria Constituição Federal, o que foi repetido pelo ECA em seu artigo 4º, direitos e deveres inerentes a este agrupamento humano, elevado à condição de família, conjuntamente com a sociedade e o Estado, para garantir, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, enumerando-os no seu art. 227.

Como se observa, há na tutela uma parcela de interesse público, uma vez que, como modalidade de família substituta, recebe proteção especial do Estado. Entretanto, sobreleva-se o interesse privado em detrimento do interesse público. Conforme foi verificado acima, os direitos diretamente afetados são do tutelado ou do curatelado. Apenas, indiretamente o interesse da coletividade é afetado. Isso só ratifica o entendimento de que, na tutela, prevalece o interesse privado, não podendo, em conseqüência, o tutor prevaricar. O mesmo raciocínio é válido para a curatela. Faggione (2001, p. 157) faz uma interessante observação a respeito do direito público e direito privado:

Nada é mais difuso do que os critérios de distinção entre normas de direito público e aquelas de direito privado. Há muito o direito público tem avançado sobre a seara do direito privado a tal ponto, e tanto que não há mais critério distintivo entre um e outro direito. Pretende trazer aquele critério empregado pela lei italiana (art. 357 do CP italiano) é imposta a insegurança jurídica. Ffindaça não se cansa de criticar a redação do aludido art. 357 do CP italiano, justamente

em face da inexistência de critério ‘distintivo realmente convincente’. O critério racional é melhor porque é mais seguro.

Na mesma direção é o ensinamento de Hungria (1958), ao comentar o art. 327 do CP:

É preciso, porém, não confundir função pública com múnus público. Assim, não são exercentes de função pública os tutores ou curadores dativos, os inventariantes judiciais, os síndicos falimentares (estes últimos estão sujeitos a lei penal especial).

Ao proferir seu voto, nos autos da Revisão Criminal nº 142.087, o Desembargador Weiss de Andrade expressa o seguinte entendimento:

O síndico, muito embora desempenhe uma atividade disciplinada pelo Estado, não chega a se integrar no seu organismo funcional. Aliás, bastaria para assim se concluir considerar que o síndico, por exemplo, não é sujeito passivo do crime de desacato que diz respeito a funcionário público no exercício de seu cargo, ou em razão deste.

Este raciocínio se aplica ao tutor, ao admitir que ele seja sujeito ativo do crime de prevaricação, uma vez que ele pode ser sujeito passivo do crime de desacato, o que não corresponde à realidade. Mirabete (2003) esclarece que os sujeitos passivos do delito de desacato são o Estado e o funcionário público desacatado, nos termos do que dispõe o art. 327 do Código Penal. Portanto, *a priori*, a jurisprudência exclui o tutor e o curador dos sujeitos do crime de prevaricação. E assim, como corolário lógico, devemos excluí-lo do pólo passivo do delito de desacato.

Ainda que se considere precária a definição que distingue o interesse público do interesse privado, posto que cada vez mais tornam-se reduzidas as diferenças entre ambos, não se pode deixar de admitir que é apenas esta nuance que explica o não enquadramento do síndico, tutor ou curador no pólo passivo do delito de desacato, embora sejam considerados funcionários públicos.

Acrescente-se que a regra trazida no citado art. 327 do Código Penal (conceito de funcionário público para efeitos penais) aplica-se, segundo Delmanto (2003), a todo o Código Penal e legislação penal extravagante.

No que tange à sanção do tutor prevaricador, dispõe o Código Civil, no seu art. 1.766: “Será destituído o tutor, quando negligente, prevaricador ou incurso em grau de incapacidade”. Por via de consequência, a análise sistemática da norma impede inferir que o art. 1.766 do Código Civil, ao estabelecer “será destituído o tutor prevaricador”, esteja remetendo o intérprete ao art. 319 do Código Penal, ou seja, para o crime de prevaricação, posto que haveria forte contradição no ordenamento jurídico.

