

VÁLTER
KENJI ISHIDA

Direito
PENAL

PARTES GERAL E ESPECIAL

NA **MEDIDA CERTA**
PARA
CONCURSOS

2024

4^a Edição
revista, atualizada
e ampliada



EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

15

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO I – DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

15.1 CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Crimes funcionais. São crimes **funcionais** porque só podem ser praticados por funcionário público. Nesse sentido, são crimes próprios porque exigem determinada qualidade. Quanto à classificação dos crimes, esta envolve a questão de ser ou não típica quando praticada somente por particular (*extraneus*), sem a participação nenhuma de funcionário público (*intraeus*). Podem ser **funcionais próprios (puros ou propriamente ditos)**, faltando a qualidade de funcionário público, o fato é atípico (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 838). Exige uma conduta específica do funcionário que não é exigida do particular. Trata-se de um maior rigor com o funcionário público. Exemplo: receber dinheiro para cumprir uma função é conduta proibida do funcionário público, traduzindo-se em crime de corrupção passiva (art. 317, do CP). Se um particular recebe o dinheiro, não há crime (atipicidade). Trata-se de um crime “só do funcionário público”. Não havendo essa qualidade, a conduta é atípica. Podem ser **funcionais impróprios (impróprios ou impropriamente ditos)**: a qualidade de funcionário integra o tipo (*v. g.*, o peculato), sendo criado um tipo específico para o funcionário público, havendo aplicação do princípio da especialidade. Descaracterizada esta qualidade, o crime é desclassificado (para o furto, por exemplo) e a conduta continua a ser prevista como crime. O crime não é só do funcionário público. A expressão *intraeus* designa o funcionário público. Já *extraneus* relaciona-se ao não funcionário público (genericamente, o particular).

Conceito de funcionário público (art. 327 do CP). O Código Penal brasileiro adotou a noção **extensiva** de funcionário público (Bitencourt, *Tratado de direito penal, parte especial*, vol. 5, p. 148), abrangendo um maior número de funções para efeitos de ser agente criminoso. Para Bitencourt (ob. cit., p. 149), esse conceito abrangente serviria tanto para o sujeito ativo como para o passivo nos crimes contra a Administração Pública. Esse conceito abrangente, todavia, serve apenas para analisar o sujeito ativo (quando a pessoa comete o crime) e não para o sujeito passivo (quando o funcionário público sofre o crime). Nesse caso, a interpretação é bem mais restrita. Por exemplo, ofender funcionário de autarquia não é crime de desacato, mas simplesmente crime contra a honra. Assim, “na obrigação, é funcionário público, mas no direito, não

é” (conceito mais restrito). O conceito de funcionário público para sujeito ativo da infração penal é bastante amplo e está contido no *caput* do art. 327 e seu § 1º: “*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.*” Necessário, portanto, analisar o conceito de modo detalhado.

1. *Transitoriedade e gratuidade (agente honorífico)*. Assim, pela letra da lei, funcionário público pode exercer função transitória (passageira), sendo o caso de mesário de eleição. A função pública também pode ser exercida sem remuneração. Exemplos: para ser jurada a pessoa não recebe nada, pois é uma função despida de remuneração.

2. *Cargo, emprego ou função*. **A lei exige o exercício de cargo público, emprego público ou função pública. Cargo público** é “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”, criado por lei, com denominação própria (art. 3º da Lei nº 8.112/90). É o servidor estatutário. **Emprego público** é aquele relacionado a serviço temporário ou através de regime da CLT. **Função pública** (conceito residual): atividade relacionada a cargo ou emprego, mas pode ser exercida sem os dois, como a de jurado ou de mesário de eleição. Abrange os três poderes e são excluídos os síndicos e tutores, porque nesses casos prevalece o interesse privado. Assim, é funcionário público para fins penais o administrador de hospital particular que realiza cobrança indevida, burlando o SUS (STJ, AgAg no Ag 664.461-SC, j. 19-6-2007; Concurso – Procurador – AGU).

3. *Função pública*. O agente público realiza a função pública e o conceito de agente público abrange: a) **agente político**: possui discricionariedade e detém parcela da soberania. Exemplo: membros do Poder Executivo, parlamentares, juizes e membros do Ministério Público; b) **agentes administrativos**: são os servidores públicos, abrangendo os celetistas, os servidores autárquicos, os servidores temporários etc.; c) **agentes delegados**: aqueles que recebem concessões ou permissões para realizar obras e serviços públicos. Observe que a lei fala em atividade típica: saúde, transportes, educação; d) **agentes honoríficos**: particulares que colaboram com a Administração, mediante convocação ou nomeação. Exemplo: cônsul.

4. *Entidade paraestatal (administração indireta)*. A Administração Pública é formada pela **Administração direta e indireta**. A administração direta é formada pelo próprio ente da Federação: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Abrange também os três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A administração indireta abrange as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e agências reguladoras. **Entidade paraestatal**: a Lei nº 9.983, de 14-7-2000, alterou a redação do § 1º do art. 327: “*Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para a empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.*” Não existe mais adoção da posição restritiva. **Autarquia**: é pessoa jurídica com personalidade de direito público que desempenha função típica da Administração direta (Banco Central, USP, Ibama, INSS). Os conselhos de fiscalização profissional são considerados como autarquias federais (STF, ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 07/11/2002) e exercem função típica de Estado. Assim, é possível o cometimento de peculato por representante dessa entidade. **Empresa pública**: é a entidade dotada de personalidade de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo do Estado (Infraero, BNDES, CEF, ECT). **Sociedade de economia mista**: é a entidade de direito privado que visa a exploração de atividade econômica sob a forma de sociedade anônima (Petrobras, Banco do Brasil). **Fundação pública**: organização dotada de personalidade jurídica de direito público (para fins de descentralização administrativa,

sendo exemplos a FUNAI e o IBGE) ou de direito privado, sem fins lucrativos, criada para um fim específico de interesse público, como educação, cultura e pesquisa, sempre merecedoras de um amparo legal (ex.: Fundação Roberto Marinho). **Agência reguladora:** é autarquia em regime especial (exemplo: Anatel). Incluem-se as **entidades do terceiro setor** (pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que atuam ao lado do Estado) como os serviços sociais (SESI, SENAI, SESC) e as organizações não governamentais (Fernando Capez, *Curso de direito penal*, parte especial, v. 3, p. 475). A hipótese encaixaria no art. 327, *caput*, do CP, encarando-se como função pública, o que para nós seria um exagero. Portanto, funcionário público tem conotação **ampla**, abrangendo funcionários de sociedade de economia mista ou empresa pública, abrangendo ainda funcionário do Banco do Brasil, do Metrô etc. Isso pela Lei nº 9.983, de 14-7-2000. **Conclusão.** Em síntese, para efeitos penais, consideram-se funcionários públicos, independentemente da forma de admissão, regime jurídico ou remuneração (ainda que não haja remuneração por parte da Administração direta ou indireta), as pessoas físicas que exerçam cargos ou funções, em caráter permanente ou transitório, na Administração direta, indireta (autarquias, entidades paraestatais – de que são espécies a empresa pública, sociedade de economia mista e serviços sociais autônomos) e fundacional da União, Estados e Municípios, e ainda os empregados das empresas privadas, permissionárias ou concessionárias, prestadoras de serviços contratados ou participantes de convênio, para a execução de atividade **típica** da Administração Pública.

