

10.1.4. FALSIDADE IDEOLÓGICA.

Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Condutas: **OMITIR** (Não constar, deixar de inserir) em documento público ou particular, declaração que dele devia constar. **INSERIR** (lançar, fazer a inserção) **ou FAZER INSERIR** (fazer com que outrem insira) nos referidos documentos declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita.

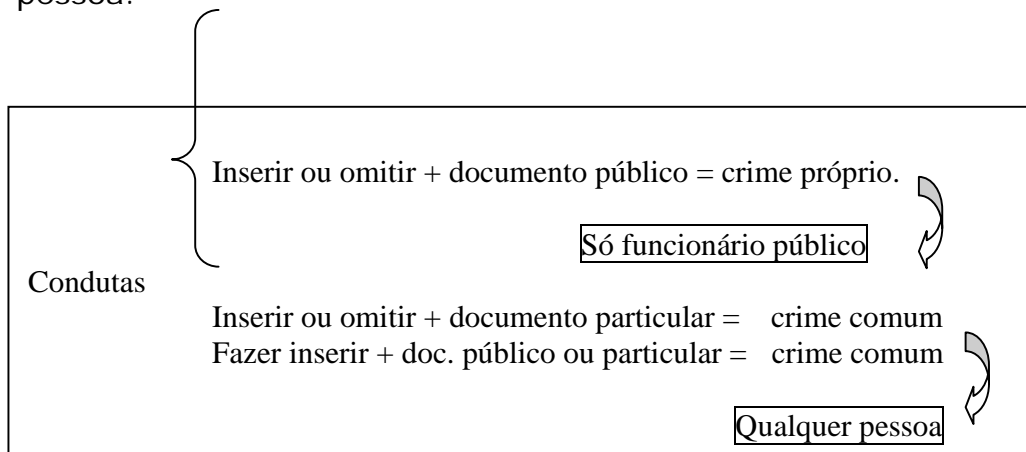
Sujeito ativo: Qualquer pessoa, de regra. No entanto, quando o objeto material é documento público (e aqui não se aplica a equiparação contida no artigo 297, parágrafo 2º, do CP¹), a **OMISSÃO e A INSERÇÃO** só podem ser praticadas por funcionário público, pois só a ele é outorgada a atribuição de elaborar documento público. **Admite o concurso de pessoas** (co-autoria e participação – artigo 29 do CP).

¹ § 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

DIREITO PENAL – CURSO COMPLEMENTAR P/ ICMS-SP
CURSOS ON-LINE – PROFESSOR JULIO MARQUETI

Portanto, em tais casos (omissão e inserção em documento público) **o crime é próprio**, só podendo ser praticado por funcionário público.

Nas demais modalidades (Omitir ou inserir, em documento particular, ou fazer inserir, em documento público ou particular), o **crime é comum**, já que pode ser praticado por qualquer pessoa.



Elemento subjetivo: Dolo. Não se admite o crime na modalidade culposa. No entanto, não basta vontade de inserir, fazer inserir ou de omitir. Necessário que, por ser ideológica a falsidade, também esteja presente a vontade dirigida à finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

O **crime é formal**, uma vez que a finalidade pode não ser alcançada, oportunidade em que o crime não deixa, de por isso, de existir.

A finalidade especial deve existir quando da prática das condutas. Portanto, o dolo deve transcender os limites do verbo, isto é, deve o agente agir com um fim que ultrapassa a vontade de praticar as condutas no verbo. Aqui, o **elemento subjetivo do injusto ou dolo específico.**

Então, para que o crime exista, necessário que no fato concreto (fato social) o agente deve agir alimentado por um fim especial, que é a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Objeto jurídico²: a fé pública.

Objeto material: documento público ou particular.

