

O primeiro dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública é a **usurpação de função pública**, previsto no art. 328 do Código Penal. Ele apresenta uma modalidade simples no *caput* e uma modalidade qualificada no parágrafo único.

Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Usurpar significa exercer indevidamente uma atividade pública de forma indevida. Quando se estuda o Direito Administrativo, verifica-se que o ingresso nos quadros da Administração Pública, salvo exceções, exige a aprovação em concurso público e o regular trâmite legal, o qual culmina na posse, a fim de preencher os postos com pessoas devidamente qualificadas, garantindo o regular funcionamento das atividades administrativas. Logo, a atuação de um sujeito que usurpa função pública, exercendo-a indevidamente, deve ser reprimida pelo Direito.

A modalidade **simples**, prevista no *caput*, admite os institutos despenalizadores da **Lei nº 9.099/1995: transação penal e suspensão condicional do processo**. A forma **qualificada**, aquela em que o sujeito auferir **vantagem** com a usurpação, admite somente o **acordo de não persecução penal**. O particular que desempenha uma função pública de forma indevida e um funcionário público que exerce função estranha a sua praticam o crime do art. 328 do Código Penal. Logo, é **crime comum**, que permite até mesmo um funcionário público como sujeito ativo.

Necessariamente, o sujeito praticará atos da função indevida (um único ato é capaz de consumir o delito, mas se não houver prática não haverá crime). Portanto, é **possível a tentativa**, como quando o sujeito chega à função, mas não consegue praticar ato inerente a ela. Nesse sentido, didáticas são as palavras de **Fernando Capez (2021)**:

No caso, o particular executa, ilegitimamente, atos de ofício, sem que detenha a qualidade de funcionário público, isto é, sem que tenha sido legalmente investido na função pública. Não basta tão somente que o particular se intitule funcionário público: é necessário que efetivamente pratique algum ato funcional. A mera atribuição da qualidade de funcionário público configura o delito do art. 45 da LCP.

A **Lei nº 13.432/2017** regulamenta a profissão do detetive particular. Antes dela havia divergência doutrinária sobre a ocorrência, ou não, do crime de usurpação de função pública por este profissional. Desde a promulgação da lei, a atividade do detetive foi delimitada como aquela que planeja, executa, coleta dados e informações de maneira habitual, mas **somente com informações não criminais**. É possível que ele colabore com investigação penal em curso, desde autorizado pelo delegado de polícia, sob pena de ocorrência do crime do art. 328, CP.

É um crime que **exige o dolo como elemento subjetivo**. Os crimes só podem ser punidos de forma culposa se houver previsão neste sentido e se houver compatibilidade lógica entre a conduta e o conceito de culpa. Neste caso**, não há qualquer previsão de modalidade culposa**. Logo, a usurpação de função pública só é punida a título de dolo.

A modalidade **qualificada** importa na **obtenção de vantagem** pelo agente criminoso. Um **terceiro beneficiário da vantagem será partícipe do crime**. Importante diferenciar algumas situações: se o sujeito foi aprovado no concurso, mas ainda não tomou posse e praticou as condutas, seu crime é o de exercício funcional ilegalmente antecipado (**art. 324, CP**). Se o titular da função pratica ato suspenso, há crime de desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (**art. 359, CP**). O **art. 335 do Código Penal Militar** prevê um crime específico de usurpação de função pública no seu âmbito.