

A PRÁTICA DAS “RACHADINHAS” E O ENQUADRAMENTO DA CONDUTA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ana Júlia Calçado Ramello¹
Amilton Ferreira de Souza Filho²
Cintia Aparecida Alves³
Júlia Zopelaro da Silva⁴
Marcus Paulo Moraes⁵
Walerrandro Marcato⁶
Bráulio da Silva Fernandes⁷

RESUMO

O presente artigo possui como principal objetivo estabelecer uma discussão teórica, com enfoque nos crimes contra a administração pública em relação ao enquadramento da “rachadinha”, a fim de abordar a maneira como ocorre a conduta na prática e os possíveis crimes pelos quais os agentes podem ser penalizados. Desse modo, foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, nas quais são apresentados distintos entendimentos de estudiosos, doutrinadores e tribunais a respeito da prática. Como principal conclusão, tem-se a necessidade de o Poder Legislativo buscar um enquadramento correto para a conduta mencionada.

PALAVRAS-CHAVE: RACHADINHA. TIPIIFICAÇÃO. CONDUTA. DIREITO PENAL.

¹Acadêmica do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. E-mail: anajuliaravello@outlook.com. Orcid: 0009-0005-8829-2427.

² Acadêmico do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. E-mail: amiltonfilhx@gmail.com. Orcid 0009-0001-6118-3686.

³Acadêmica do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. E-mail: CintiaAlves06@hotmail.com. ORCID: 0009-0005-8068-6341.

⁴Acadêmica do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. E-mail: juliazopelaro07@gmail.com. ORCID: 0009-0004-7444-7769.

⁵Acadêmico do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. E-mail: Marcuspaulomoraes2@gmail.com. ORCID: 0009-0000-5080-1314.

⁶Acadêmico do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. E-mail: walerrandro.15@gmail.com. ORCID: 0009-0000-5080-1314.

⁷ Docente do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. Possui especialização em Ciências Penais pela FUPAC/UBÁ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RIO. Advogado criminalista. brauliosilvafernandes@gmail.com. Orcid: 0000-0002-2730-7876.

ABSTRACT

The main objective of this article is to bring a theoretical discussion, with a focus on crimes against the public administration, about the framework of the popularly known "cracked", in order to address the way in which the conduct occurs in practice and the possible crimes for which the agents can be penalized, since there is more than one hypothesis of framing the conduct in the Brazilian legal system. In this way, bibliographic and jurisprudential research were carried out, in which different understandings of scholars, indoctrinators and Courts regarding the practice of "cracked" are presented. As a main conclusion, there is a need for the legislative power to seek a correct framework for the aforementioned conduct.

KEYWORDS: CRACKED. TYPIFICATION. CONDUCT. CRIMINAL LAW.

INTRODUÇÃO

A prática da “rachadinha” não se trata de uma operação nova na política brasileira, mas nos últimos anos tem chamado a atenção de muitos cidadãos, posto que tal conduta está correlacionada com os princípios básicos previstos na Constituição Federal de 1988 (tais como legalidade e moralidade), contudo, o Código Penal brasileiro não prevê especificamente a tipificação da conduta, nem estabelece uma pena para os agentes envolvidos no esquema.

A partir dessas questões, surgiu a seguinte situação-problema: é possível firmar o entendimento no sentido de que a prática da “rachadinha” pode ser considerada um ilícito penal?

Identificada a problemática, o presente trabalho tem como objetivo geral compreender as características da prática conhecida como “rachadinha”. Os objetivos específicos giram em torno da análise da conduta e a sua relação com os crimes contra a administração pública discriminados na legislação penal.

A justificativa do trabalho encontra-se firmada na possibilidade de o leitor entender, a partir dos capítulos, a importância de se delimitar o tema dentro do Direito Penal. Como hipótese deste artigo, tem-se a possibilidade de enquadrar a “rachadinha” nos artigos já previstos no Código Penal, como crime de peculato, concussão ou corrupção ou, caso seja inviável, propor o enquadramento de um tipo penal específico para essa prática.

Para tal, salienta-se que foi realizada pesquisa bibliográfica com base em obras que discutem a temática abordada, além da exposição de jurisprudências.