Desta forma, só resta admitir que, ao enunciar a palavra “prevaricador”, o legislador ordinário trata do abuso de confiança que a este foi atribuída, conforme entendimento de Diniz (2001, p. 711):

Prevaricação – 1. Direito Penal -Crime funcional punido com detenção e multa consistente no fato de o funcionário público retardar ou deixar de cumprir suas funções para a satisfação de seus próprios interesses. 2. Direito Civil – Adultério, quebra do dever conjugal. 3. Direito Romano- a) Ato daquele que, após ter acusado alguém, fazia em conluio com ele para obter a sua absolvição; b) ato do *advocatos* que trairia causa, passando do lado do réu e prejudicando o autor, seu constituinte. 4. *Linguagem jurídica* – na linguagem jurídica em geral, prevaricação significa: a) não cumprimento de um dever de ofício por má-fé, improbidade; b) afirmação que perverte ou desvia a verdade; c) ato de revelar segredo de justiça, ou de secretaria; d) abuso de confiança; e) ato de magistrado prolatar decisão manifestadamente injusta; f) convivência de advogado com a parte contrária.

Por oportuno, a expressão “prevaricador” mencionada no diploma civil foi utilizada no sentido comum da linguagem jurídica, no sentido penal. Com efeito, como não pode praticar o delito de prevaricação, o tutor será punido apenas no âmbito cível, caso não exerça a tutela com a dedicação e a diligência exigidas. A doutrina

especializada não admite outra sanção ao tutor, senão a própria destituição da tutela. A menos que sua atitude resulte em prejuízo ao tutelado, quando deverá ressarcí-lo, segundo as regras que presidem a composição do princípio da responsabilidade civil: procedimento culposo do tutor, dano causado, relação de causalidade entre um e outro (CARBONIER, 2004, p. 496).

5. Considerações finais

Com base nas considerações aqui expostas, conclui-se que o interesse prioritariamente privado da tutela afasta o agente investido desse múnus de praticar o delito de prevaricação. Admitir conclusão diferente implica criar contradições no próprio sistema jurídico penal. Assim, o agente em exercício de tutela poderia ser punido pelo crime de prevaricação quando da busca da satisfação de interesse pessoal, mas não poderia ser sujeito passivo do delito de desacato, quando ultrajado por particular. Ter-se-ia a aplicação de dois pesos e duas medidas para o mesmo caso. E isso é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro.

Sabe-se que, diante do caso concreto, cumpre ao intérprete buscar a harmonização do sistema jurídico, afastando as possíveis contradições entre as normas, sem sacrificá-las, a menos que se esteja diante de um autêntico conflito normativo. Como não existe conflito de normas, cumpre apenas interpretar os dispositivos de forma sistemática, buscando encontrar a solução que melhor garanta a sua aplicação e efetividade.

Assim, parece não restar outra opção, senão considerar o que já ficou evidente: que o tutor e o curador não podem ser agentes ativos do crime de prevaricação, em face das incongruências legais que o ocasionariam. No mais, a prevaricação prevista no art. 1.766 do Código Civil não é sinônimo da prevaricação estabelecida no Direito Penal, coadunando-se apenas com o sentido de descumprimento do dever.

Referências

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CURY, Munir et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 5ed. São Paulo: Medalheiros, 2002.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2004.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *O sujeito passivo nos crimes contra a Administração Pública*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. nº 35. JUL-SET, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Medalheiros, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 14 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DADOS DE CATALOGAÇÃO

BARROS, Petrônio Bismarck Tenorio; SILVA, Isis Guilherme Pereira da. Prevaricação na tutela e curatela: uma abordagem doutrinária e jurisprudencial. in **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano I, Número 1, abril 2011.

A Revista Cognitio Juris não se responsabiliza pelos ideários, conceitos, apreciações, julgamentos, opiniões e considerações lançados nos textos dos artigos. Os textos são de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores.