

Agora iniciaremos um trabalho peculiar, passaremos a cuidar dos crimes em espécie. Para sermos eficientes, necessário que estabeleçamos um método prático.

Para fazê-lo, primeiramente, devemos nos recordar dos conceitos de elementos, elementares e circunstâncias (item 3.5.1). Então, no quadro abaixo exporei o que foi falado a respeito do tema quando tratamos da tipicidade (item 3.5).

3.5.1 – DOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL.

Os tipos penais (fato abstrato) têm seus elementos, os quais, de regra, vêm descritos na lei. **Elementos do tipo penal são as elementares e eventuais circunstâncias descritas na norma penal.** Observe, na descrição legal do crime de furto, que a expressão “coisa alheia” é um elemento, como também o é o verbo “subtrair”.¹

Então, observando a literalidade de cada dispositivo, notaremos os seus elementos. Vimos que os elementos podem ser as elementares, como também as circunstâncias previstas no tipo penal. Devemos defini-las.

Elementar é o elemento sem o qual o crime não existe. Observe mais uma vez o crime de furto. A expressão “coisa alheia” é elementar do crime, pois se não houver a subtração da coisa alheia, mas sim de coisa própria, não há que se falar em crime de furto.

Circunstância, por sua vez, é o elemento que, apesar de descrito na norma penal, pode ou não estar presente quando da concreção do fato. A sua ausência não leva à inexistência do crime, pois ela nada mais é que uma situação de fato ou de direito que rodeia, circunda, o crime. Observe o furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo (artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, do CP).²

¹ (Artigo 155 do CP - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.)

² **Furto qualificado**

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:
I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Não podemos, ademais, nos esquecer de que uma coisa é a definição legal da conduta delituosa; outra, bem diferente, é a concreção do fato social tido como criminoso.

Então, para que não tornemos tormentoso o trato da matéria, devemos analisar isoladamente cada acontecimento: fato social e fato abstrato (definição legal do crime).

<p>COLUNA (A) Fato Social: José subtrai para si o relógio de Joaquim.</p>	<p>COLUNA (B) Fato definido em lei: Furto Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.</p>
---	--

Observe, no quadro acima, que o fato social (coluna A) tem correspondência com o fato definido como crime (Coluna B). Portanto, posso dizer que a conduta de José (subtrair) é um fato típico, pois se ajusta ao modelo (tipo) de conduta previsto na lei penal.

Agora, observe o quadro abaixo.

<p>COLUNA (C) Fato Social: José subtrai para si o relógio de Joaquim, mediante o emprego de violência.</p>

Pergunto: A conduta de José (coluna C) se ajusta ao fato definido como crime na coluna B? A princípio, sim. No entanto, observamos que no fato social há algo que no modelo legal não existe. Há, então, uma contradição entre o fato social (coluna C) e o fato abstrato (coluna B). Se tal contradição (elemento especial)

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

der ao fato social uma conotação tal que o torne perfeitamente adequado a outro fato abstrato, não haverá o crime da coluna B. Mas, outro.

Observe, então, a coluna D abaixo.

Coluna D.

Fato definido na lei:

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou **violência** a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Observando o fato descrito na coluna D, noto que a conduta descrita na coluna C guarda perfeita correspondência com o fato definido na coluna D. Portanto, o fato social (coluna C) é crime de roubo (coluna D) e não furto (coluna B).

Do exposto, concluímos que o fato social será considerado crime quando se ajustar ao modelo descrito na lei. Esta, eventualmente, prevê crimes parecidos.

Portanto, devemos dispensar atenção, em momentos distintos, ao fato social e ao fato abstrato. Analisando-os, poderemos concluir se o fato social é, por se ajustar ao fato abstrato, um fato típico ou não.

Devemos em nosso trabalho implementar o método empregado nos exemplos acima. Ressalto que nas provas objetivas o fato social vem descrito no comando das questões e as alternativas, de regra, são os modelos descritos na lei penal (fato abstrato). Caberá, então, ao concursando empregar o raciocínio acima para chegar à resposta correta.

No trato dos crimes contra a administração pública, dispensaremos atenção a cada uma das condutas descritas como delituosas. Analisaremos cada um dos seus elementos, tais como sujeitos ativos e passivo, objeto material etc...

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Para, então, iniciarmos nosso trabalho, mister que saibamos os conceitos gerais dos elementos que em cada crime, de forma específica, nos interessarão. Assim, no quadro abaixo trago uma explanação ampla de cada um dos elementos que nos interessará.

Sujeito ativo: aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal.

Sujeito passivo: aquele que é titular do bem jurídico tutelado pela norma.

Objeto jurídico: é o interesse protegido pela norma penal (ex: a vida, o patrimônio, a fé pública etc...).

Objeto material: é a coisa ou a pessoa sobre a qual recai a conduta delituosa (ex: o relógio, no furto).

Conduta: são aquelas expressas nos verbos dos tipos penais.

Elemento subjetivo: Dolo ou culpa. Eventualmente, o tipo penal exige o elemento subjetivo do injusto (ou dolo específico) que é a vontade de o agente ir além da prática do verbo. Normalmente, o elemento subjetivo do injusto vem expresso por meio de expressões como “com o fim de...”.

Consumação: momento em que o crime se aperfeiçoa.

Como já disse, cuidaremos de cada um dos ilícitos e não nos esqueceremos da necessidade de confrontá-los para estabelecermos a distinção entre eles. E, no confronto, necessário o emprego do raciocínio prático implementado acima, ou seja, análise do fato social e do fato abstrato individualmente (Não se esqueça disso).

Dica importante: Como o direito penal é o que denomino direito das condutas, necessário que, no trato dos crimes em espécie, dispenseemos atenção especial ao verbo. Este indicará a conduta do agente: comissiva (ação) ou omissiva (abstenção). Não poucas vezes servirá de subsídio para distinguir um crime do outro.

11. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Os crimes contra a Administração Pública estão previstos no Título XI (DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA) da Parte Especial do Código Penal. Tal título vem subdividido em cinco capítulos. São eles:

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Capítulo I – Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração geral (artigos 312 a 327).

Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração geral (artigos 328 a 337-A).

Capítulo II-A – Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

Capítulo III – dos crimes contra a administração da justiça.

Capítulo IV – dos crimes contra as finanças públicas.

Procurarei, o quanto mais, obedecer à ordem legal. Assim, iniciaremos pelos crimes contra administração praticados por funcionários públicos. **No entanto, já antecipo que não nos interessarão os crimes praticados contra a administração pública estrangeira. Dos demais, daremos atenção àqueles que, de regra, estatisticamente, nos interessam.**

11.1. DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO GERAL.

Aqui, vamos tratar dos chamados crimes funcionais. São **crimes próprios**, pois exigem do sujeito ativo uma qualidade especial: ser funcionário público. Assim, antes de qualquer coisa, necessário que conceituemos funcionário público para efeito penal.