5. *Empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.* Abrange **empregados de empresas privadas.** (1) **Permissão** é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público permite ao particular a execução de serviço de interesse coletivo ou o uso especial de bens, nas condições estabelecidas pela Administração Pública (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 171). É ato unilateral e precário, onde se remunera através de uma tarifa. Exemplo de permissão: empresa de transporte coletivo. Inclui-se como permissão e como atividade típica, a exploração de casa lotérica. Dessa forma, a conduta de deixar de repassar numerário à CEF constitui crime de peculato (ST), AResp nº 679.651/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11/09/2.018) (2) **Concessão** é um contrato administrativo bilateral, atribuindo o exercício de um serviço público nas condições estabelecidas pelo Poder Público. Exemplo: concessão de rodovias. (3) **Contrato de serviço** é todo ajuste administrativo que tem por objeto a atividade prestada para a Administração para o atendimento de suas necessidades e de seus administrados (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 236-237). São diversos os contratos, incluindo-se desde a pintura de um prédio até a contratação de um serviço artístico. (4) **Convênio** é o acordo firmado entre entidades públicas ou entre entidades públicas e particulares. Trata-se de um acordo e não um contrato. Exemplo: Convênio entre o Ministério Público de São Paulo e a Secretaria de Segurança Pública. Inclui nesse caso também hospitais conveniados com o SUS. Assim, médicos e administradores desses hospitais, no exercício de atribuições relacionadas ao SUS, são funcionários públicos para efeitos penais (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 150). P. ex. um médico que exige pagamento adicional para “laqueadura” paga pelo SUS, cometeria o delito de concussão.

Atividade típica da Administração Pública. Pelo que se depreende da norma, os cinco itens acima mencionados são atingidos pela necessidade de atividade típica. Não há conceito legal de atividade típica, mas pode-se definir atividade típica como aquela atribuída ao Estado para exercer diretamente ou por meio de seus delegados com o objetivo de atender à **coletividade**, sob **regime total ou parcial público** (Mirabete, *Manual de direito penal*, v. III, p. 280). Não é um conceito vinculado a atividades essenciais do Estado, mas a todas aquelas feitas ou controladas pelo Estado, com regime semi ou integralmente público. Exemplos: coleta de lixo e atividade de administração de rodovias. É atividade típica serviço feito por empresa contratada

para elaborar o exame do ENEM através de licitação. Assim, funcionário pertencente a uma empresa do consórcio vencedor equipara-se a funcionário público e, subtraindo parte do exame, comete crime de peculato. Não é atividade típica empreiteira contratada para construir ponte, já que o regime jurídico é quase que inteiramente privado. Também não é função típica empresa contratada para realizar um cerimonial a um chefe de Estado (Rogério Sanches Cunha, *Código penal para concursos*, p. 494). Também não é considerado funcionário público o empregado de concessão para exploração de serviços de radiodifusão, sons e imagens com a União (emissora de TV) em razão do seu regime jurídico nitidamente privado. Assim, excluem-se as atividades típicas da iniciativa privada, incluindo a indústria, comércio, prestação de serviços em geral (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 150).

Portanto, o que diferencia é o **regime jurídico**. *Tratando-se de conceito nitidamente de direito administrativo*, é de se notar que a doutrina é nebulosa e, por que não dizer, confusa ao minudenciar o conceito de atividade típica da Administração Pública. Há hipóteses em que o agente criminoso pode ou não pode ser funcionário público do ponto de vista penal. Assim, um médico de hospital particular é funcionário público se utilizar-se da remuneração do SUS e não é quando exerce sem esse tipo de remuneração.

Hipóteses de serem funcionários públicos e não serem funcionários públicos: 1. **são funcionários públicos**: escrevente, empregado de sociedade de economia mista, estagiário em Defensoria Pública, funcionário de autarquia, guarda municipal, inspetor de quartelão, leiloeiro judicial, oficial de registro de imóveis, perito judicial, presidente de sociedade de economia mista; 2. **não são funcionários públicos**: comissário em concordata, advogado já que exerce um *munus* (encargo) (RT 728/460), defensor dativo e o advogado contratado para patrocinar interesses de empresa estatal (TFR-3 – 7º Concurso), o administrador judicial na recuperação judicial ou na falência, curador, tutor (Maximiliano Roberto Ernesto Führer, *Resumo de direito penal*, p. 216). Também não é considerado funcionário público para efeitos penais o depositário judicial, que exerce apenas um *munus* (STJ, HC nº 402.949/SP, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, j. 13/03/2.018). Nesses casos, essas pessoas não exercem função pública, mas tão somente encargo público ou *munus* público na lição de Hungria (Rogério Sanches Cunha, *Código penal para concursos*, p. 494). Existe nesses casos, a prevalência da função privada (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 149). **Advogado contratado por meio de convênio entre a Defensoria Pública e a OAB**. Trata-se da análise da atribuição de um simples *múnus* ou de um exercício de uma função eminentemente pública, prevista no art. 134, da CF. O STJ vem sistematicamente entendendo que não se trata de um simples *múnus*, mas de uma verdadeira função, como se exercida pela Defensoria Pública. Assim, advogado conveniado que exige o pagamento adicional de honorários responde por corrupção passiva (“solicitação”) e por peculato (HC nº 264.459/SP, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/03/2.016). **Nossa opinião**. A interpretação do art. 327, do Código Penal deve merecer uma interpretação **restritiva**. A sua grande abrangência extrapola o conceito teleológico de punição mais severa do funcionário público. Como no caso do médico particular que atende paciente através do SUS, o parâmetro deve ser o exercício ou manipulação de recursos públicos. Assim, só deve haver amoldamento se efetivamente houver esse vínculo com a atividade pública. Assim, no caso de funcionário do SESI ou do SENAC. Nesse caso, um funcionário que subtrai uma quantia no local de trabalho em razão da posse do valor, responderia por crime de apropriação indébita. Mas se valor estivesse relacionado à atividade pública (valor recebido do Poder Executivo), esse crime seria sim, peculato- apropriação. Esse deve ser o parâmetro a ser seguido pelo operador do direito. **Causa de aumento de pena**. A pena é aumentada em 1/3 se o agente: (1) ocupar cargo em comissão (confiança) ou (2) exercer função de **direção** ou assessoramento de órgãos da Administração Pública. Aplica-se apenas quando o funcionário público é sujeito

ativo do delito. O STF, por maioria, entendeu que a majorante se aplica a Governador de Estado (Inq. 1769/PA). Portanto, a causa de aumento abrange prefeitos, Governadores e Presidente da República (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 842).