Consumação: O crime se aperfeiçoa **com a conduta**, isto é, com a omissão e inserção, esta direta ou indireta (fazer inserir). Portanto, a utilização do documento falso é irrelevante para que o crime ocorra. Necessário, somente, que as condutas se realizem. Da realização ou concreção das condutas decorre a consumação do ilícito. Também, para sua consumação, o crime não necessita alcançar o objetivo almejado (finalidade especial). A tentativa é admissível, em que pese de difícil caracterização.

Atenção: Trata-se de crime formal, de conteúdo variado, omissivo na modalidade omitir e comissivo nas demais.

Questão interessante:

Pergunto: Pode haver crime de falsidade ideológica quando o agente insere em documento público ou particular declaração verdadeira, ou seja, que corresponde, por exemplo, com a realidade dos fatos?. **Respondo**: Sim. Parece estranho. Mas, quando o agente insere declaração diversa da que devia constar, cometerá o crime caso no documento devesse constar não a verdade, mas a irrealidade. Observe o seguinte exemplo: A testemunha, intimada, vai à Delegacia de Polícia e declara à autoridade policial a sua versão dos fatos. O Delegado, todavia, conhecedor da verdade, lança, no termo de declaração, a sua versão e não a da testemunha. Houve falsidade ideológica, já que, no documento, devia constar a versão da testemunha e não a da autoridade policial, apesar de verdadeira.

Penas: excepcionalmente, aqui, dispensaremos atenção à pena cominada, já que em algumas oportunidades foi objeto de questionamento. Quando o **documento é público**

² [OAB 127 SP – FCC \(2005\)](#).

2-51. Em relação ao objeto jurídico e objeto material, assinale a alternativa correta:
a- no crime de furto, o objeto jurídico é a coisa subtraída e o objeto material é a propriedade.

b- No crime de homicídio, o objeto jurídico é a vida humana e o objeto material é o instrumento utilizado para o crime.

c- No crime de falsidade documental, o objeto jurídico é a fé pública e o objeto material é o documento falsificado.

d- No crime de prevaricação, o objeto jurídico é a regularidade da administração pública e o objeto material é o bem lesado.

[Gabarito oficial : C](#)

a pena é de reclusão, de um a cinco anos, e multa. Caso **particular o documento**, reclusão de um a três anos, e multa.

Figura qualificada: O parágrafo único do artigo 299 nos traz duas hipóteses de crime falsidade ideológica qualificado, ocasião em que a pena será aumentada de um sexto (sexta parte). São elas:

1- **Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo**.

Quando o crime é praticado pelo funcionário público se valendo, para tanto, de sua condição especial, a pena será aumentada.

Observe, todavia, que a qualificadora só pode ocorrer quando a condição de funcionário público não é pressuposto (elementar) para a existência do crime. Não posso pressupor a condição de funcionário público para a existência do crime e determinar que tal condição leve ao aumento da pena. Caso assim fosse, não teríamos, nas hipóteses de omissão ou de inserção em documento público (crime próprio), outra pena que não a aumentada.

Assim, a causa de aumento de pena só incidirá quando a condição de funcionário público não for necessária (elementar) para a existência do crime. É o que ocorre quando o funcionário público, se valendo de sua condição especial, insere em documento particular declaração falsa, por exemplo. Aqui, a condição de funcionário não é elementar do crime e, portanto, pode ser a causa do aumento de pena.

2- **Se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil**.

A falsidade (falsificação ou alteração) de assentamento de registro civil também levará ao aumento da pena. Observe que os verbos da qualificadora (falsificar ou alterar) denotam a prática de crime de falsidade material. Todavia, devem ser entendidas como modo de falsidade ideológica, pois aumentam a pena quando praticadas as condutas do "caput" (omitir, inserir ou fazer inserir).

Assentamento de registro civil não se confunde com a certidão de registro civil. Esta é, na realidade, a representação sintética do que consta do registro civil. Assim, a certidão de nascimento representa o que consta do registro de nascimento. Portanto, do

assentamento é que se origina a certidão de registro civil. Com isso, concluímos que se o assentamento é falso, todas as certidões dali extraídas serão maculadas.