11.1.1. DO CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Todos os crimes que analisaremos neste item trazem em si uma norma penal dependente de complementação. Para compreendê-los, necessitamos de conhecer o conceito de funcionário público, o qual não está inserto em cada tipo penal.

Estamos, então, diante de **normais penais em branco**³, dependentes do complemento que conceitua funcionário público. O complemento conceitual está inserto no artigo 327 “caput” e parágrafo 1º, do CP, cuja letra segue abaixo.

³ Sobre normas penais em branco, vide o item 2.2.3.

Funcionário público⁴

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os 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.

Primeira coisa que aqui nos chama a atenção é a amplitude do conceito. Segundo dispõe o artigo 327, "caput", considera-se funcionário público, PARA EFEITOS PENALIS, quem exerce, transitoriamente ou não, remuneradamente ou não, cargo, emprego ou função pública.

Precisamos, então, conceituar cargo, emprego e função pública. Já sabemos, entretanto, mesmo o exercício transitório, não remunerado, de função pública, dá ao sujeito a condição de, para efeito penal, funcionário público.

CARGO PÚBLICO: Segundo a doutrina, cargo público é a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente. Todavia, há conceito legal de cargo público. O artigo 3º da lei 8112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) define cargo público como sendo o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

⁴ **EXAME DA OAB ESPIRITO SANTO 2005 (FCC) – prova 1.**

(39)- Equipara-se a funcionário público para efeitos penais:

- a- quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada para execução de atividade típica de administração pública.
- b- os que exercem múnus público, em que prevalece o interesse privado, como nos casos de tutores e curadores dativos.
- c- o preso que executa trabalho interno em estabelecimento prisional destinado a sua reinserção social.
- d- os advogados em geral, em razão do alcance social da função técnica que desenvolvem no exercício de sua função.

Gabarito oficial: A

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

EMPREGO PÚBLICO: De acordo com a doutrina dominante, emprego público tem, substancialmente a mesma conceituação de cargo público, o que os diferencia é que no emprego a relação jurídica estabelecida entre seu titular e a administração **não** é regida pela lei 8112/90, ou seja, pelo Estatuto, mas sim pela CLT.

FUNÇÃO PÚBLICA: de forma residual, conceituamos função pública como a atribuição desempenhada por um agente que não se caracteriza como cargo ou emprego público. Assim, considera-se funcionário aquele que, sem ter cargo ou emprego público, desempenha função pública extraordinária (contratado extraordinariamente).

Portanto, não é necessário um atuar remunerado e permanente, pois também é funcionário público aquele que atua sem remuneração e de forma transitória. Assim, considera-se funcionário público, desde outros, **o jurado e aqueles que desempenham a função de mesário ou escrutinador no pleito eleitoral.**

No parágrafo 1º do artigo 327, o legislador trata do **funcionário público por extensão ou equiparação**. Assim, considera-se, também, funcionário público aquele que 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**.

Portanto, devemos estabelecer o conceito de entidade paraestatal e de empresa prestadora de serviço contratada para execução de atividade típica da Administração Pública. Os seus funcionários são, para efeitos penais, considerados funcionários públicos.

ENTIDADE PARESTATAL: Aqui, nos valeremos do conceito legal estabelecido no artigo 84 da lei 8666/93. Segundo a lei, considera-se entidade paraestatal, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

Assim, em síntese, consideram-se entidades paraestatais as empresa públicas (Ex: Caixa Econômica Federal, a Empresa de Correio e Telégrafos), as sociedades de economia mista (ex: Banco do Brasil) e os serviços sociais autônomos (Ex: SESC, SESI, SENAC, SEST, SENAI, SENAR E SEBRAE). Não podemos nos esquecer, todavia, das autarquias (Banco Central, por exemplo).

EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO: É aquela que é contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração pública. (ex: hospital conveniado).

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

O parágrafo 2º do artigo 327 traz a figura de uma qualificadora que se aplica aos crimes que veremos adiante. Assim, se o crime é praticado por quem tem **cargo em comissão ou função de confiança**, a pena será aumentada de até a terça parte.

11.1.2. DO CRIME DE PECULATO.

Peculato

Art. 312 - 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:

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

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Aqui, nosso trabalho deve ser feito de forma fracionada. Em um primeiro momento, vamos tratar do “caput” e, posteriormente, dos parágrafos.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

No “caput”, o legislador prevê como criminosas as condutas de Apropriar-se e desviar. Daí, a doutrina chamar tais crimes de, respectivamente, **peculato-apropriação e peculato-desvio**.

Condutas: **Apropriar-se** (ter a coisa como própria ou assenhorar-se) e **desviar**⁵ (dar destino equivocado).

Sujeito ativo: O crime é praticado por quem é funcionário público. Portanto, trata-se de crime próprio. O autor (aquele que executa a conduta descrita no tipo), deve ser **funcionário público**. Este, todavia, pode obter colaboração (participação) em sua empreitada criminosa, oportunidade em que, se o colaborador, não for funcionário público, a ele a condição especial se comunicará, desde que a conheça. E, com isso, **o particular** responderá também por peculato.

Sujeito passivo: A administração pública diretamente e, quando particular a coisa, o prejudicado.

Objeto jurídico: a norma tutela o bom andamento da máquina administrativa.

⁵ PFN 2006 - ESAF

86- **Delúbio**, funcionário público, motorista do veículo oficial - Placa OF2/DF, indevidamente, num final de semana, utiliza-se do carro a fim de viajar com a família. No domingo, à noite, burlando a vigilância, recolhe o carro na garagem da Repartição. **Delúbio** cometeu crime de

- a) peculato.
- b) apropriação indébita.
- c) peculato de uso.
- d) peculato-desvio.
- e) furto.

Gabarito oficial: D

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Objeto material⁶: a conduta do agente deve necessariamente recair sobre: 1- dinheiro; 2- valor (é qualquer título que pode ser convertido em dinheiro); 3- qualquer bem móvel. Não há peculato de o bem for imóvel. O objeto material pode ser público ou particular.

Atenção: Para caracterizar o peculato-apropriação ou peculato-desvio, o agente tem que ter a posse do objeto material em razão do cargo. Portanto, necessário o vínculo (posse em razão do cargo) entre a coisa e o agente. Se não houver posse, não há possibilidade de haver apropriação ou desvio. Ao passo que, havendo a posse, esta deve ser motivada pelo cargo. Caso contrário, poderá haver o crime de apropriação indébita⁷, mas não o crime de peculato.