15.2 PECULATO (ART. 312 DO CP)

Espécies: a) peculato próprio: inclui peculato-apropriação e peculato desvio (Mirabete, *Código penal interpretado*, p. 1351); b) peculato impróprio: peculato-furto; c) peculato culposo. d) peculato mediante erro de outrem e) peculato-eletrônico: peculato-pirataria de dados e peculato *hacker*. **Observação.** Essa classificação entre peculato próprio e impróprio nada tem a ver com a classificação geral dos crimes contra a Administração Pública de funcionais próprios e impróprios. Nesses últimos, o que importa é se a conduta exclusiva do particular gera efeitos penais (tipicidade). Na hipótese do peculato é o que se destaca é a formatação **principal** do delito. Assim, quando se fala em peculato, a ligação direta é a posse do bem e a sua apropriação ou desvio. Assim, trata-se de hipótese de peculato próprio. No caso do peculato-furto, a ideia inicial de posse não ocorre. Existe um afastamento do conceito preliminar, daí a denominação de peculato-impróprio. **Bem jurídico.** Protege o patrimônio público ou particular e a probidade administrativa (honestidade ou retidão na Administração Pública). **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** o crime é próprio, devendo ser praticado por funcionário público (admitindo a autoria, a coautoria e participação de particular). O tutor, o curador, o síndico (administrador judicial) e o depositário judicial que se apropriam dos valores não cometem o crime de peculato, mas de apropriação indébita, porque não exercem uma função pública, mas um *munus* público, ou seja, uma atividade privada, embora a nomeação dependa da autoridade pública (Fernando Capez, *Curso de direito penal*, parte especial, v. 3, p. 399). **Sujeito passivo:** são vítimas do crime de peculato o Estado (primário) e o particular lesado (secundário). Bitencourt discorda da colocação do particular como sujeito passivo secundário. Citando Fragoso, entende que sujeito passivo principal é aquele titular do interesse imediatamente ofendido pela ação delituosa, incluindo, portanto, o particular (*Tratado...*, vol. 5, p. 7).

Peculato-apropriação (art. 312, caput, CP)

Tipo objetivo. Apropriar-se é fazer sua coisa de outra pessoa. **Posse.** Possuidor é aquele que age como se fosse proprietário. Segundo o art. 1.196, do Código Civil: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.” A posse ocorre em sentido amplo (STJ, RHC 10845/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, RT 792/578), embora o art. 312, *caput* só faça referência à posse e não à detenção. Abrange a posse direta, indireta (mas lícita) e a detenção. A detenção é incluída para a maioria da doutrina: Mirabete, citando Fragoso, *Manual de direito penal*, v. III, p. 283; Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 9, Nucci, *Código...*, p. 1.271. Segundo o art. 1.198, do CC: “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.” Sanches entende que a mera detenção não é incluída, tratando-se nesse caso de peculato-furto (*Código penal para concursos*, p. 463). **Disponibilidade física.** Exigindo o contato do agente criminoso com a “res”, a posse ou detenção deve ser direta. Mas Paulo José da Costa admite também a disponibilidade jurídica, quando mesmo não dispondo da detenção material, existe o poder de exercer por meio de ordem, requisição ou mandado (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 9). **Cargo.** Seguindo a literalidade da lei, é necessário que o funcionário tenha sido nomeado e empossado em cargo público, não bastando o simples exercício de função. Assim, a confiança depositada no funcionário público decorre do cargo público exercido pelo agente. Dessa forma, o bem deve ser entregue ao funcionário em razão de sua competência ou

atribuição funcional (HUNGRIA, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., LUIZ REGIS PRADO). Assim, se alguém confia a um auditor da receita para recolhimento de guia de competência de outro setor, há crime de apropriação indébita e não de peculato (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 9). **Necessidade do prejuízo.** O STJ entendeu que deve haver prejuízo (AgRg no Ag 905.635/SC, j. 16-9-2008). Deve ter sido obtida de forma lícita. Se for decorrente de fraude, haverá estelionato. Se decorrer de grave ameaça, existirá roubo ou extorsão. Se for engano, caracterizar-se-á peculato mediante erro de outrem (que não se confunde com o estelionato-fraude). **Objeto material do delito de peculato.** O **objeto material** é a coisa corpórea móvel (exclui o bem imóvel). Inclui o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular que o agente tem a posse (posse direta, indireta desde que lícita e a detenção).

Dinheiro. Dinheiro inclui moeda metálica ou papel-moeda de curso legal. Trata-se de um elemento objetivo, descrevendo o aspecto material. Houve inclusão pelo legislador da expressão dinheiro para afastar entendimento que inadmitia a coisa fungível no peculato. Entendia-se que a obrigação única era apenas devolver o dinheiro (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 12). **Valor.** Inclui ainda o valor: qualquer título, papel de crédito ou documento negociável ou conversível em dinheiro ou mercadoria, incluindo ações e a nota promissória. **Outro bem móvel.** Outro bem móvel é qualquer coisa passível de ser apreendida e deslocada de um lugar para outro. Outrossim, a energia elétrica ou qualquer outro tipo de energia, nos moldes do furto, pode ser objeto do peculato (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 12). Embora, normalmente seja delito patrimonial, o proveito também pode ser moral (RJTJESP 15/468). **Serviço.** Não se inclui como delito de peculato, a prestação de um serviço de um funcionário público para outro (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 13). A utilização de mão de obra pública por funcionário público não é abrangida pelo conceito de bem móvel (coisa corpórea suscetível de ser apreendida e transportada) e daí a atipicidade da conduta, mas se for praticada por prefeito, caracteriza o crime do art. 1º, inciso II, do Decreto nº 201/1967 (Masson, *Direito penal esquematizado, parte especial, volume 3*, p. 599 e 560). Assim, já se processou prefeito pelo delito de utilizar funcionário público para fazer o serviço de varrição em sua residência. Todavia, resultou em absolvição pela falta de prova da ciência do prefeito quanto à varrição, já que este estaria em Brasília (TJPA, AC nº 00005216020178140073, Rel. Vania Lucia Carvalho da Silveira, j. 04/06/2.019, DJ 06/06/2.019).

Peculato-malversação incide sobre **bem particular** sob custódia. Se não existir essa obrigação de custódia, o crime é de apropriação indébita (art. 168 do CP). Quanto ao tipo subjetivo, deve haver a clara vontade livre e consciente de se apropriar, distanciando-se do cotidiano político-administrativo (STF, Inq N. 2.646-RN, DJE 4-6-2010).

Peculato cometido por diretor de associação ou entidade sindical. Dispõe o art. 552, da CLT: “Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais ficam equiparados ao crime de peculato, julgado e punido na conformidade da legislação penal.” Apesar do STJ (CC nº 31,354/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.12.2004) e do STF (RT 520/529) terem inicialmente admitida a tipicidade, os tribunais regionais federais atualmente, cada vez mais se inclinam pelo entendimento de que o art. 552, da CLT não foi recepcionado pela CF que veda a ingerência estatal no sindicalismo (TRF-4, ACr 2000.04.01.127506-SC, Rel. Vladimir Freitas, DJU 20/11/2.002) (Rogerio Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 846).

Peculato cometido por membro de conselho de fiscalização profissional. Os conselhos de fiscalização profissional são considerados como autarquias federais (STF, ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 07/11/2002) e exercem função típica de Estado. Assim, é possível o cometimento de peculato por representante dessa entidade.

Agente controlador ou administrador de instituição financeira, pública ou privada, interventor. Liquidante e administrador judicial (sindico). Nesse caso, a apropriação de dinheiro configura o crime do art. 5º, da Lei nº 7.492/1.986 (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 847).

Elemento subjetivo do tipo. Como no peculato-furto e no peculato-estelionato, existe o “animus rem sib habendi”, para si ou para outrem.

Consumação: crime material, ocorre com a inversão da posse (que se dá com a alteração da vontade do funcionário público sobre o objeto: agir como se fosse dono da coisa). Embora ocorra com frequência, não existe necessidade de, com a inversão da posse, o funcionário público obtenha vantagem (STJ, RHC 10845/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, RT 792/578). A tentativa é admitida.

Peculato-desvio

É a segunda modalidade de peculato próprio. Está inserido na conduta de desviar o bem, em proveito próprio ou alheio. O agente altera o destino da coisa, em benefício próprio ou alheio. Possui a posse direta, indireta (lícita) ou detenção da “res”. Nesse sentido, o TRF1: “O delito de peculato-desvio configura-se quando o funcionário público dá aos bens, dos quais tem a posse em virtude do cargo que ocupa, **destino diverso** daquele que lhes são próprios, ainda que deles não tenha se apropriado” (ACR 2000.30.00.001610-3/AC, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p. 58, de 7-11-2008). Exemplo: emprestar dinheiro público para amigos, fazer churrasco para fins de eleição utilizando-se de dinheiro público etc. Já se considerou como peculato-desvio o fato de deputado nomear mulher como secretária parlamentar e a mesma continuar, na verdade, trabalhando em sua empresa particular (STF, Inq1926/DF, j. 9-10-2008). É crime de peculato-desvio ainda desviar R\$ 600,00 para uma festa (STJ, HC 145.114-GO, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17-8-2010). Nota-se na jurisprudência por vezes, a confusão entre peculato-apropriação e peculato-desvio. Em alguns casos de peculato-apropriação, denomina-se de forma errônea de peculato-desvio. Este último, portanto, não trata de efetiva apropriação, mas sim de destinação diversa. **Funcionário público ordena a vacinação para outra pessoa que não do grupo prioritário.** É delito de peculato-desvio. Se for prefeito municipal, é crime do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/1967. **Natureza do proveito.** O proveito pode ser ainda moral, com a obtenção de prestígio ou vantagem política. **Consumação:** momento em que ocorre o desvio. Não precisa obter a vantagem. A tentativa é possível. **Elemento subjetivo.** O peculato-desvio, diferentemente dos demais, não exige o “animus rem sib habendi”, ou seja, ficar com a coisa móvel em definitivo. Basta o dolo de desviar, ou seja, o uso irregular da coisa móvel. Exige-se o elemento subjetivo do tipo consistente na destinação para si ou para outrem (Bitencourt, *Tratado de direito penal, volume 5*, p. 13). Assemelha-se, portanto, a uma conduta de improbidade administrativa. Assim, já se considerou como peculato-desvio, o uso irregular de verba de representação (verba destinada a gastos externos do funcionário público) (JSTJ 51/318). **Peculato de uso.** Se o bem for infungível e o agente tiver a intenção de devolver, haverá peculato de uso, gerando a atipicidade da conduta. Exemplo: agente utiliza o carro público para passear e depois o devolve. Assim, já entendeu como peculato de uso e, portanto, fato atípico, o uso particular do automóvel (RT 796/716). Tem prevalecido esse entendimento de atipicidade do peculato de uso, exceto no caso de prefeito (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 18). **Bem fungível ou consumível.** Todavia, se o bem for fungível (exemplo: dinheiro), utilizando, não haverá possibilidade do peculato de uso, consumando-se o crime (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 850).

Utilização de veículo público e improbidade administrativa. Mesmo havendo peculato de uso, a conduta poderá ser tipificada como de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92,

que veda a utilização em obra particular de veículo público. Tem-se entendido que se exige no ato de improbidade, o dolo genérico do artigo 11, da Lei nº 8.492/1.992.

Utilização de veículo público e crime do art. 1º, II, do Decreto-lei nº 201/67. Apesar do reconhecimento da atipicidade pela jurisprudência da utilização de automóvel por funcionário público, quanto aos prefeitos ou seus substitutos, existe lei específica sobre o tema: o Decreto-lei nº 201/67. Assim, há uma exceção: se for peculato de uso de prefeito, haverá o crime do art. 1º, II, do Decreto-lei nº 201/67: “II – utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos.” A pena nesse caso é de dois a doze anos de reclusão. Portanto, o peculato de uso praticado por prefeito não é crime de peculato, mas sim delito do art. 1º, II, do Decreto-lei nº 201/67. Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 850.

Peculato-furto e prefeito. Não é possível o cometimento de peculato-apropriação e peculato-desvio pelo prefeito, em razão da incidência do Decreto-lei nº 201/67 (especialidade). Mas é possível a imputação do delito de peculato-furto (peculato impróprio) pela falta de previsão no art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67 (Masson, *Direito penal esquematizado*, parte especial, vol. 3, p. 607).

Consumação do crime de peculato-desvio. Ocorre apenas com o desvio, independentemente de qualquer obtenção de vantagem para si ou para outrem. Nesse caso, a consumação nesse ponto tem sua razão de ser: o crime se volta contra a Administração Pública e não contra o patrimônio. Assim, basta o desvio, para se atentar contra a probidade administrativa.

Peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP):

“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.” Trata-se do chamado peculato-impróprio porquanto o próprio abrangeria o peculato-apropriação e o peculato-desvio. **Tipo objetivo.** O peculato-furto inclui o verbo *subtrair*, em que o funcionário público pratica diretamente a conduta ou concorre para que outro a subtraia. Nesse caso, ele não tem a posse (ou ao menos a mera detenção), mas tem facilidade de acesso ao local do bem móvel porque é funcionário (elemento normativo do tipo). Exemplo: policial subtrai no pátio da Delegacia de Polícia toca-CD do veículo apreendido. Comete crime de peculato-furto. Se for na rua, antes da apreensão, comete furto simples. Já se considerou crime de peculato-furto o fato de cabo subtrair de fragata R\$ 206.930,47 (STF, HC 91.400/RJ, j. 29-4-2008). Também comete peculato-furto, o funcionário dos Correios que subtrai equipamento de informática da empresa, valendo-se de cópia de chave obtida em razão das facilidades de acesso à ECT (TRF5 – RT 831/710). O crime de peculato ainda abrange os bens particulares que estejam sob custódia da administração, praticando o crime o carcereiro que se apropria dos bens do preso (RT 512/427). O crime de peculato-furto ainda prevê a conduta de concorrer para que terceiro subtraia. Desnecessária tal previsão de participe diante da previsão do art. 29. Deve haver dolo do funcionário público, necessário para a caracterização do concurso. Exemplo: deixar porta aberta para que outrem entre e subtraia. **Tipo subjetivo.** À semelhança do peculato-apropriação, o dolo abrange o “subtrair” mais o elemento subjetivo do tipo, o “animus rem sib habendi”, com ânimo definitivo para si ou para outrem. **Consumação.** A consumação é semelhante à do furto, predominando o entendimento de que a consumação ocorre com a simples inversão da posse, mesmo que momentaneamente, nos moldes do delito de furto. A tentativa é admitida, tendo em vista a possibilidade de fracionamento da conduta (crime plurissubsistente).

Peculato culposo. Prevê o art. 312, § 2º, do CP: “Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem”. **Introdução.** Distanciando-se do seu modelo que é o Código Rocco italiano,

o legislador brasileiro introduziu a forma culposa não prevista na lei italiana. Essa inserção foi extraída é do Código Penal espanhol antes da Reforma (Prado, *Curso de direito penal*, p. 1130). Porém o atual CP espanhol continua a prever a forma culposa: **Tipo objetivo**. Está previsto no art. 312, § 2º, do CP, e depende da existência de outro crime, normalmente o de peculato na forma dolosa. Conduta culposa: concorrer culposamente; facilitar culposamente. Exemplo prático: sumiço de aparelhos telefônicos no Ministério Público. A pessoa que subtraiu, se for funcionário e valendo-se dessa qualidade, comete “peculato-furto” (art. 312, § 1º). O responsável pela “guarda” dos telefones pode cometer peculato culposo, se deveria manter vigilância sobre o local. Gênero: inobservância do dever de cuidado. O agente nesse caso é um *garante* (Nucci, *Manual...*, p. 945). Exige-se a condição de funcionário, a existência de uma relação funcional entre o agente criminoso e o bem objeto do delito e a conduta que tenha propiciado a prática delitiva (Prado, *Curso, parte geral*, p. 1.130-1.131). Assim, “Quem deixa a serventia de cartório por conta de outrem, irregularmente, sem conhecimento oficial de autoridade superior, cria culposamente condições favoráveis à prática de ilícitos administrativos e criminais, respondendo pelo delito previsto no art. 312, § 2º, do Código Penal” (RT 488/312). **Modalidade**: negligência, falta de cautela. Previsibilidade objetiva: o homem médio prudente não deixaria a porta aberta porque (resultado) saberia que alguém adentraria no local e subtrairia os bens (exemplo: pátio da Receita Federal com mercadorias apreendidas). Previsibilidade subjetiva: João, no caso em concreto, poderia ter previsto que, dormindo (falta de cautela), poderia propiciar a entrada do agente.

Qualquer crime anterior? Há duas correntes: (1) só peculato. (2) crime contra o patrimônio. Nesse sentido, Rogerio Sanches Cunha (*Manual...*, *parte especial*, p. 854). Também Prado, citando NORONHA, entende plausível a admissão de outros tipos de delito, como o de furto (*Curso...*, *parte geral*, p. 1.130). Cremos que no § 3º, ao mencionar concorrer culposamente para o crime de outrem, quis o legislador se referir ao crime de **peculato**. Seria punição excessiva responsabilizar a pessoa por outro crime cometido como o de furto. Prevalece o entendimento de que o delito anterior deve ser o peculato (Rogerio Sanches Cunha, *Manual...*, *parte especial*, p. 854). **Crime parasitário**. O delito culposo depende do anterior crime doloso. Se este deixa de existir (p. ex. crime impossível), o delito culposo também. **Consumação**: consuma-se com o crime de terceiro. Não existe tentativa em crime culposo.

Reparação do dano. Admite o peculato culposo (e só ele), **a reparação do dano**: pode ser dar pela restituição (pelo próprio autor do peculato) ou através de indenização: se for até o trânsito em julgado: extinção da punibilidade (Analista Judiciário – TRE – Amapá – 2006), constituindo constrangimento ilegal o prosseguimento do processo-crime (HC95625/RJ, j. 10-2-2009). Se for depois, redução da pena em 1/2 (OAB – prova unificada – 13-9-2009). Nessa hipótese, entendemos que o juiz da execução ficará incumbido da diminuição da pena. Peculato doloso e reparação do dano. Segue a regra geral do CP: até a denúncia, é arrependimento posterior do art. 16, não extinguindo a punibilidade, tão somente diminuindo a pena de 1/3 a 2/3. Se depois da denúncia e até sentença, é atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do CP. Se depois da sentença e até o acórdão, é atenuante inominada do art. 66: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

Peculato próprio e impróprio. Possuindo pena mínima de até 4 anos e cometidos sem violência e grave ameaça, admitem o acordo de não persecução penal (ANPP) (art. 28-A, do CPP), e se cumpridas as condições, resultará em extinção da punibilidade (art. 28, § 13, do CPP).

Peculato mediante erro de outrem. Introdução. Disciplina o art. 313, do Código Penal: “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.” Está previsto no artigo 316, do Código Penal italiano (Rocco): “Peculato pelo erro de outrem. O funcionário público ou responsável

pelo serviço público que, no exercício de suas funções ou do serviço, aproveitando-se do erro alheio, recebe ou retém indevidamente, para si ou para terceiro, dinheiro ou outros benefícios, é punido com pena de prisão de seis meses a três anos”.

Denominação. A doutrina o denomina de peculato-estelionato. Existe uma impropriedade nessa denominação: o dolo no estelionato é anterior, ao passo que no caso do art. 313, como modalidade de apropriação, o dolo é posterior. E como salienta Bitencourt, de forma extremamente acertada, o erro no estelionato é resultante de atividade do estelionatário através do artifício ou do ardid (*Tratado...*, vol. 5, p. 29), sendo uma conduta muito mais comissiva que omissiva.

O erro é o falso conhecimento da realidade e nesse caso deve ser espontâneo. Na verdade, o tipo mais se aproxima da apropriação da coisa havida por erro prevista no art. 169, primeira parte do CP, só que praticada por funcionário público. Se **provocado**, haverá crime de estelionato (artifício ou ardid). O recebimento da coisa deve decorrer do exercício do cargo.

Bem jurídico. Tutela-se a Administração Pública. É a proteção à credibilidade, honestidade e probidade de seus funcionários. De forma secundária, o patrimônio daquele que por erro, entregou dinheiro ou qualquer outra utilidade (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 24-25).

Sujeitos do delito. Sujeito ativo é o funcionário público, tratando-se de crime próprio. Admite pela regra do artigo 30, do Código Penal, a participação ou autoria do particular. Sujeito passivo é o Estado e as entidades envolvidas dentro do conceito de funcionário público. O sujeito passivo secundário é o particular prejudicado.

Typo objetivo. Como no peculato-apropriação, o agente criminoso entra na posse. Mas isso em razão do cargo e função, mas por **erro de outrem**. Abrange o dinheiro que abrange a moeda e a cédula de papel e ainda a utilidade, ou seja, tudo aquilo que possa servir como proveito econômico (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 28).

Diferença entre peculato-apropriação e peculato-estelionato. No primeiro, não há erro, pois, o funcionário é o responsável pela posse do bem móvel. No peculato-estelionato, o funcionário não é o responsável, mas por engano de outro (**sujeito passivo secundário**), fica com a coisa e depois se apropria dela (inversão da posse). Essa entrega por ser feita pelo particular ou por outro funcionário público. Assim, já se admitiu o peculato mediante erro de outrem, de tabelião que recebe dinheiro da vítima que supunha ser aquele responsável pelo recolhimento da SISA (antigo imposto sobre transmissão de bens imóveis, hoje denominado de ITBI) (RT 396/128).

Elemento subjetivo do tipo: dolo, vontade livre e consciente de apropriar-se de coisa em razão de erro de outrem. Este erro não pode ter sido provocado pelo agente criminoso, pois senão será caso de estelionato (Rogério Sanches Cunha, *Manual, parte especial*, p. 856). Também na linha da apropriação indébita, o dolo deve ser posterior ao recebimento do bem. Se for anterior, também é crime de estelionato (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 28).

Consumação: consuma-se com a apropriação da coisa. Assim, consuma-se o delito, quando o funcionário que recebeu a coisa, recusa-se a devolvê-la (havendo explícita e efetiva inversão na posse). Assim, exige-se momento anterior prévio subjetivo da intenção e momento posterior objetivo (exteriorização) da vontade, com a retenção da “res” (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 30).

A tentativa é admissível, embora de difícil consecução. Muito em razão de, no plano teórico, na apropriação, inexistir o dolo de se apropriar no momento do recebimento do objeto, havendo apenas essa intenção posteriormente.

15.3 CRIMES DE INFORMÁTICA INSERIDOS NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

15.3.1 Inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A – Lei nº 9.983/2000)

É o denominado peccato eletrônico (Procurador do Estado – Paraná – 2006). **Bem jurídico.** Tutela-se a regularidade dos sistemas informatizados ou banco de dados (Administração Pública). O objetivo do legislador foi a de proteger a Previdência Social (JSTJ 199/541). Mas a proteção do tipo do art. 313-A não se limita a tutelar a Previdência, mas toda a Administração Pública. **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** é o funcionário público “autorizado a operar com os sistemas” (crime próprio) (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 33), podendo também o particular responder, na função de autor, coautor ou partícipe (art. 29). É sujeito ativo o funcionário de empresa privada conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública (RT 840/646). **Sujeito passivo:** é o Estado e eventualmente o particular. **Tipo objetivo.** O tipo legal prevê os verbos *inserir* ou *facilitar a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública*. Dados são as informações da Administração Pública atualmente quase que completamente inseridos em sistemas informatizados (armazenados em computadores). É possível também que os dados estejam, todavia, armazenados de outra forma, como em pastas contendo papéis. Inserir é ato comissivo e facilitar é permitir que outrem faça a inserção. Pode ser tanto conduta omissiva como comissiva. É crime formal, dispensando o resultado (vantagem indevida). **Tipo subjetivo.** Não basta o dolo genérico ou simplesmente dolo de alterar ou facilitar. O funcionário público deve ter o dolo específico de **obter vantagem indevida ou de causar dano**. Não há modalidade culposa. Bitencourt trata a “obtenção de vantagem indevida” como elemento também normativo, pois exige também um juízo de valor, uma avaliação de seu alcance, entende que a vantagem (de forma restritiva), deve ser a econômica. Mas para a maioria da doutrina, trata-se de qualquer vantagem. **Consumação.** Consuma-se com a efetiva inserção de dados, alteração ou exclusão. É **crime formal**, não exigindo o resultado naturalístico (obtenção da vantagem ou dano). Em razão da complexidade por vezes do acesso ao sistema, pode existir tentativa. **Continuidade delitativa e competência.** Pode ocorrer. Exemplo: alterar computador do Detran para licenciamento do veículo para várias pessoas. Antes poderia ser tratado como crime de falsidade ideológica. Quanto à competência, mesmo se for praticado por policial militar, cabe o julgamento à justiça comum, porquanto não há previsão desse delito no CPM (STJ, CC nº 109.842/SP, j. 13-3-2013).

15.3.2 Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B)

Bem jurídico. Protege o **banco de dados** da Administração Pública. **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** é o servidor público qualquer, não se exigindo que seja o funcionário autorizado. **Sujeito passivo:** o Estado e eventualmente pessoa prejudicada (o administrado). **Tipo objetivo.** Consiste não apenas em falsificar arquivos de programa, mas alterar verdadeiramente toda programação de modo a modificar o meio e modo de geração e criação de arquivos e dados. Para Bitencourt, modificar significa uma radical alteração no sistema, ao passo que alterar significa uma modificação menor (*Tratado...*, vol. 5, p. 40). O que se quer atingir é o programa operacional ou o aplicativo. É um crime comissivo por excelência. **Elemento normativo** (exige um juízo de valor): sem autorização ou solicitação de autoridade competente. Assim, “Comete o delito do art. 313-B do CP o servidor de empresa pública que, não autorizado a lidar com o sistema informatizado ou requisitado por quem detenha competência para tanto, modifica dados relativos

à restrição de crédito para provocar a concessão fraudulenta de talonário de cheque (TRF4, Ap. 2007.72.06.000128-9-SC, j. 9-12-2009). Apesar da semelhança com o disposto no artigo 313-A, inclusive com a menção de vantagem, trata-se do delito não cometido por funcionário autorizado.

Consumação. O crime é de perigo de dano, consumando-se com a modificação ou alteração do sistema de informações ou programa de informática, tratando-se de crime formal. Não se exige o dano que é causa de aumento de pena (exaurimento). *Modificar* ou *alterar* são palavras sinônimas e significam transformar. Para Nucci (*Manual de direito penal*, p. 951), modificar seria imprimir um modo novo, ao passo que a conduta de alterar seria desorganizar (própria da inserção de vírus). A tentativa é possível. **Tipo subjetivo.** O dolo é genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente. É delito de simples atividade. A reprovabilidade da conduta está na ausência de autorização ou de solicitação. Não existe modalidade culposa. **Causa de aumento de pena.** A pena é aumentada de 1/3 até 1/2 havendo dano: o dano não é presumido (como nos crimes contra o meio ambiente, em que a relação sobre os interesses difusos é presumivelmente atingida), mas exige prova do dano, não se presumindo pela simples alteração de *software*.