10.1.4.1 DO CRIME DE FALSIDADE COMO CRIME-MEIO.

Não são poucas as vezes em que o crime de falsidade é meio para a prática de outros crimes, oportunidade em que o agente responderá por um só dos crimes, ou seja pelo crime fim.

É o que ocorre com o estelionato, com os crimes de sonegação e outros. Vejamos, em frente os crimes de sonegação fiscal previstos na lei 8137/90. Não trataremos dos crimes funcionais (artigo 3º). Trataremos, então, dos crimes do artigo 1º e 2º da referida Lei.

11. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – LEI 8137/90 (SONEGAÇÃO FISCAL).

Para tratarmos do assunto, necessário que tenhamos a lei em mão. No entanto, durante a aula vou, como tenho feito em todo o curso, trazer à colação dos dispositivos legais que nos interessam.

Nos artigos 1º e 2º estão os crimes de sonegação praticados por particular. Não vamos tratar de cada uma das condutas, para não sermos prolixos. Veremos que os modos de se cometer os crimes é, de regra, a prática de falso (falsidade material ou ideológica).

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária **suprimir ou reduzir** tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

**DIREITO PENAL – CURSO COMPLEMENTAR P/ ICMS-SP
CURSOS ON-LINE – PROFESSOR JULIO MARQUETI**

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

No artigo 1º, os crimes são materiais, isto é, os crimes se consumam com o resultado. Portanto, as condutas são SUPRIMIR e REDUZIR e não aquelas arroladas nos incisos.

CONDUTAS: **SUPRIMIR** (deixar de satisfazer completamente o crédito tributário, deixar de pagar) ou **REDUZIR** (satisfação parcial do crédito tributário, deixar de pagar parcialmente) tributo ou contribuição social.

No entanto, o crime só existirá se o agente se valer dos atos mencionados nos incisos I a V. Caso consiga suprimir ou reduzir por outro meio, a conduta não caracteriza o crime.

Diante disso concluímos que os atos arrolados nos incisos I a V não são exemplificativos, mas sim exaustivos. Caso pratique a conduta de suprimir ou reduzir por outro meio não cometera o agente o crime em tela.

Note que nos incisos I a IV os atos são de falsidade, ideológica ou material. Portanto, havendo o falso + supressão ou redução = crime contra a ordem tributária. O falso é crime meio. Caso, todavia, não haja a supressão ou a redução, em que pese a falsidade cometida, o agente responderá por crime de falso consumado.

SUJEITO ATIVO: Qualquer pessoa que deva satisfazer a obrigação tributária.

SUJEITO PASSIVO: O Estado.

OBJETO MATERIAL: Tributo ou contribuição social. Trata-se de norma penal em branco, já que necessita, para sua compreensão, de conceitos estabelecidos em leis tributárias. Elas é que definirão o que se considera tributo ou contribuição social.

ELEMENTO SUBJETIVO: DOLO. Não se admite a modalidade culposa. A lei não exige dolo específico, ou seja, elemento subjetivo especial. Basta vontade de SUPRIMIR ou REDUZIR tributo ou contribuição social através dos atos mencionados nos incisos I a V.

CONSUMAÇÃO: O crime, por ser material, se consuma no momento em que o **resultado** naturalístico ocorre, isto é, no momento em que há a REDUÇÃO ou a SUPRESSÃO. Em dadas oportunidades, em que pese a falsidade, não posso considerar que já tenha havido a redução ou supressão, já que o contribuinte antes de exigível o pagamento (antes do prazo) sanar a mácula. Neste caso, não ocorreu o crime, já que ele não pode ser considerado como inadimplente.

Trata-se de crime material, de conteúdo variado e comum.

No parágrafo único, o legislador considera crime de sonegação (crime contra a ordem tributária) o fato de o agente deixar de atender, dentro de 10 dias, a exigência da autoridade (Fazendária).