Assim, se o agente tem, em razão do cargo, a posse de bem móvel particular e dele se apropria, responderá pelo crime de peculato-apropriação. **Exemplo:** É o caso do policial que apreende determinado veículo particular e, de posse do bem, resolve se apropriar do aparelho de som que o equipa.

Elemento subjetivo: Dolo. Vontade de apropriar-se ou de desviar. Não há qualquer outro elemento subjetivo.

Consumação: O crime é material. Consuma-se, então, com o resultado danoso, isto, com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da Administração Pública.

⁶ [TC MG 2005 FCC](#).

62.No peculato, o objeto material do crime pode ser dinheiro, valor ou qualquer bem:

- a- móvel ou imóvel, particular.
- b- móvel, sempre público.
- c- móvel ou imóvel, público ou particular.
- d- móvel ou imóvel, sempre público.
- e- móvel, público ou particular.

[Gabarito oficial: E](#)

⁷ **Apropriação indébita**

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Participação: Como vimos quando falamos do sujeito ativo, o crime **admite a participação**. Assim, terceiro pode concorrer para que o crime se realize. Quando a colaboração é efetivada sem a realização do núcleo do tipo, temos a participação. Esta é uma das modalidades de concurso de agentes (artigo 29 do CP).

É, entretanto, necessário que o partícipe, para que responda pelo mesmo crime, tenha conhecimento da condição de funcionário público do autor. Caso contrário, isto é, caso não conheça a condição de funcionário público, responderá por outro crime, como, por exemplo, por furto.

O certo é que não conhecendo a condição de funcionário público do autor do crime, a ele não se estenderá tal conceito. É o que está preceituado no artigo 30 do CP⁸. Sobre o assunto, remeto o leitor ao tema “participação em crimes próprios” (item 3.9.4.3).

Observe, todavia, a questão comentada que segue no quadro abaixo.

⁸ **Circunstâncias incommunicáveis**

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

CGU – ANALISTA – CORREIÇÃO P 3 2006 (ESAF)
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

43- **A** (funcionário público da União Federal) desvia, atendendo solicitação de **B**, farmacêutico, sem qualquer vínculo com a União Federal, objeto confiado à sua guarda. A hipótese descreve:

- a) concurso de agentes.
- b) **A** pratica um crime e **B** outro crime.
- c) **A** pratica mera infração administrativa.
- d) **B** pratica furto qualificado.
- e) crime de concurso necessário.

Resolução: A questão aqui, primeiramente, é saber a natureza do crime. Precisamos saber se o crime é contra a administração pública (peculato) ou crime contra o patrimônio (furto ou apropriação indébita). Furto não é, já que a questão fala em desviar o objeto confiado a sua guarda. No furto, sabemos, a conduta prevista no tipo é subtrair. Apropriação indébita também não é, já que a conduta do tipo penal (apropriação indébita) é apropriar-se e não desviar. Resta-nos o crime de peculato. Apesar da imperfeita redação da questão, que não diz expressamente que a guarda da coisa pelo funcionário público, "A", decorre de sua condição pessoal (ser funcionário público), trabalharemos presumindo tratar-se de crime de peculato (artigo 312), cujas condutas previstas na lei são: apropriar-se, desviar, subtrair ou concorrer para que seja subtraído. O crime em tela é, portanto, o crime de peculato, que não é de concurso necessário. Crime de concurso necessário é aquele cuja existência depende de intervenção de mais de uma pessoa. Portanto, de concurso necessário é o crime que exige necessariamente a prática delitiva por mais de uma pessoa. São exemplos de crime de concurso necessário: a rixa (artigo 137) e a formação de quadrilha ou bando (388). O peculato, pelo fato de a lei não exigir que seja praticado por mais de uma pessoa, é de concurso eventual e não necessário de pessoas. Assim, **equivocada a alternativa "E"**. Quando um crime unissubjetivo (que pode ser praticado por uma só pessoa) é praticado por mais de um sujeito (concurso eventual de pessoas), diz-se que há concurso de agentes (artigo 29). O concurso de agentes ocorre por meio da co-autoria e também através da participação. Notamos, então, que o funcionário público, "A", desviou o bem de que tinha a guarda por meio de solicitação de outrem. Houve, então, concurso de agente, já que "B" colaborou de qualquer modo (induziu, instigou ou auxiliou materialmente) para o crime de outrem. Assim, já notamos que a **alternativa "A" está correta**. No caso da **alternativa "B", está equivocada** uma vez que, pelo princípio unitário, havendo concurso de agentes, todos responderão pelo mesmo crime, o que não ocorrerá

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

quando a lei expressamente o determinar. No caso em tela, a condição de funcionário público se comunica ao colaborador que não é funcionário público. Oportunidade em que todos responderão por peculato desvio. Já vimos que furto não houve, já que a conduta imputada a “A” não é a conduta do furto, ou seja, não é subtrair. Assim, o colaborador, “B”, não ajudou (concorreu) “A”, funcionário público, efetivar uma subtração, mas sim um desvio de coisa que tinha sob sua guarda. Portanto, errada a alternativa “D”. A alternativa “C” está incorreta, já que o funcionário “A” praticou o crime de peculato e não uma simples infração administrativa. Assim, correta a alternativa “A”.

Agora, vamos tratar do crime definido no parágrafo 1º do artigo 312 do CP. É ele conhecido como peculato-furto. Observe a letra da lei.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Tudo que dispusemos sobre o “caput” (peculatos apropriação e desvio) se aplica ao peculato-furto (parágrafo 1º). A distinção reside em dois pontos absolutamente interessantes: a conduta e o a facilidade que possui o agente.

Condutas: **Subtrair** (retirar, tirar às escondidas)⁹ ou **concorrer para subtração** (colabora de algum modo para que outrem subtraia) de dinheiro, valor ou bem, dos quais não tem a posse.

Observe que o nome doutrinário (peculato-furto) decorre de o verbo (subtrair) ser o mesmo do crime de furto (artigo 155 do CP). Para que ocorra a subtração, necessário que o agente não tenha a posse da coisa. Subtração não coaduna com posse. São coisas que se repelem. Quando se fala em subtração, pressupõe-se que o agente não tem a posse do bem subtraído.

No entanto, aqui, o agente subtrai ou concorre para a subtração de bem que, apesar de não ter a posse, tem facilidade outra decorrente do cargo público. É a facilidade da qual se vale o agente (funcionário) que distingue o peculato do crime de furto.

⁹ Prado – Luiz Régis Prado (Comentários ao Código Penal – Editora RT – página 637 – 2ª edição).

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Em ambos há a subtração de coisa alheia móvel. Todavia, no peculato, diferentemente do que ocorre no furto, o agente se vale de uma facilidade (qualquer facilidade que não seja a posse, pois se for a posse não há subtração) que possui em razão do cargo.

Exemplo: O funcionário A, sabedor de onde o seu colega, B, guarda o numerário (dinheiro) recebido diariamente na repartição pública, se vale de tal conhecimento e, na ausência daquele, subtrai tal valor.

Observe que, no exemplo, “A” não tinha a posse do bem. Todavia, tinha conhecimento, decorrente do seu cargo, de onde seu colega de trabalho guardava tal numerário.

Imaginemos, agora, que “A” não tivesse subtraído o bem. Mas, passou a “C”, particular (não funcionário), a facilidade que possuía; e este, agora se valendo da facilidade, subtraiu a coisa (numerário). Neste caso, “A” responderá por peculato, pois concorreu para que outrem viesse a subtrair o bem. Necessário, todavia, que a colaboração seja exatamente passar àquele a facilidade que detinha em razão do cargo.

QUESTÃO INTERESSANTE:

Pergunto: Quando “A” concorreu para que outrem subtraísse praticou ele crime de peculato como seu autor ou partícipe? **Respondo:** Autor é aquele que pratica a conduta descrita no verbo do tipo penal (ex: matar, no homicídio; e subtrair, no furto.). Partícipe, por sua vez, é aquele que concorre, colabora, sem realizar a conduta descrita no tipo penal, para a efetivação do crime. No caso em tela, “A” é autor, já que o verbo descrito no tipo penal é concorrer para a subtração.

Nas próximas linhas, dispensaremos atenção ao denominado **peculato culposo**. Ele está previsto no parágrafo 2º do artigo 312 do CP. Note sua literalidade.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Conduta: o funcionário, culposamente (imprudência, negligência ou imperícia), concorre para o crime de outrem.

É o que ocorre quando o agente deixa, por exemplo, no balcão da repartição pública, determinado bem (público ou particular) de cuja posse dispunha em razão do cargo. Assim agindo, permitiu que outrem subtraísse o bem.

Observe, no entanto, que não houve por parte do agente vontade de colaborar para a subtração. No caso, ele concorreu **CULPOSAMENTE** para o crime de outrem. O crime praticado por outrem pode ser o furto, a apropriação ou o desvio.

O funcionário que, por descuido, promoveu a possibilidade de outrem praticar o crime, responderá por crime de peculato culposo, cuja pena menor e de qualidade menos severa do que aquela prevista para o crime de peculato doloso.

Consumação: O crime se consuma com o resultado danoso, ou seja, com a prática do crime de apropriação, subtração ou desvio perpetrado por terceiro. Há necessidade então de dano ao erário. Não admite a tentativa, já que culposo.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

No parágrafo 3º está inserta uma benesse legal que só ao peculato culposo se aplica. Alerto, desde de já, que são poucas as provas objetivas de direito penal que não tratam do assunto mencionado no referido dispositivo.

No **peculato culposo, e só nele**¹⁰, a reparação do dano causado ou a restituição da coisa, poderá levar à extinção da punibilidade ou à redução da pena pela metade.

Assim, no **peculato culposo**, determinado evento (reparação do dano ou restituição da coisa) poderá levar à extinção da punibilidade ou à redução da pena pela metade.

¹⁰ **AUDITOR DO TRABALHO (FISCAL DO TRABALHO) ESAF – 2003**

30- Assinale a opção correta.

José da Silva, funcionário público municipal, encontrava-se em serviço na caixa de recebimentos de impostos prediais, local próprio para pagamentos de tributos em atraso. No final do dia, ao invés de depositar todos os valores recebidos na conta da Fazenda Pública, desviou dois cheques com a ajuda do bancário João, depositando-os em sua conta particular, pretendendo devolver a importância aos cofres públicos no prazo de 3 dias.

- a) se José da Silva restituir a importância devida aos cofres públicos antes da sentença, será extinta a sua punibilidade.
- b) João responderá em co-autoria por peculato culposo.
- c) José da Silva não faz jus à extinção da punibilidade mesmo que restitua a importância, pois cometeu crime de peculato doloso.
- d) João não responderá de modo algum em co-autoria com José de Silva.
- e) José da Silva não cometerá qualquer crime se devolver a importância aos cofres públicos antes do recebimento da denúncia já ofertada pelo Ministério Público.

Gabarito oficial: C

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Se o evento (reparação do dano ou restituição da coisa) ocorre até a sentença penal irrecorrível¹¹, há a extinção da punibilidade. Se, no entanto, lhe é posterior, há a redução da pena pela metade.

Necessitamos, então, estabelecer alguns conceitos, para, só assim, compreendermos o que nos interessa. Conceituaremos, a seguir, punibilidade e extinção da punibilidade, além de sentença irrecorrível.

Punibilidade é a consequência jurídica que decorre da prática de um ilícito, oportunidade em que o agente fica sujeito ao direito de punir do Estado.

Em determinadas situações, a punibilidade deixa de existir. Assim, apesar de praticada a infração penal, o Estado abre mão de seu direito de punir, ocasião em que o agente não mais estará sujeito a ele. Dá-se, então, a **extinção da punibilidade**.

Sentença penal irrecorrível é aquela que não pode mais ser objeto de recurso. Houve, no caso, o denominado trânsito em julgado da sentença. Disso decorre sua imutabilidade, ou seja, a coisa julgada.

Com isso, fica impossível no peculato culposo o arrependimento posterior (artigo 16 do CP).

¹¹ [TRE AMAPA \(JUD\) FCC 2006.](#)

47 – Em relação ao crime de peculato culposo, no qual o funcionário, por negligência, imprudência ou imperícia, permite que haja apropriação ou desvio, subtração ou concurso para esta, por outrem (artigo 312, parágrafo 2º, do CP)

- a- é possível a tentativa, na hipótese do funcionário que inicia culposamente os atos de facilitação, porém não conseguindo consumir o prejuízo.
- b- A restituição do objeto do crime ou sua apreensão posterior, descaracteriza o delito.
- c- Se a reparação do dano é posterior à sentença recorrível, a pena imposta será reduzida em até um terço.
- d- A reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade.
- e- O elemento subjetivo do crime é a vontade firme, definida e consciente de permitir com que outrem se aproprie, desvie ou subtraia bem ou valor da administração pública.

[Gabarito oficial: D](#)

11.1.3. PECULATO MEDIANTE ERRO DE OUTREM.

Peculato mediante erro de outrem

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Conduta: Apropriar-se (vide conduta no peculato – item 11.1.2)

Sujeito ativo: funcionário público.

Sujeito passivo: imediato: O Estado; mediato: o prejudicado.

Objeto material: dinheiro ou qualquer utilidade (bem móvel ou valor).

Elemento subjetivo: Dolo. Aqui, não há a figura do peculato culposo. O funcionário deve também saber que recebeu o objeto mediante erro. Atenção: Não pode o funcionário provocar o erro. Caso provoque, responderá por estelionato (artigo 171 do CP).

Consumação: O crime se consuma não no momento em que o funcionário recebe a coisa, mas no momento em que, tendo sua posse, dela se apropria. A **tentativa** é possível.

Exemplo: José é intimado a levar, para perícia, seu relógio até a delegacia de polícia. Lá chegando, entrega seu bem a João, o porteiro, sendo que o correto seria entregá-lo ao Delegado de Polícia. No entanto, João, recebe o bem e, recebendo-o, resolve se apropriar.

Note, no exemplo acima, que João não provocou o erro. A sua conduta foi manter em erro a vítima e, com isso, se apropriar do bem.

Doutrinariamente este crime é conhecido como **peculato-estelionato**. Uma vez que o estelionato contempla conduta de manter a vítima em erro para obter vantagem.

11.1.4. Inserção de dados falsos em sistema de informações.

Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

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

Conduta: Inserir (lançar, colocar) ou facilitar a inserção (permitir de qualquer modo a inserção) de dados falsos; ou alterar (modificar) ou excluir (retirar), **indevidamente**, dados corretos.

DICA IMPORTANTE: Observe que o nome do crime é “**Inserção de dados falsos em sistema de informações**”. No entanto, de acordo com as condutas descritas no tipo, cometerá o crime aquele que **exclui dados corretos**¹² indevidamente com o fim de

Sujeito ativo: funcionário público. Mas não qualquer funcionário público. Aqui, para que o crime exista o funcionário deve estar **autorizado** a fazer as modificações necessárias no banco de dados.

Sujeito passivo: imediato: O Estado; mediato: o prejudicado.

Elemento subjetivo: Dolo. O crime, todavia, além da vontade de praticar as condutas descritas no tipo, exige, para sua existência, uma vontade especial, um fim especial, que é **o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano**.

Aqui, o dolo específico ou elemento subjetivo do injusto. Observe, todavia, que a finalidade especial deve existir, em que pese não ser necessário que o agente consiga realizá-la.

¹² **TJ – REGISTROS PÚBLICOS 2002 (VUNESP)**

36. O funcionário autorizado que exclui indevidamente dados corretos dos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano comete o crime de

- (A) modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações.
- (B) falsidade ideológica.
- (C) inserção de dados falsos em sistema de informações.
- (D) falsificação de documento público.

Gabarito oficial: C

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Atenção: se o fato social (prática da conduta) não traz em si o fim especial, a conduta não caracterizará o crime em tela, pois não se amoldará a ele (fato abstrato). Não haverá tipicidade.

Objeto material: dados falsos ou verdadeiros sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública.

Consumação: O crime se consuma com as condutas (inserir, facilitar a inserção, excluir ou alterar), independentemente de se alcança o fim objetivado (obter vantagem indevida ou causar dano). Portanto, o crime é **formal**. Em tese, a **tentativa é possível**, bastando, para tanto, que a conduta seja fracionável no tempo.

CONFRONTO.

Note que a vantagem objetivada pelo agente não pode a ele ter sido oferecida ou prometida. Também não pode decorrer de sua solicitação. Caso haja interferência externa (solicitação, promessa ou oferta) estaremos, eventualmente, diante do crime de corrupção passiva (artigo 317 do CP). No crime do artigo 313-A, o agente objetiva vantagem que existe em seu íntimo (interesse pessoal) e que advirá, normalmente, da própria administração pública. Exemplo: Os casos de dados falsos lançados no sistema de informação do INSS, de onde se extrai vantagem indevida: pagamento de benefícios previdenciários.

11.1.5 Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações.

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

Conduta: Modificar (alteração substancial, radical) ou alterar (mudança que não chega a desnaturar substancialmente o sistema ou o programa) sistema de informação (conjunto de informação organizado e que dá à administração operatividade) ou programa de informática, sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

Observe, então, que, se houver autorização ou solicitação da autoridade competente, a conduta é atípica, pois não se ajusta ao tipo penal.

Sujeito ativo: funcionário público que não tem autorização ou solicitação de autoridade competente.

Sujeito passivo: O Estado.

Objeto material: sistema de informação ou programa de informática.

Elemento subjetivo: Aqui, não há necessidade de qualquer objetivo especial. Assim, basta o dolo dirigido à consecução das condutas prevista no tipo penal. A conduta culposa não configura o crime.

Consumação: O crime se consuma com as condutas (modificar ou alterar), independentemente de qualquer resultado danoso. Assim, o crime é de mera conduta. Admite, em tese, a tentativa, desde que fracionável a conduta.

Forma qualificada: O parágrafo único prevê o aumento de pena de 1/3 até a metade se das condutas decorre dano para a administração pública ou para o administrado.

Observe que, aqui, o dano, seja para a Administração Pública seja para o particular (administrado) não necessita ser objetivado pelo agente. Mas, apesar de não buscado, havendo o resultado danoso, a pena será aumentada. Trata-se, então, de uma circunstância que fará com que a pena seja aplicada com maior severidade.

11.1.6. Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

Art. 314 - Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Condutas: **Extraviar** (dar destino equivocado), **sonegar** (não restituir quando solicitado) e **inutilizar** (tornar imprestável para o fim ao qual servia). A inutilização pode ser parcial ou total.

Sujeito ativo: O funcionário público que tem a guarda do objeto material em razão do cargo.

Objeto material: livro oficial (são livros afetos à administração pública) ou qualquer documento. Observe que, depois de uma hipótese casuística, o legislador usa de expressão absolutamente ampla. Assim, aqui também os livros particulares são considerados objeto material, já que são documentos. Necessário, todavia, que estejam na guarda do sujeito ativo em razão do cargo.

Elemento subjetivo: Dolo. Não há crime se a conduta for culposa, oportunidade em que o funcionário público poderá ser, administrativamente, responsabilizado.

Consumação: O crime se consuma no momento em que é praticada a conduta. Em tese é **possível a tentativa**.

Crime subsidiário: O legislador, no preceito secundário (onde está prevista a pena) afirma que será ela aplicada se o fato não constituir crime mais grave. Assim, quando a inutilização, sonegação ou extravio foi meio para crime mais grave, como o estelionato, por exemplo, o agente não responderá pelo crime do artigo 314 do CP, mas sim pelo mais grave.