Buscando sanar tal problemática, fez-se necessário, no primeiro capítulo, compreender no que consiste a prática da “rachadinha”. No segundo tópico, houve a necessidade de exemplificar os casos da conduta no Brasil, com a finalidade de problematizar a temática. No terceiro tópico, relacionou-se a referida prática com os possíveis enquadramentos dentro do Direito Penal. Por fim, no último tópico do trabalho, apresentou-se o entendimento dos tribunais sobre o tema.

1 DO CONCEITO DA PRÁTICA DE “RACHADINHA”

No que concerne ao conceito da prática da conduta conhecida popularmente como “rachadinha”, vale ressaltar que essa consiste no repasse de remuneração, de forma parcial ou total, a autoridade nomeante por parte de um servidor público ocupante de cargo em comissão mediante um acordo pré-estabelecido.

Segundo o advogado criminalista Vander Ferreira de Andrade (2020, texto *online*), a prática da “rachadinha” se configura:

Quando o legítimo detentor do poder discricionário de nomear, escolhe determinada pessoa para exercer uma função vinculada ao exercício de um cargo de confiança, dela passando a receber uma parcela ou fração dos seus vencimentos, como se se cuidasse de um preço ou de um encargo, para manter vigentes os efeitos diretos e reflexos do ato de nomeação.

Nas palavras do economista Maílson da Nóbrega (2019, texto *online*), a “rachadinha” consiste em uma “prática pela qual parlamentares federais, estaduais e municipais se apropriam de parte dos salários de funcionários que nomeiam para seus gabinetes”.

Ademais, destaca-se que a prática da “rachadinha” pode ocorrer de duas maneiras: através da nomeação de determinada pessoa para exercer cargo de confiança e a partir disso fazer com que o funcionário repasse para a autoridade detentora do poder discricionário de nomeação parte de sua remuneração, ou através da contratação de “funcionário fantasma”, ou seja, há a contratação de determinado indivíduo para realizar determinada atividade pública, mas esse indivíduo não chega a desempenhar de fato a atividade pública pelo qual foi contratado, desse modo sua remuneração é transferida no todo ou em partes à pessoa que a nomeou ou para terceiros ligados a ela.

Nos dias hodiernos, verifica-se a ocorrência desse tipo de conduta tanto em âmbito municipal quanto estadual e federal. Faz-se mister evidenciar que esse tipo de prática se mostra ímproba, inidônea e atentatória à moralidade administrativa.

2 DOS EXEMPLOS DA PRÁTICA DE “RACHADINHA” NO BRASIL

A prática da “rachadinha” é um assunto que se encontra em alta no Brasil, sendo amplamente noticiado pela mídia em geral. Dentre os inúmeros casos já divulgados, um de grande proporção diz respeito a Flávio Bolsonaro, filho do ex-Presidente da República, Jair Bolsonaro.

Logo após o pleito eleitoral de 2018, que conduziu Jair Bolsonaro à chefia do Poder Executivo Federal, Flávio, que neste mesmo ano conquistou uma expressiva votação para o cargo de Senador, passou a ser alvo de uma investigação em seu gabinete na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, onde ainda exercia mandato como Deputado Estadual.

Através de inquirições instauradas, foram identificadas “estranhas” movimentações financeiras entre ele e seu assessor, Fabrício Queiroz. Tais atos teriam se configurado por meio do repasse do salário do funcionário e do ex-deputado, numa ação em que ambos teriam se beneficiado de maneira ilícita do dinheiro público destinado ao custeio do gabinete do parlamentar na ALERJ.

Além do caso acima exemplificado, também pode-se citar um outro fato semelhante, ocorrido na Assembleia Legislativa de Goiás. Esse, envolve Edinair Maria dos Santos Moraes, que ganhou destaque ao protagonizar uma reportagem produzida pela TV Anhanguera (IMAGENS... 2015). Na matéria em questão, ao ser questionada acerca de sua conduta – de bater o ponto e ir embora, sem cumprir a devida carga horária – a servidora negou a suposta prática de “rachadinha” e saiu correndo.

Em ato contínuo, a equipe do veículo de comunicação, a fim de apurar devidamente os fatos, flagrou diversos pares, como Edinair Moraes, agindo da mesma maneira. Na reportagem, o Deputado Marlúcio Pereira alegou que o caso de Edinair não se caracterizava como “rachadinha”, uma vez que a mesma presta serviço como assistente social ao gabinete, sendo normal deixar a ALEGO para o exercício de sua função em um trabalho externo.