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Aqui, no artigo 2º, a questão inicial é saber se o crime é formal ou material. Observe que o legislador não prevê como conduta a REDUÇÃO ou SUPRESSÃO de tributo ou contribuição social. Disso decorre a conclusão de que o crime é, de regra, formal, apesar de opiniões em sentido oposto.

CONDUTAS: Analisaremos, aqui, cada uma das condutas mencionadas nos incisos, já que, diferentemente do artigo 1º, constitui crime não a supressão ou a redução, mas sim a prática das condutas mencionadas nos incisos com o fim de suprimir ou reduzir. Os crimes são, de regra, formais.

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

A conduta aqui é praticar falsidade ideológica ou qualquer outra fraude, com o fim de eximir-se de pagamento de tributo. Portanto, a conduta não é reduzir ou suprimir, mas sim, praticar a falsidade com o fim de não pagar tributo. Caso a finalidade seja outra, o crime será de falsidade ideológica ou outra falsidade.

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Aqui a conduta é omissiva, onde o agente está obrigado, como responsável, a recolher o “quantum” que fora descontado ou cobrado e não o faz. É o caso típico daquele que desconta do assalariados o imposto de rendas (retenção na fonte) e deixa de repassar o valor aos cofres públicos. Neste caso, o crime se aperfeiçoa com a omissão.

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

Aqui, a conduta é omissiva (deixar de aplicar) ou comissiva (aplicar em desacordo). O agente deixa de aplicar ou aplica em desacordo com o estatuído o numerário referente a incentivo fiscal ou parcela de imposto liberada por órgãos ou entidades de desenvolvimento.

Na realidade o Estado, através incentivos, busca fomentar determinada atividade (normalmente de produção) e, o beneficiário, tendo recebido o incentivo, deixa de aplicar ou aplica-o em desacordo com o estatuído.

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Trata-se de conduta comissiva que busca implementar a fraude fiscal por meio de programa de processamento de dados. Não é necessário que a supressão ou redução do tributo efetivamente ocorra. Basta a conduta de utilizar ou divulgar o programa.

O sujeito ativo é aquele que figura como sujeito passivo da obrigação tributária. No caso do inciso V, poderá praticar o crime aquele que, não sendo sujeito passivo da obrigação tributária, utiliza ou divulga o programa de processamento de dados.

Consumação: O crime se consuma com a prática dos atos arrolados nos incisos I a V. Em determinadas hipóteses, especialmente no caso do inciso II, a conduta poderá levar inevitavelmente à SUPRESSÃO ou REDUÇÃO do tributo ou contribuição social. É o crime, de regra, formal, de conteúdo variado e comum.

11.1. SONEGAÇÃO QUALIFICADA.

De acordo com o que dispõe o artigo 12 da lei 8137/90, a pena será agravada quando: I - ocasionar grave dano à coletividade; II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções; III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

Percebemos que aos crimes contra a ordem tributária serão aplicáveis as hipóteses dos incisos I e II, sendo certo que, a do inciso II, é a que mais se afeiçoa aos crimes de sonegação. Todavia, o legislador trata de maneira indistinta.

11.2.DO CONCURSO DE AGENTES.

De acordo com o que dispõe o artigo 11, aquele que de qualquer modo, até mesmo por meio de pessoa jurídica, pratica qualquer dos crimes definidos na lei, incidirá nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Aqui, há a representação fiel do disposto no artigo 29 do CP. Portanto, o legislador trata da co-autoria e da participação.

11.2.1.DA DELAÇÃO PREMIADA.

No caso de co-autoria ou participação, aquele que, através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1/3 a 2/3.

Trata-se de causa de diminuição de pena, cuja aplicação é obrigatória desde que presentes os requisitos legais. Portanto, não é facultada a aplicação da diminuição de pena. O Juiz tem o dever de aplicá-la se presentes os requisitos legais.

Requisitos:

- 1- crimes cometidos em co-autoria ou quadrilha (diz quadrilha, quando deveria ter falado em participação).
- 2- Confissão espontânea.
- 3- Revelação de toda trama delituosa.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.
([Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995](#))

Observe na questão abaixo que a alternativa D, que trata dos crimes contra a ordem tributária, está incorreta, pois afirma que é incabível a delação premiada em caso de confissão espontânea.

TRE AMAPA (ADM) FCC 2006.

50- Assinale a alternativa correta.

- a- Os menores de 18 anos são penalmente imputáveis por suas condutas.
- b- sujeito ativo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa.
- c- culpabilidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre a conduta, do agente, o fato natura, concreto, e a descrição contida na lei.
- d- Nos crimes contra a ordem tributária em especial, a colaboração espontânea de co-autor ou partícipe, mesmo que por confissão em que revele a trama criminosa, não acarreta a redução de sua pena.
- e- O objeto material do crime de furto é a coisa alheia móvel, a ela equiparando-se a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Gabarito oficial: E

11.3.DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

Sobre o tema do pagamento do tributo ou contribuição social como causa de extinção da punibilidade, há uma sucessividade de leis no tempo. Com isso, devemos determinar qual (ou quais) das leis imperam.

~~Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. [\(Artigo revogado pela Lei nº 8.383, de 30.12.1991\)](#)~~

O artigo 14, acima transcrito, previa a extinção da punibilidade quando, nos crimes contra a ordem tributária, o agente promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

No entanto, tal dispositivo foi revogado pela lei 8383/91 (artigo 98), cuja literalidade segue abaixo.

Lei 8383/91 - Art. 98. Revogam-se o [art. 44 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962](#), os [§§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964](#), o [art. 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965](#), o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, os [arts. 13 e 14 da Lei nº 7.713, de 1988](#), os incisos III e IV e os §§ 1º e 2º do art. 7º e o art. 10 da Lei nº 8.023,

DIREITO PENAL – CURSO COMPLEMENTAR P/ ICMS-SP
CURSOS ON-LINE – PROFESSOR JULIO MARQUETI

de 1990, o inciso III e parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.134, de 27 de dezembro de 1990 e o [art. 14 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#).

Posteriormente, com o advento da Lei 9249/95, foi restaurada a possibilidade de o pagamento possibilitar a extinção da punibilidade, desde que efetivado antes do recebimento da denúncia, tudo de acordo com o que dispõe o seu artigo 34, cuja letra segue abaixo.

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na [Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e na [Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965](#), quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Hoje, além da incidência do disposto no artigo 34 da Lei 9249/95, o pagamento que decorre da inserção da pessoa jurídica no REFIS (refinanciamento) faz extinguir a punibilidade do agente que, representando-a, praticou os delitos contra a ordem tributária. É o que decorre do disposto no artigo 9º, da Lei 10.684/2003, cuja literalidade segue abaixo:

Lei 10.684/2003 - Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos [arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Observe no quadro abaixo quais são os dispositivos em vigência atualmente. Serão eles que regerão as hipóteses de extinção de punibilidade pelo pagamento.

SONEGAÇÃO FISCAL (CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA).

1- EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (Lei 9249/95 - Art. 34.)

Beneficiário : Qualquer um que tenha cometido o crime de sonegação.

Condutas: pagamento do tributo ou contribuição, inclusive acessórios.

Momento: Antes do recebimento da denúncia.

Conseqüência: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

2- EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (Artigo 9º da Lei 10684/03).

Beneficiário : Aquele que, relacionado com pessoa jurídica, tenha cometido o crime de sonegação.

Condutas : o pagamento integral, parceladamente ou não, dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Momento : Até antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Conseqüência : EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

3- ARREPENDIMENTO POSTERIOR (artigo 16 do CP).