Norma penal em branco: Depende de complemento para sua compreensão, ou seja, depende de se conhecer os conceitos de livro oficial e documento, além do conceito de funcionário público. É conhecido como **tipo penal anormal**, onde há elementos dependentes de juízo de valor para sua compreensão.

Observe com muita atenção o confronto abaixo:

CONFRONTO.

Lei 8137/90 – Capítulo I – DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Seção II – PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - **extraviar** livro oficial, **processo fiscal** ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; **sonegá-lo**, ou **inutilizá-lo**, total ou parcialmente, **acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social.**

Note que as mesmas condutas podem configurar o crime contra a ordem tributária praticado por funcionário público. Analisemos os elementos do crime contra a ordem tributária e, ao final, faremos o efetivo confronto.

Sujeito ativo: Funcionário Público, que tem a guarda do objeto material em razão do cargo.

Condutas: Extravia, sonegar ou inutilizar.

Objeto material: livro oficial, **processo fiscal** (autos de processo administrativo fiscal) ou qualquer documento.

Elemento subjetivo: Dolo. Não se admite o crime na modalidade culposa. Não há necessidade de o agente querer ou buscar (dolo específico) causar pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social.

Consumação: Aqui, a diferença. Em que pese não ser necessária a busca pelo resultado (pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social), mister que o resultado ocorra, para que haja o crime em tela. Assim, **o crime se consoma com o resultado danoso.** É, então, material. Quando o resultado não ocorre, há o crime do artigo 314 do CP, já que, apesar de não ter ocorrido o resultado, houve extravio, sonegação ou inutilização de livro oficial ou qualquer documento.

Crime subsidiário: O legislador, no preceito secundário (onde está prevista a pena) afirma que será ela aplicada se o fato não constituir crime mais grave.

Conclusão do confronto: A diferença reside em que no crime do artigo 314 do CP, não há resultado, ao passo em que no crime contra a ordem tributária, necessário o resultado danoso (pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social), mesmo não querido pelo agente.

11.1.7. Emprego irregular de verbas ou rendas públicas.

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Condutas: Dar aplicação diversa da estabelecida em lei. Aqui, o agente emprega na própria administração pública, de forma irregular, verbas ou rendas. Aplica, então, na própria administração.

Sujeito ativo: Funcionário público que tem competência para dispor de verbas e rendas públicas.

Sujeito passivo: O Estado.

Elemento subjetivo: Dolo. Não admite modalidade culposa.

Objeto material: Verbas (numerário predeterminado para pagamento de despesas) ou rendas (numerário auferido, arrecadado, pelo Estado) públicas.

Consumação: consuma-se com o emprego efetivo de forma irregular. Admite a tentativa.

CONFRONTO:

Caso o agente desvie ou se aproprie de verbas ou rendas, há crime de peculato e não o crime em tela.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Aqui, o emprego irregular é dentro da própria administração pública. É, por exemplo, o caso daquele que tendo verba para empregar na construção de um hospital, emprega-a na construção de escolas. Afrontando a lei, cometeu o crime.

11.1.8. CONCUSSÃO.

Concussão

Art. 316 - 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.

Devemos, agora, dispensa especial atenção, já que as provas objetivas, constantemente perguntam sobre este crime.

Conduta: **Exigir**¹³ (impor, cobrar de forma impositiva) vantagem indevida. Observe as anotações sobre o momento, modo e motivo da conduta.

Momento da conduta: 1- no exercício da função; 2- fora dela (em férias, afastado, em licença) e 3- até mesmo antes de assumi-la (nomeado, mas ainda não tomada posse, ou tendo tomado posse, ainda não iniciou o exercício).

Modo da conduta: Diretamente ou indiretamente (por meio de interposta pessoa).

Motivo da conduta: em razão da função pública. Sempre em razão da função. Caso contrário, não há o crime. Poderá haver, então, a extorsão o constrangimento ilegal, mas não a concussão.

Sujeito ativo: Funcionário Público.

¹³ **PROCURADOR DO BACEN – 2002 – ESAF.**

89- "A", funcionário público, que é o responsável por estabelecimento hospitalar estadual, exige dos segurados pagamento adicional pelos serviços prestados. Nesta hipótese, "A" responderá por:

- a) corrupção ativa.
- b) apropriação indébita.
- c) corrupção passiva.
- d) concussão.
- e) extorsão indireta.

Gabarito oficial: D.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Elemento subjetivo: Dolo. Não há o crime na modalidade culposa. No entanto, a lei não exige outro elemento subjetivo, como, por exemplo, uma finalidade especial. Assim, para que o crime exista não é necessário que o agente exija a vantagem indevida para trabalhar bem ou mal. Basta que exija em razão de ser funcionário público. Portanto, no crime de concussão **não há finalidade como elemento do tipo.**

Objeto material: vantagem **indevida**. Necessário que seja indevida. Caso devida, haverá constrangimento ilegal ou extorsão ou exercício arbitrário das próprias razões. Mas, jamais concussão.

Consumação: consuma-se com a exigência. Não é necessária a obtenção da vantagem exigida. Assim, o crime é de consumação antecipada, consumando-se com a conduta **EXIGIR**. A obtenção da vantagem é o pos-factum impunível ou exaurimento do crime. O crime é classificado, então, como **formal.**

Exemplo: O agente da polícia federal, nomeado, para o cargo, dirige-se ao narcotraficante, seu conhecido, e exige vantagem indevida para não importuná-lo.

CONFRONTO:

Na lei 8137/90 há crime funcional absolutamente parecido com o crime de concussão, observe o confronto abaixo.

Lei 8137/90 – Capítulo I – DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Seção II – PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

II - **exigir**, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, **para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.**

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Conduta: EXIGIR.

Sujeito ativo: funcionário público.

Sujeito passivo: O Estado.

Objeto material: vantagem indevida.

Elemento subjetivo: Dolo. Além, todavia, da vontade de praticar o núcleo do verbo (exigir), o agente deve agir em busca de um fim especial, ir além, isto é, deve seu dolo abranger o elemento subjetivo do injusto (dolo específico) representado pela **finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social ou cobrá-los parcialmente**.

Assim, diferentemente da concussão, aqui é necessário que o agente atue imbuído por uma finalidade especial, que é trabalhar mal.

Consumação: o crime se consuma antecipadamente. Não exige ele o resultado para se aperfeiçoar. Basta a conduta exigir com a **finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social ou cobrá-los parcialmente**.

Conclusão do confronto: Caso, no fato social, não haja a finalidade especial, o agente responderá pelo crime de concussão e não pelo crime contra a ordem tributária. Assim, por exemplo, o auditor do fisco exige do empresário determinada quantia em dinheiro para não autuá-lo. Caso ausente a finalidade especial (de não autuá-lo), haveria concussão e não crime contra a ordem tributária.