Existe também um episódio em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou o vereador Weverton Júlio de Freitas Limões, ex-diretor administrativo da Câmara Municipal da cidade, pastor Ailton Francisco de Moraes e sua ex-mulher, Marilene Cristina Costa Silva Moraes. De acordo com o Ministério Público Estadual, as irregularidades no caso se deram após as apurações realizadas indicarem que ao menos dois servidores contratados pelo vereador eram obrigados a repassar parte de seus vencimentos aos outros dois acusados. Diante da prática de “rachadinha”, Weverton e Ailton foram sentenciados a seis anos de detenção em regime semiaberto, enquanto Marlene deverá cumprir pena de um ano e cinco meses em regime aberto.

3 DA “RACHADINHA” E O DIREITO PENAL

O direito penal, assim como todos os ramos do Direito, é regido por diversos princípios que visam nortear a aplicação do direito positivo. Dentre esses princípios, é necessário destacar o princípio da legalidade. Conforme estabelecem o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal (1988) e, também, o art. 1º do Código Penal (1940), não há que se falar em crime sem que haja uma lei definindo-o como tal.

Nesse sentido, segundo Greco (2022, p. 156), “a lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal”. Em decorrência disso, considera-se como crime todo fato que seja típico, ilícito e culpável.

Mesmo com o extenso histórico de casos que envolvem a “rachadinha” tal prática não possui tipificação específica no código penal, ainda que existam projetos de lei que busquem a tipificação, como o PL 5612/2020, apresentado pelo deputado Fernando Rodolfo. Independentemente da legalidade, não há dúvidas que se trata de um comportamento grave e imoral, ferindo e ofendendo diretamente o interesse público, além do bem comum.

Ante o exposto, muito se discute acerca da natureza jurídico/penal da “rachadinha”. Em vista disso, verificam-se, ao menos, cinco correntes distintas sobre a adequação típica da conduta. Neste trabalho, há posições relacionadas aos crimes contra a administração pública (principal foco do estudo), sendo eles: peculato, crime de concussão e corrupção.

3.1 Peculato

Para a primeira corrente, a prática de “rachadinha” se enquadra como uma modalidade de peculato. O crime de peculato, previsto no artigo 312 do Código Penal (1940), objetiva punir o funcionário público que, em decorrência do seu cargo, tem a posse do bem público e se apropria ou desvia tal bem, em seu próprio benefício ou o de terceiro. Para esta conduta, o código prevê pena de prisão de 2 a 12 anos e multa, no entanto, a lei prevê pena mais branda para os casos culposos, no qual o servidor público não teve intenção de cometer o crime, bem como para os casos onde o servidor incorre em erro de outra pessoa, conforme o artigo 313 do mesmo Código.

Para a parte majoritária dos doutrinadores, o peculato pode ocorrer em três modalidades distintas, sendo elas: peculato-apropriação, peculato-desvio e peculato-furto. Tratando-se da modalidade peculato-apropriação, a prática está ligada com a primeira parte do caput do artigo 312,

ou seja, consiste na apropriação do bem. Já o caso de peculato-desvio encontra-se descrito na segunda parte do caput do art. 312. Nesse sentido, Bitencourt (2022, p. 26) esclarece que:

O verbo núcleo desviar tem o significado, neste dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos, no peculato-desvio o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem.

Por fim, no que diz a respeito ao peculato-furto, Luiz Regis Prado (2022, p. 1155) discorre que essa modalidade ocorre “quando o funcionário público, embora não dispondo da posse do dinheiro, valor ou qualquer bem móvel pertencente à Administração Pública ou a particular, o subtrai”.

Com relação à adequação do tipo a prática da “rachadinha”, Callegari (2021, texto *online*) manifesta-se da seguinte forma:

Nos casos que estão sendo intitulados como “rachadinha”, não há propriamente a modalidade desvio em proveito próprio, conduta exigida pelo tipo penal que configuraria a atividade delitiva. Ainda que o funcionário, por ocasião da contratação de seus subordinados, diga que uma parte deve retornar para ele, não há propriamente um desvio do dinheiro público. O dinheiro público, nesse caso, chega ao seu destinatário final, que é o subordinado, portanto, não foi desviado. Se o funcionário concorda em devolver parte dos valores recebidos, não há de se falar em peculato desvio.