Não se aplica aos crimes de sonegação fiscal (lei 8137/90), já que se o agente repara o dano antes do recebimento da denuncia, o benefício é a extinção da punibilidade (artigo 34 da lei 9249/95). Caso o pagamento seja posterior, aplica-se, ao agente relacionado com pessoa jurídica, o disposto no artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei 10684/2003.

11.4.DA AÇÃO PENAL

Os crimes contra a ordem tributária são de ação penal pública incondicionada. Assim, caberá ao Ministério Público, de forma incondicionada, promover a ação penal contra os autores dos ilícitos.

No entanto, qualquer do povo poderá promover a representação necessária para que o Ministério Público inicie a ação penal pública. A respeito do tema, observe a redação do artigo 15 e 16 abaixo.

Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

12. DO ABUSO DE AUTORIDADE.

Dispensaremos atenção agora aos crimes de abuso de autoridade que estão insertos na **lei 4898/65**. De acordo com o que dispõe a referida lei, as condutas de abuso de autoridade estão arroladas nos artigos 3º e 4º que veremos mais adiante.

Antes, todavia, de tratarmos casuisticamente das condutas que caracterizam o abusado de autoridade, necessário que tratemos de seu elemento subjetivo, bem como de sua consumação, além do conceito de autoridade para efeito de estabelecer o sujeito ativo do crime.

12.1.ELEMENTO SUBJETIVO.

O crime de abuso de autoridade, em qualquer de suas modalidades (artigo 3º ou 4º), só é possível a título de **dolo**. Assim, **não se admite abuso de autoridade culposo**.

No entanto, não basta o dolo dirigido a concretizar os elementos objetivos do tipo penal. Necessário que o agente haja sabendo que está exorbitando do poder. Com isso, concluímos que o abuso de autoridade exige um agir extraordinário.

Não basta, para que exista o crime em tela, que, por exemplo, a autoridade policial deixe de soltar aquele que está preso provisoriamente. Necessário que aja sabendo que está exorbitando. Assim, no crime de abuso de autoridade o agir decorre de capricho, maldade, prepotência (etc): abuso de poder.

Em síntese: O crime exige o **dolo**, ou seja, a vontade de concretizar a conduta objetivamente, isto é, do modo como ela está prevista na lei. Além disso, necessário que o agente aja sabendo que está exorbitando.

12.2. DA CONSUMAÇÃO.

Sobre o momento consumativo, devemos analisar as condutas descritas nos tipos penais para precisarmos quando o ilícito se aperfeiçoa. No entanto, já notamos que o crime é de dano.

De pronto, notamos que os crimes mencionados no artigo 3º não admitem a forma tentada, pois de acordo com a lei configura crime qualquer atentado contra os bens tutelados pela norma. Assim, mesmo que tentado, tem-se como consumado o crime, pois na tentativa há atentado contra tais bens.

Já, sobre as condutas descritas no artigo 4º, necessitamos analisar casuisticamente para sabermos ser possível ou não a tentativa.

12.3. DO SUJEITO ATIVO.

O crime de abuso de autoridade só pode ser praticado por quem é autoridade. Para efeito de aplicação da lei, o seu artigo 5º, define o que entende por autoridade, observe a literalidade abaixo.

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

No entanto, o conceito legal é absolutamente carente. Não traz, por exemplo, elemento conceitual que denote o exercício de autoridade. De acordo com a literalidade do texto basta ser funcionário público para ser autoridade.

Todavia, não é a melhor solução. Para ser autoridade, o sujeito tem que ser funcionário público + poder que indique autoridade. É óbvio que o caso concreto indicará estar o agente em situação de autoridade ou não.

Para conceituar funcionário público, vamos nos valer do conceito inserto no artigo 327 do CP. Observe as anotações do quadro abaixo.

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.

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 PENAIIS, quem exerce, transitoriamente ou não, remuneradamente ou não, cargo, emprego ou função pública.

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

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

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.

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).