11.1.9. EXCESSO DE EXAÇÃO.

No excesso de exação, apesar de crime autônomo, está previsto no parágrafo 1º do artigo 316 do CP. Não tem ele qualquer relação com o crime de concussão.

Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: [\(Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990\)](#)

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. ([Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990](#))

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

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

Observação: A exação, que é a cobrança pontual e regular de tributo ou contribuição social não é crime, pois é atividade típica do Estado para auferir recursos para sua subsistência. O crime é o EXCESSO de exação.

Condutas: **Exigir** (cobrar, demanda, reclama com imperatividade) tributo ou contribuição social que sabe ou devia saber indevido; ou, sendo devido o tributo ou contribuição social, **emprega** (se utiliza), na cobrança, meio vexatório (humilhante) ou gravoso (que causa maior prejuízo ao contribuinte) **não admitido em lei.**

Necessário para que exista o crime que, em primeiro lugar, haja a cobrança de tributo ou contribuição social indevido (indevido, porque a cobrança é inoportuna ou porque o valor da cobrança excede o valor devido) e, em segundo lugar, que, apesar de devido, o meio empregado é contra a lei, além de vexatório ou gravoso.

Aqui, na segunda modalidade, temos: **meio não admitido em lei + gravoso = excesso de exação; ou meio não admitido em lei + vexatório = excesso de exação.**

A respeito da conduta exigir, observe a questão comentada no quadro abaixo.

**CGU – ANALISTA – CORREIÇÃO P 3 2006 (ESAF)
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

45- **A** (funcionário público federal), nessa qualidade, com intuito de prejudicar **B** (contribuinte), exige contribuição social que sabia indevida. **A** comete o crime de:

- a) Extensão.
- b) Estelionato.
- c) Excesso de exação.
- d) Violência arbitrária.
- e) Concussão.

Resolução: Questão simples. Para resolvermos, necessário somente que conheçamos os verbos descritos nos crimes mencionados nas alternativas. Observe que o comando da questão traz em sua redação a conduta o verbo EXIGIR. De imediato, **excluimos a alternativa A**. Nela não há menção a qualquer crime. Crime de extensão, que eu saiba, não existe. No estelionato e suas diversas modalidades (artigo 171 e seguintes) não há a menção à conduta exigir. Portanto, **equivocada a alternativa "B"**. No crime de violência arbitrária (artigo 322 do CP), a conduta descrita é empregar violência e não exigir contribuição social indevida. Assim, **incorreta a alternativa "D"**. O crime de concussão (artigo 316) é o que poderia complicar um pouco, já que a conduta descrita no tipo é exigir vantagem indevida. Todavia, no crime de concussão o funcionário exige, para si ou para outrem, vantagem indevida. Não há que se falar, no crime concussão, previsto no artigo 316 "caput", do CP, em contribuição social ou tributo. Ausente, então, como elementos constitutivos do tipo penal do crime concussão o elemento "contribuição social". **Incorreta, assim, a alternativa E**. Já no crime de excesso de exação (artigo 316, parágrafo 1º, do CP)*, o agente exige contribuição social ou tributo que sabe ou devida saber indevido. Portanto, **correta a alternativa C**.

Sujeito ativo: Funcionário Público.

Sujeito passivo: O Estado imediatamente e o prejudicado de forma mediata.

Objeto material: Tributo ou contribuição social.

Elemento subjetivo: Dolo. Não há o crime na modalidade culposa. No caso da exigência do indevido, o agente deve saber que é indevido ou não sabendo, a lei presume que deveria sabê-lo. Na segunda modalidade, o agente deve saber que está agindo (empregando meio vexatório ou gravoso) de forma não admitida em lei. Para a existência do crime não é necessário um fim especial.

Consumação: O crime se consuma com a exigência ou com o emprego do meio vexatório ou gravoso não admitido em lei. No primeiro caso (exigir o indevido), o **crime é formal**¹⁴, pois independe da obtenção do indevido. Basta a exigência. Na segunda hipótese (emprega meio vexatório ou gravoso), por sua vez, o crime é de **mera conduta**. Será admitida a tentativa, caso fracionável a conduta.

Para a existência do crime é indiferente que o agente tenha recebido o indevido e o tenha recolhido aos cofres públicos. A conduta reprovável não é receber o indevido. Reprovável é exigir o indevido.

Atenção: observe que a atual redação do parágrafo 1º foi determinada pela Lei 8137/90. Assim, não é crime contra a ordem tributária. Mas sim, crime contra a administração geral.

Figura qualificada: O parágrafo 2º prevê a hipótese de excesso de exação qualificado. Aqui, a circunstância de o funcionário desviar em proveito próprio ou de outrem que recebeu indevidamente, leva à aplicação de pena maior.

Questão interessante:

Pergunto: Quando o funcionário público recebe o que cobrara **devidamente** e desvia-o em proveito próprio ou alheio, houve crime de excesso de exação?

Respondo: Não houve excesso de exação, já que cobrara o devido. No caso do desvio do bem, houve crime de peculato.

11.1.10. CORRUPÇÃO PASSIVA.

¹⁴ [MPE SERGIPE 2002 FCC](#)

9. A concussão e a corrupção passiva, esta na forma de solicitar, são crimes

- (A) formal e material, respectivamente.
- (B) materiais.
- (C) material e formal, respectivamente.
- (D) permanentes.
- (E) formais.

Gabarito oficial: E.

Corrupção passiva

Art. 317 - 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.

Condutas: **Solicitar**¹⁵ (pedir) ou **receber** (obter) ou **aceitar promessa** (pode ser tácita a aceitação: prática de ato que indique a aceitação). Como é crime que pode ser praticado por meio de várias condutas, diz-se na doutrina ser de conteúdo variado.

Momento da conduta: 1- no exercício da função; 2- fora dela (em férias, afastado, em licença) e 3- até mesmo antes de assumi-la (nomeado, mas ainda não tomada posse, ou tendo tomado posse, ainda não iniciou o exercício).

Modo da conduta: Diretamente ou indiretamente (por meio de interposta pessoa).

Motivo da conduta: em razão da função pública. Sempre em razão da função. Caso contrário, não há o crime. Poderá haver, então, a extorsão o constrangimento ilegal, mas não a concussão.

¹⁵ [MPE SERGIPE 2002 FCC](#)

9. A concussão e a corrupção passiva, esta na forma de solicitar, são crimes

(A) formal e material, respectivamente.

(B) materiais.

(C) material e formal, respectivamente.

(D) permanentes.

(E) formais.

Gabarito oficial: E.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Sujeito ativo: funcionário público. O crime é próprio. Mas, no caso de participação de terceiro, não funcionário, a elementar se comunica caso ele conheça tal condição pessoal.