3.2 Concussão

Para a segunda corrente, a “rachadinha” se enquadra como crime de concussão, caracterizado como o ato de um servidor público de exigir vantagem indevida para si ou para outrem, de maneira direta ou indireta, em razão da função, ainda que fora ou antes de assumi-la. O delito de concussão encontra-se tipificado no Artigo 316 do Código Penal, nos seguintes termos:

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:
Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa (BRASIL,1940).

Nas palavras do doutrinador Fernando Capez (2019, p. 637), o funcionário público:

Exige da vítima o pagamento de vantagem que não é devida. Como já vimos, trata-se de uma espécie de extorsão, só que praticada não mediante o emprego de violência ou grave ameaça, mas valendo-se o agente da sua autoridade pública como meio de coação (*metuspublicae potestatis*). A vítima, portanto, cede às exigências formuladas pelo agente ante o temor de represálias, imediatas ou futuras, relacionadas à função pública por ele exercida.

No delito de concussão agente “se vale da autoridade que detém em razão da função pública exercida para incutir temor na vítima e com isso obter indevidas vantagens. A concussão é, portanto, uma forma de extorsão praticada com abuso de autoridade” (CAPEZ, 2019, p. 169).

Em relação ao verbo nuclear previsto no tipo penal, Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 441) aduz que:

Exigir significa ordenar ou demandar, havendo aspectos nitidamente impositivos e intimidativos na conduta, que não precisa ser, necessariamente, violenta, porém há de conter uma forma de ameaça. Não deixa de ser uma espécie de extorsão, embora colocada em prática por funcionário público. O objeto da conduta é uma vantagem indevida.

Por fim, no que diz respeito ao conceito de vantagem indevida presente no caput do Artigo 316 do Código Penal, “pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes” (NUCCI, 2021, p. 441).

3.3 Corrupção

Para a terceira corrente, entende-se que a prática da “rachadinha” se amolda no crime de corrupção. Nesse delito, destaca-se duas modalidades, a corrupção passiva e a corrupção ativa. A corrupção passiva está tipificada no Artigo 317 do Código Penal Brasileiro, o qual possui a seguinte redação:

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:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa (BRASIL, 1940).

Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2022, p. 58), a corrupção passiva:

Consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não

existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.

Já o crime de corrupção ativa está tipificado no Artigo 333 do Código Penal com a seguinte redação:

Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, entende-se que a corrupção ativa decorre do oferecimento de alguma vantagem ilícita a um funcionário público, visto que o ato atenta contra a moralidade da Administração Pública.

O crime de corrupção pode ser facilmente confundido com o crime de concussão, visto que em ambos os delitos existe uma vantagem ao funcionário público. Nesse caso, de acordo com Bitencourt (2022, p. 128):

O crime não se caracteriza sem a oferta de vantagem explícita. Para que se configure a corrupção ativa é indispensável que a oferta ou promessa sejam feitas espontaneamente pelo agente, e, ao contrário da corrupção passiva, antes da prática do ato pelo funcionário público. Se a oferta ou promessa for motivada por exigência, haverá o crime de concussão (art. 316 do CP), e não corrupção ativa.

4 DOS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS

Não há, de fato, um entendimento majoritário por parte dos tribunais no que tange à prática das “rachadinhas”, uma vez que a conduta não é tipificada como crime no código penal brasileiro. Isso decorre também do fato de o STF, até o presente momento, não ter condenado nenhum político por tal prática ilícita.

Vale mencionar um entendimento firmado pelo STJ, direcionado ao funcionário fantasma (que diz respeito àquele que recebe remuneração), praticando ou não aquela função que fora designada, não se trata de ato ilícito, haja vista que receber o pagamento pelo eventual desempenho da função não configura apropriação ou desvio de dinheiro público. Diante disso, poderá então responder por fraudes na esfera administrativa, não cabendo qualquer sanção penal conforme jurisprudência abaixo.