Mas, como já vimos, não basta ser funcionário público. Necessário que, além disso, tenha o sujeito poder (fiscalizador, correcional, coercitivo etc..) que denote autoridade. Só, então, terei a autoridade passível de praticar o crime de abuso de autoridade.

Questão interessante.

Pergunto: Para cometer o crime é necessário que o agente (autoridade) esteja no exercício de seu ofício? **Respondo**: Não. No entanto, necessário que aja como se estivesse, ou seja, necessário que aja se valendo da condição de autoridade.

12.4. DAS CONDUTAS CRIMINOSAS.

As condutas que caracterizam, segundo o legislador, o crime de abuso de autoridade estão arroladas no artigo 3º e 4º da Lei 4898/65. Observe a letra da lei.

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;

DIREITO PENAL – CURSO COMPLEMENTAR P/ ICMS-SP
CURSOS ON-LINE – PROFESSOR JULIO MARQUETI

- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. *(Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79)*

No artigo 3º, notamos que as condutas serão consideradas crime de abuso de autoridade quando atentarem contra direitos nobres dos indivíduos.

São inclusive direitos que estão, em sua maioria, assegurados no texto constitucional. Mas, entretanto, não podemos deixar de enfatizar que em determinadas oportunidades tais direitos sucumbem (são relativos) frente o interesse da coletividade (interesse público).

Portanto, há oportunidades em que atentados contra tais direitos são acobertados pelo ordenamento jurídico e, não poucas vezes, caracterizam “estrito cumprimento do dever legal”. Em tais ocasiões o agente não será responsabilizado.

No caso do artigo 4º, o legislador trata de forma mais detida e precisa de cada uma das condutas. Notaremos que algumas das hipóteses do artigo 4º se ajustam perfeitamente a situações arroladas no artigo 3º. Quando ocorrer tal coincidência, a autoridade responderá por um dos crimes.

- Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:
- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
Exemplo: Prisão em flagrante fora das hipóteses admitidas em lei.
 - b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
Exemplo: Acorrentar presos e submetê-los a exposição pública desmotivadamente.
 - c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

Exemplo: Deixar de comunicar ao Juízo o cumprimento de ordem de prisão preventiva e também a prisão em flagrante delito.

d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

Exemplo: O juiz recebe comunicação de prisão em flagrante e, observado que não é caso da prisão cautelar, deixar de relaxá-la.

e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;

g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Incluído pela [Lei nº 7.960, de 21/12/89](#))*

12.5. DAS PENALIDADES.

De acordo com o que dispõe o artigo 6º da lei 4898/65, a autoridade que cometer o crime de abuso estará sujeita às sanções penal, civil e administrativa.

**DIREITO PENAL – CURSO COMPLEMENTAR P/ ICMS-SP
CURSOS ON-LINE – PROFESSOR JULIO MARQUETI**

O legislador, então, de forma explícita indica quais as penalidades a serem aplicadas ao agente que comete crime de abuso de autoridade. Poderão ser aplicadas de forma cumulativa as sanções penal, administrativa e civil.

Responsabilidade administrativa:

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

- a) advertência;
- b) repreensão;
- c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
- d) destituição de função;
- e) demissão;
- f) demissão, a bem do serviço público.

Responsabilidade penal:

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por dez dias a seis meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

Atenção: Observe que aqui a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até 03 anos é pena cominada para o crime. Não se trata de efeito penal reflexo da sentença penal condenatória. Não são, portanto, a mesma coisa dos efeitos arrolados no artigo 92 do CP⁵. Outro detalhe é que a pena privativa de liberdade é de detenção. Não há previsão de pena de reclusão.

⁵ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Tendo em conta o maior poder de coerção da autoridade **policial (civil ou militar)**, poderá o juiz aplicar pena (**autônoma ou acessória**) de não poder o acusado exercer função da mesma natureza (policial ou militar) no **município** da culpa pelo prazo de 05 anos. É o que estatui o parágrafo 5º do artigo 6º.