Sujeito passivo: O Estado de forma imediata e o prejudicado, mediadamente.

Objeto material: vantagem **indevida**. Necessário que seja indevida. Caso devida, não há corrupção passiva.

Elemento subjetivo¹⁶: Dolo. Não admite a modalidade culposa. No entanto, não se exige uma finalidade especial, como por exemplo: trabalhar mal ou bem. Basta que solicite em razão de ser funcionário público.

Consumação: Na **modalidade solicitar**, o crime é **formal**, e, com isso, consuma-se com a ação (solicitação), independentemente do resultado (obtenção da vantagem indevida). Na **modalidade receber**¹⁷, o crime se aperfeiçoa com a

¹⁶ MPE AMAPÁ 2005 FCC.

12- 38 - Na corrupção passiva é certo afirmar:

- (a) O sujeito ativo do crime é o Estado, particularmente, a Administração pública, posto que é ele o titular do bem jurídico penalmente tutelado.
- (b) Para incidência do tipo, mister tenha o agente consciência de que recebe ou aceita a retribuição por um ato funcional que já praticou ou deve praticar;
- (c) O elemento subjetivo do tipo é a culpa, haja vista que o agente só poderá praticar o crime por negligência;
- (d) Trata-se de crime impróprio, unissubjetivo, não instantâneo, informal e de conteúdo não variado.

Gabarito oficial: b.

¹⁷ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL – RN (ANALISTA JUDICIÁRIO = ÁREA JUDICIÁRIA) 2005 – FCC.

(56) – Também ocorre o crime de corrupção passiva quando o funcionário público a- recebe, para si, diretamente, ainda que fora da função, mas em razão dela, vantagem indevida.

b- exige, para outrem, indiretamente, antes de assumir sua função, mas em razão dela, vantagem indevida.

c- desvia, em proveito próprio, dinheiro ou qualquer valor público de que tem a posse em razão do cargo.

d- se apodera, em proveito de terceiro, de dinheiro ou valor, embora não tenha a posse deles, valendo-se de sua função pública.

e- oferece vantagem indevida a outro servidor público para determiná-lo a praticar ou omitir ato de ofício.

Gabarito oficial: A

efetiva obtenção da vantagem. Portanto, o crime é material. Na modalidade aceitar promessa de tal vantagem, o **crime é formal**, pois não necessita ser recebida a vantagem. Basta que o agente exteriorize a aceitação. Assim, o crime se consuma com a simples aceitação da promessa de tal vantagem, independentemente de sua obtenção. Tentativa: Em que pese alguns autores não admitirem a tentativa, não vejo como absolutamente impossível. Assim, comungo do entendimento da maioria, onde a **tentativa é possível**, bastando, para tanto, que a conduta seja fracionável (crime plurissubsistente).

Questão interessante:

Pergunto: O receber, como conduta descrita no tipo, é o receber que decorre de eventual solicitação feita pelo funcionário público? **Respondo:** Não. Quando o funcionário público solicita, o crime já se consumou, sendo que o recebimento (obtenção) posterior à solicitação é o exaurimento do crime, ou pos factum impunível. O receber, como conduta típica, é aquele que não decorre de solicitação. Se não há solicitação, houve uma oferta. Assim, o receber descrito no tipo penal é aquele que decorre de uma oferta feita ao funcionário e não aquele que decorre de sua solicitação.

Figura qualificada: O parágrafo 1º prevê a forma qualificada do crime de corrupção passiva. De acordo com tal dispositivo, se o agente trabalha mal, ou seja, se o funcionário **retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional**, sua pena será aumentada de 1/3.

Observe que o que faz aumentar a pena não é a existência de a finalidade: trabalhar mal. O aumento da pena surge quando o agente efetivamente trabalha mal em razão da vantagem ou da promessa de tal vantagem.

Figura privilegiada: De acordo com o parágrafo 2º, A pena será menor, mas não deixa de ser corrupção passiva se o agente **pratica, deixa de praticar ou retarda** ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem.

Observe que aqui, as condutas são **PRATICAR, DEIXAR DE PRATICAR ou RETARDAR ATO DE OFÍCIO**. As condutas não são de solicita, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida. Aqui, não se fala em vantagem indevida. Há, como eu digo, o corrupto filantrópico. Pratica filantropia (obviamente em sentido pejorativo). Cede ele a **pedido o influência** de outrem.

É o que ocorre quando o funcionário que, atendendo ao pedido de conhecido, pratica ato infringindo dever funcional. Há corrupção passiva.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

DICA IMPORTANTE: CORRUPÇÃO PASSIVA é crime próprio, praticado por funcionário público. CORRUPÇÃO ATIVA¹⁸, por sua vez, é crime contra a administração, mas pode ser praticado por qualquer pessoa. Para distingui-los pense sempre em “P” de passiva para “P” de funcionário Público.

CONFRONTO:

Há crime contra a ordem tributária praticado por funcionário público, absolutamente semelhante à corrupção passiva. Precisamos estabelecer as distinções.

Lei 8137/90 – Capítulo I – DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Seção II – PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

II - exigir, **solicitar** ou **receber**, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou **aceitar promessa** de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Condutas: são as mesmas da corrupção passiva, ou seja, solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida.

Sujeito ativo: funcionário público.

¹⁸ **Crimes contra administração pública – praticados por qualquer pessoa. Corrupção ativa**

Art. 333 - **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.

Sujeito passivo: O Estado de forma imediata e o prejudicado, mediadamente.

Objeto material: vantagem **indevida**. Necessário que seja indevida. Caso devida, não há o crime contra a ordem tributária.

Elemento subjetivo: Dolo. Não há o crime na modalidade culposa. Além, todavia, da vontade de praticar o núcleo do verbo (solicitar, receber ou aceitar promessa), o agente deve agir em busca de um fim especial, isto é, deve seu dolo abranger o elemento subjetivo do injusto (dolo específico) representado pela **finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social ou cobrá-los parcialmente**.

Assim, diferentemente da corrupção passiva, aqui, é necessário que o agente atue imbuído por uma finalidade especial, que é trabalhar mal.

Consumação: o crime se consuma antecipadamente. Não exige ele o resultado para se aperfeiçoar. Basta a conduta com a **finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social ou cobrá-los parcialmente**.

Conclusão do confronto: Caso, no fato social, não haja a finalidade especial, o agente responderá pelo crime de corrupção passiva e não pelo crime contra a ordem tributária. Assim, por exemplo, o auditor do fisco solicita do empresário determinada quantia em dinheiro para não autuá-lo. Caso ausente a finalidade especial (para não de não autuá-lo), haveria corrupção passiva.