15.4 EXTRAVIO, SONEGAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO (ART. 314 DO CP)

Bem jurídico. Protege-se a Administração Pública (regularidade do seu funcionamento). **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** é crime próprio abrangendo só o funcionário público. Admite-se, contudo, pela regra do art. 30 do CP, a participação, autoria ou coautoria do particular. Hungria entende que seria só o funcionário público incumbido da guarda (Rogerio Sanches Cunha, *Manual..., parte especial*, p. 862). Se o funcionário público estiver em exercício em repartição fiscal ou tributário, o crime é do art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.137/1.990 (Rogério Sanches Cunha, ob. cit., p. 862). **Sujeito passivo:** é o Estado (primário) e o particular proprietário do documento (secundário). **Tipo objetivo.** As condutas típicas são de: 1. “**extraviar**”: desviar, fazer desaparecer; 2. “**sonegar**”: não exibir, ocultar com fraude; 3. “**inutilizar**”: tornar imprestável. O funcionário deve ter a incumbência de guardar o livro oficial ou qualquer documento oficial ou particular. Costuma-se no serviço público, denominar “livro”, o caderno de anotações para determinado objetivo, visando o controle dos atos: livro de carga dos autos, livro de portarias instauradas etc. Documento é toda peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de ato de significação ou relevância jurídica (Mirabete, *Manual de direito penal*, v. III, p. 212). Caracteriza o crime em estudo a inutilização de folha contendo cota (manifestação) do Promotor de Justiça e o desaparecimento de autos de que tinha a guarda (RT 453/340). Assim, atualmente, existindo o processo digital (no Estado de São Paulo, o e-SAJ), a retirada de documento do processo digital constitui o “extraviar”, constituindo delito do art. 314, do Código Penal. Documento por extensão. Com a aceleração provocada pela PANDEMIA do CORONAVÍRUS, circulam pela internet, declarações que podem ser consideradas conceitualmente como “documentos”. Nesse diapasão, a própria Lei nº 11.419/2006. Isso vai exigir paulatinamente uma interpretação extensiva. É o caso de documento que circula pela internet. Como deve existir um documento, o requisito é sua validação eletrônica, através de assinatura igualmente eletrônica. Assim, “Documento digital que pode ter a sua higidez aferida e, pois, produzir efeitos jurídicos, é aquele assinado digitalmente, conforme a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil)” (STJ, 6ª Turma, RHC 81451/RJ, DJe 31/08/2017). **Tipo subjetivo.** É o dolo, vontade livre e consciente de extraviar, sonegar ou inutilizar o livro ou documento. Age com dolo o escrivão que sonega os livros em exames correccionais (RJTJESP 128/451). Não há

punição por culpa, embora possa caracterizar falta funcional (RT 492/315). Assim, caracteriza-se a forma culposa não punível, o funcionário público que guarda livro ou documento em local inadequado (RT 575/346). **Consumação.** Consoma-se com a sonegação, inutilização ou extravio do objeto material, ainda que não ocorra prejuízo, sendo crime formal, portanto (Bitencourt, *Tratado de direito penal, volume 5*, p. 52). Admite-se a tentativa na inutilização ou no extravio. Não se admite a tentativa na sonegação (ou exhibe ou não exhibe), pois consoma-se no momento da exigência de exibição do objeto material.

15.5 EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS OU RENDAS PÚBLICAS (ART. 315 DO CP)

Bem jurídico. Protegem-se a Administração Pública (regularidade na aplicação dos recursos públicos) e o patrimônio público. **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** é o funcionário público que tenha poder de disposição de verbas e rendas públicas. É crime próprio, portanto, deve ser cometido pelos administradores públicos: Presidente da República e seus ministros, Governador e seus secretários, Prefeito e seus secretários. Tratando-se, todavia, de Prefeito Municipal. O crime é do art. 1º, III, do Decreto-lei nº 201/1.967, aplicando-se o princípio da especialidade (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 864). **Sujeito passivo:** é o Estado: União, Estados e Municípios. **Tipo objetivo.** O tipo prevê o verbo *dar aplicação*, ou seja, empregar, destinar. Emprego irregular é o realizado diversamente do estipulado na lei e no orçamento. Significa mudança de destino. **Rendas Públicas** são as rendas constituídas por dinheiro da Fazenda a qualquer título. Verbas públicas são o dinheiro destinado à execução de determinado serviço público ou para outra finalidade de interesse público. É irrelevante que tenha havido lucro ou proveito pelo **sujeito ativo**. **Mensuração:** o emprego irregular deve ser o emprego tumultuado, irracional ou eivado de má-fé e não se dá com a “gestão de fato” (RT 364/60). **Tipo subjetivo.** É o dolo, vontade livre e consciente de dar aplicação irregular de verba ou renda pública. **Consumação.** Consoma-se com a efetiva aplicação irregular, admitindo-se a tentativa (por exemplo, com a destinação). Essa aplicação diversa resulta no resultado naturalístico (Nucci, *Código...*, p. 1282), pois o bem jurídico é a probidade, regularidade administrativa, não necessitando se aferir efetivo prejuízo. **Distinção com o verbo “desviar” do art. 312, caput, do Código Penal.** No art. 312, existe a intenção de proveito próprio ou alheio. No caso do art. 315, apenas existe a destinação irregular de “verbas” ou “rendas” públicas.

15.6 CONCUSSÃO (ART. 316, CAPUT, DO CP)

Bem jurídico. O bem jurídico é a Administração Pública (funcionamento e o decoro). **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** o sujeito ativo é o funcionário público (crime próprio), mas admitindo a participação de particular, através do art. 30, do Código Penal. Já se admitiu *advogado* como coautor, quando servia de instrumento para a autoridade policial na exigência de dinheiro (RJTJESP 28/327). Se houver exigência pelo médico particular, mas em atendimento pelo SUS (STF, RHC 90.523/ES), em razão da função, há concussão. Nesse caso, a competência é da justiça estadual (STF, REExt nº 421971/RS, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 11/02/2005). No caso analisado pelo STF, havia envolvimento de diretor e médico de pacientes vinculados ao SUS. **Sujeito passivo:** sujeito passivo principal é o Estado. Nos crimes contra a Administração Pública, o Estado é sempre sujeito passivo principal (também chamado de sujeito passivo formal ou geral). Mas abrange o particular lesado, como sujeito passivo secundário. **Tipo objetivo.** Na concussão, o funcionário exige vantagem indevida. **Verbo “exigir”.** Significa ordenar, impor como obrigação. **Ameaça.** A exigência comporta uma ameaça, já que a mera solicitação configura apenas a corrupção. Contudo, não se exige que esta ameaça seja feita com *vigor*, como, p. ex., gritando, bastando que se caracterize uma ordem e não uma simples solicitação. Existe o *metus*