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. FUNCIONÁRIO FANTASMA. SUPERVENIENTE DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL AO JUÍZO DE DIREITO PARA PROCESSAR E JULGAR O CASO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS E DAS DECISÕES TOMADAS. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O trancamento de ação penal no âmbito do habeas corpus é procedimento excepcionalíssimo, que merece a mais cuidadosa apreciação para que se evite, tanto quanto possível, a supressão da instância naturalmente competente para o deslinde da causa na sua inteireza. 2. Caso em que o Ministério Público estadual ofereceu denúncia contra prefeito municipal e contra o ora paciente, ambos pela prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, por doze vezes (art. 71 do CP). Segundo a peça, no período de 2/1/2015 a 30/12/2015, apesar de o primeiro réu ter nomeado o segundo para exercer cargo em comissão, este, mesmo tendo recebido as remunerações correspondentes ao período mencionado, jamais desempenhou qualquer serviço público para o Município. 3. Muito embora a Corte estadual, após o recebimento da denúncia, tenha, em decisão superveniente à impetração deste writ, declinado da competência e determinado o encaminhamento do feito ao Juízo local, em razão de o suposto crime atribuído na denúncia aos acusados não ter sido cometido no exercício do atual mandato do Prefeito (2017-2020), este habeas corpus não está prejudicado. Isso porque foi preservada a validade de todos os atos praticados e decisões proferidas até então. 4. No caso, a conduta do paciente não se subsume à do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a não prestação de serviços pelo servidor público não configura o crime indicado. A descrição apresentada na denúncia contra o paciente não poderia condizer - em uma eventual emendatiolibelli - nem com o tipo do art. 312 do Código Penal. Afinal, está pacificado o entendimento de que servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços atinentes ao cargo que ocupa não comete peculato. Configuração, em tese, de falta disciplinar ou de ato de improbidade administrativa. Precedentes. 5. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação ao paciente e excluir o seu nome do polo passivo da demanda (STJ. Recurso Especial nº 1633248 (2016/0276835-3). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data do Julgamento: 04/12/2018. Data da Publicação: 04/02/2019).

No entendimento firmado em julgamento pelo TSE, a “rachadinha” se constitui um dano ao erário, ao tempo que o STJ entende que a prática frequente se enquadra no crime de peculato-desvio que se encontra tipificado no art. 312, do Código Penal, conforme o julgamento abaixo.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO-DESVIO. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVANTES. ART. 62, I E II, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. EXCLUSÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DO NÚMERO DE DELITOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. VEREADOR. CAUSA DE AUMENTO. ART. 327, § 2º, DO CP. INAPLICABILIDADE. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. INADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA NÃO COLACIONADO. 1. A conduta praticada pela recorrente amolda-se ao crime de peculato-desvio, tipificado na última parte do art. 312 do Código Penal. 2. Situação concreta em que parte dos vencimentos de

funcionários investidos em cargos comissionados no gabinete da vereadora, alguns que nem sequer trabalhavam de fato, eram para ela repassados e posteriormente utilizados no pagamento de outras pessoas que também prestavam serviços em sua assessoria, porém sem estarem investidas em cargos públicos. 3. As circunstâncias mencionadas no julgado enquadram-se nas agravantes previstas no art. 62, I e II, do Código Penal e não se confundem com as elementares do tipo penal do art. 312 do mesmo Estatuto. Dessa forma, é devida a sua incidência, sendo que, para afastar a sua aplicação, seria necessário desconstituir o suporte fático traçado pela Corte de origem, o que é inviável em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 4. Correta a majoração da pena, pela continuidade delitiva, na fração máxima de 2/3, pois, segundo o acórdão recorrido, foram praticados oitenta crimes. 5. A norma penal incriminadora não admite a analogia in malam partem. Se o dispositivo não incluiu, no rol daqueles que terão suas penas majoradas em 1/3, os ocupantes de cargos político-eletivos, como o de vereador, não é possível fazer incidir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal tão só em função de o delito ter sido praticado no exercício da função. 6. Apesar de o recurso especial estar fundamentado também na divergência jurisprudencial, nas razões do especial não há menção a nenhum julgado do qual o acórdão recorrido teria dissentido. Sendo assim, o apelo nobre, no que diz respeito à alínea c do permissivo constitucional, não ultrapassa o juízo de admissibilidade. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido, a fim de excluir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, ficando a pena da recorrente reduzida a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais 20 dias-multa, no valor unitário fixado pelas instâncias ordinárias, restabelecido o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma da sentença (STJ). 6ª Turma. Recurso Especial nº 1.244.377/PR (2011/0050761-5). Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data do julgamento: 03/04/2014).