Responsabilidade civil:

§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.

12.6. DA REPRESENTAÇÃO.

Para preservar o direito da vítima, o legislador possibilita que ela se valha do direito de representar, independentemente de inquérito policial, para provocar a atuação do Ministério Público.

O direito de representar está inserto no artigo 1º da Lei. Assim, a vítima poderá peticionar ao Poder Público no sentido de ser o seu algoz responsabilizado.

A representação, no entanto, **não é condição para que se responsabilize ou para que se inicie a ação penal**. Mesmo que não haja a representação, deve o Ministério Público ao tomar conhecimento do fato, promover as providências para sua apuração.

A representação, então, é um meio outorgado à vítima para que ele possa provocar o Ministério Público. Assim, ela não se confunde com aquela representação prevista no artigo 100, parágrafo 1º, do CP⁷.

12.7. DA AÇÃO PENAL.

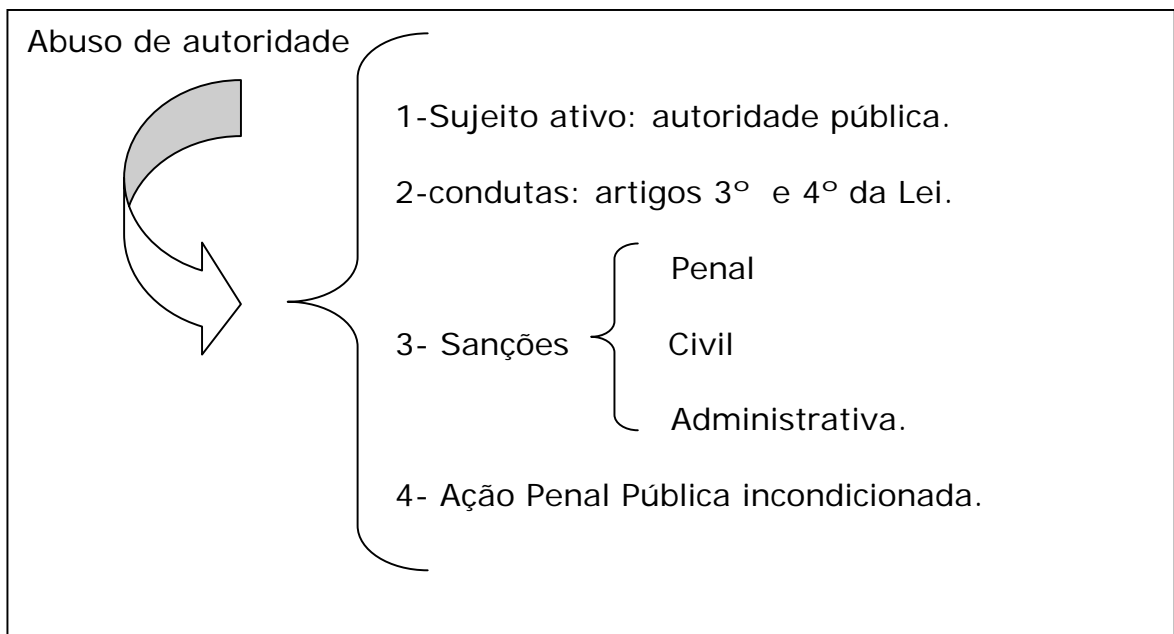
⁶ § 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

⁷ Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de **representação** do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

A **ação penal será pública incondicionada**. Assim, o Ministério Público deverá, independentemente de implementação de qualquer condição, propor a respectiva ação junto ao Poder Judiciário logo que tiver elementos que indiquem que a autoridade praticou crime de abuso previsto na Lei.

É o que determina o artigo 12 da Lei 4898/65.



**DIREITO PENAL – CURSO COMPLEMENTAR P/ ICMS-SP
CURSOS ON-LINE – PROFESSOR JULIO MARQUETI**

É o que determina o artigo 12 da Lei 4898/65.