Por outro lado, há tribunal que adotou como posição enquadrar a “rachadinha” como corrupção passiva e peculato em concurso de pessoas, como foi o caso do Tribunal do Espírito Santo, conforme pode-se notar na decisão abaixo.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. PECULATO. SERVIDORES FANTASMAS. ESQUEMA DE RACHADINHA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS ATIVIDADES REALIZADAS. QUEBRA DE SIGILO. LIGAÇÕES E MENSAGENS INTERCEPTADAS. RECURSOS MARIA HELENA VICENTE LOPES, EDGAR BORGES MERCIER, ANGELO LIMA SOUSA, ANTONIO DANIEL GALDINO, MAIK BLANK DA COSTA E PAULO SÉRGIO RODRIGUES PEREIRA PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Peculato-desvio é crime formal para cuja consumação não se exige que o agente público ou terceiro obtenha vantagem indevida mediante prática criminosa, bastando a destinação diversa daquela que deveria ter o dinheiro. Precedentes STJ.2. Não existe consunção entre o peculato e a corrupção passiva pois o recebimento da vantagem (corrupção passiva) não se confunde com a nomeação de servidores fantasmas para desvio de dinheiro (peculato). Como dito acima, o peculato desvio exige somente a destinação diversa da verba; seu recebimento em razão do exercício do mandato caracteriza a corrupção passiva. 3. A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão, esta Corte

Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações. Precedentes STJ.4. Recursos parcialmente providos (TJ-ES. APR nº 0007768-14.2010.8.08.0006. Primeira Câmara Militar. Relator: Willian Silva. Data do julgamento: 26.08.2020).

CONCLUSÃO

Ao cessar os estudos sobre as práticas das “rachadinhas” fica evidente que é algo frequente no ambiente da política administrativa, mas que, ainda assim, não há previsão legal para tal conduta. Consequentemente, os casos denunciados e investigados possuem diferentes condenações.

Trata-se de ato exageradamente condenável e danoso, vez que são executados por pessoas providas de responsabilidade e confiança, que deveriam satisfazer as necessidades e urgências da sociedade.

Valendo-se da problemática abordada ao longo do presente trabalho, no qual são retratadas as possíveis condenações para os envolvidos nos esquemas, nota-se que foram capazes de obter respostas concretas para o objetivo trabalhado. Diante disso, é possível destacar possíveis enquadramentos de conduta para o esquema das “rachadinhas”, existindo, entretanto, divisão de opiniões, visto que essas possibilidades ponderam tanto sob o crime de peculato, concussão e corrupção ou, até mesmo, na inexistência de um ato ilícito.

Por fim, a elaboração deste trabalho foi importante e contributiva para o meio jurídico, levando-se em consideração o problema ocasionado pelo tema evidenciado.

Portanto, diante de todo o exposto, deixa-se a motivação para o legislador elaborar uma norma que tipifique a conduta de “rachadinha” como ilícita, visando, assim, uniformizar as sanções aplicadas aos indivíduos que a cometem e, quem sabe, diminuir a constância de sua prática.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A prática da vulgarmente denominada "rachadinha" configura crime?** 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333553/a-pratica-da-vulgarmente-denominada--rachadinha--configura-crime>. Acesso em: 05 maio 2023.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial - crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1633248 (2016/0276835-3). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data do Julgamento: 04/12/2018. Data da Publicação: 04/02/2019. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2164682>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1244377/PR (2011/0050761-5). Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data do Julgamento: 03/04/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25055214/inteiro-teor-25055215>. Acesso em: 02 maio 2023.

CALLEGARI, André. **Peculato e 'rachadinha'**: dificuldade de adequação típica. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-05/callegari-peculato-rachadinha-dificuldade-adequacao-tipica>. Acesso em: 05 maio 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. APR nº 0007768-14.2010.8.08.0006. Primeira Câmara Militar. Relator: Willian Silva. Data do julgamento: 26.08.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-es/1220236276>. Acesso em: 02 maio 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: artigos 1º a 120 do Código Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

IMAGENS da servidora que bate o ponto e foge viram piada na web. **G1**. Goiás, set. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/goias/noticia/2015/09/imagens-da-servidora-que-bate-o-ponto-e-foge-viram-piada-na-web.html>. Acesso em: 10 maio 2023.

NÓBREGA, Mailson da. “Rachadinha”: mais um grande escândalo do setor público? **Revista Veja**, jan. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/mailson-da-nobrega/rachadinha-mais-um-grande-escandalo-do-setor-publico>. Acesso em: 06 maio 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume Único. São Paulo: Grupo GEN, 2022.