publicae potestatis (temor de represália em razão da função pública exercida). A concussão é uma forma especial de extorsão (art. 159 do CP) praticada por funcionário público, com abuso de autoridade. Exemplo: Mário, PM, em uma diligência, encontra João, foragido, e exige do mesmo a quantia de R\$ 10 mil para não o conduzir à prisão (Concurso, Analista Judiciário – TER/PB, ano 2007). Todavia, havendo constrangimento, por exemplo, com o uso de arma de fogo, o crime é de extorsão (TCE/AM, Concurso de Auditor, 2007). Não é necessário que o funcionário esteja trabalhando, podendo estar em licença. Se o agente se faz passar por policial, fiscal etc., responde por extorsão (porque, neste caso, não é funcionário público). Há concussão se policiais civis exigem vantagem indevida para liberação de veículo suspeito de adulteração (RT 873/569). **Vantagem patrimonial.** **Vantagem “indevida”** (elemento normativo do tipo). Vantagem indevida = vantagem ilegal ou ilícita. A vantagem deve ser patrimonial (entendimento predominante da doutrina: Damásio, Hungria e Noronha). Há também entendimento que pode ser qualquer outra vantagem (Mirabete, Fragoso), porém predomina o primeiro entendimento. Bitencourt entende que pode ser qualquer tipo de vantagem, como a exigência de um título honorífico (*Tratado...*, vol. 5, p. 65). Pensando abranger toda e qualquer vantagem, a Lei nº 12.299/10, ao modificar a Lei nº 10.671/03, menciona nos crimes dos arts. 41-C e 41-D a vantagem patrimonial ou não patrimonial. No caso de a vítima entregar o dinheiro, não haverá corrupção ativa, pois a mesma foi constrangida. **Modalidades:** (a) Vantagem direta. Concussão explícita: a feita abertamente; (b) Vantagem indireta. Concussão implícita: quando o sujeito dá a entender que deseja obter a vantagem (não se trata apenas de “solicitar”, porque aí caracteriza a corrupção passiva (art. 317 do CP). Vantagem para a própria Administração Pública. Embora seja de difícil ocorrência, é possível que a vantagem seja direcionada à Administração Pública, porquanto o tipo menciona “para outrem”. **Dentro da função, fora da função ou antes de assumi-la.** O legislador tornou o tipo bem abrangente. Inclui o funcionário público. Normalmente, a exigência é no momento em que exerce o cargo. Mas abrange fora da função: o funcionário está de folga, identifica-se e exige o dinheiro para não prender o agente criminoso. Ou então, aquele que nomeado, antes de tomar posse, exige, em razão da função, certa quantia em dinheiro. No entanto, se não existir função pública, não existe o delito de concussão. Assim, inspetor de quartelão que exige dinheiro para liberar suspeito (RJ TJESP 41/338). **Tipo subjetivo.** É o dolo, abrangendo a vontade de exigir a vantagem prevalecendo-se da função. Trata-se de um verdadeiro abuso de autoridade. Se o funcionário exige vantagem indevida, mas sem “pensar” que está exercendo a função pública, caracteriza-se o crime de extorsão (pena mais grave de quatro a dez anos de reclusão). Deve haver também o elemento subjetivo *para si ou para outrem*. **Consumação.** A **consumação** ocorre quando a exigência chega à vítima, não dependendo da obtenção da vantagem indevida. A tentativa é possível, por exemplo, através de carta ou quando o sujeito passivo secundário não entende a exigência.

15.7 EXCESSO DE EXAÇÃO (ART. 316, § 1º, DO CP)

Bem jurídico. Tutela-se a Administração Pública. **Sujeitos do delito.** **Sujeito ativo:** o funcionário público ainda que não seja o com atribuição para fiscalizar o recolhimento do tributo. **Sujeito passivo:** é o Estado (sujeito passivo primário) e o contribuinte relacionado ao imposto, taxa ou emolumento (sujeito passivo secundário). **Tipo objetivo.** **Exação** é a correção, exatidão na conduta. **Excesso de exação:** o agente se excede na “correção” para recolhimento do tributo ou contribuição social e o meio (instrumento) usado é irregular. Não visa a benefício próprio. O agente criminoso exige imposto não devido ou, se devido, emprega meio vexatório visando o recolhimento. O tributo pode ser o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador situação independente de atividade estatal (art.

16 do CTN). Taxa é o tributo cobrado em razão da utilização de um serviço. Contribuição de melhoria é o tributo cobrado pelo Estado em razão de obra pública que acarreta melhoria ao imóvel do contribuinte (exemplo: pavimentação). Já as contribuições sociais são previstas no art. 149 da CF e são dirigidas a determinadas finalidades, como o custeio do sistema previdenciário.

Tipo subjetivo. É o dolo, vontade livre e consciente de exigir ou de empregar meio vexatório. Elemento subjetivo do tipo: inclui o saber (dolo direto) ou deveria saber indevido (dolo eventual). Mirabete (*Manual de direito penal*, parte especial, v. 3, p. 305) entende que se trata de culpa o “deveria saber”. Prevalece, todavia, para a doutrina dominante a posição de que o deve saber implica em dolo eventual.

Consumação. Consuma-se com a simples exigência (crime formal), não exigindo o resultado naturalístico (que seria o recolhimento do imposto). A tentativa é possível (por exemplo, notificação vexatória via carta ou ofício).

Excesso de exação qualificado. Se o funcionário desvia em proveito próprio, a pena é de 2 a 12 anos e multa. Refere-se somente ao § 1º, ou seja, excesso de exação. O apossamento tem que ocorrer durante o crime. Se o apossamento ocorrer após o recolhimento (e não durante), haverá concurso entre excesso de exação simples e peculato. O crime qualificado (pelo desvio) é um erro de técnica, porquanto exhibe a pena mínima menor (beneficiando ao invés de punir o agente criminoso).

15.8 CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317 DO CP)

Bem jurídico. Protege o funcionamento normal e correto da Administração Pública. Pode-se falar em moralidade administrativa também (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 873).

Sujeitos do delito. **Sujeito ativo: crime próprio:** o funcionário público (*intraneus*). Não há necessidade de ser titular do cargo, mas pode estar exercendo eventualmente uma função pública, como a de jurado (Rogério Greco, *ob. cit.*, p. 974). Admite a autoria, coautoria e a participação do *extraneus*. Se o sujeito ativo for representante de organização esportiva, o crime é do art. 165 da Lei 14.597/23.

Sujeito passivo: o Estado (principal) e a pessoa alvo da solicitação (secundário). Se a mesma oferece, não é mais sujeito passivo porque também se torna criminoso.

Tipo objetivo. Verbos. Os verbos do tipo são *solicitar*, *receber* e *aceitar*. *Solicitar* é pedir, havendo iniciativa do funcionário público. Ex. envolvendo o senador da república acusado de pedir R\$ 2 milhões a empresário, em troca de favores políticos. *Receber* é entrar na posse (da vantagem indevida). O ex. é da condenação envolvendo ex-presidente por receber reformas no apartamento, como forma de corrupção, também em troca de favores políticos. *Aceitar promessa* é concordar com a proposta. Nas duas últimas condutas (*receber* e *aceitar*), há iniciativa do particular, que responderá por corrupção ativa. Vantagem indevida em razão do cargo: compreende também ato de ofício ou legal. Exemplo: receber dinheiro para trabalhar ou para fazer ronda no quarteirão. Isso em razão da necessidade de probidade administrativa do funcionário público.

Ato de ofício e competência para praticar o ato de ofício. Para a existência do crime de corrupção passiva, deve existir um nexo, um vínculo, um liame entre a vantagem solicitada e atividade de ofício exercida pelo corrupto. Até para se aferir se efetivamente estariam enquadradas nas funções do funcionário público. Porque se não estiver na competência, poderia haver apenas crime de tráfico de influência (art. 332 do CP) (Mirabete e Fabbrini, *Manual de Direito Penal, vol. II*, p. 287). Esse entendimento de Mirabete foi superado pelo STJ: “Com efeito, nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão ‘em razão dela, presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de ‘ato que está dentro das competências formais do agente’. A expressão ‘ato de ofício’ aparece apenas no *caput* do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no *caput* do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção

passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão ‘ato de ofício’ figura apenas na majorante do art. 317, § 1º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2º do mesmo dispositivo. Além disso, a desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação – referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais – e os princípios da proporcionalidade e da isonomia.” (REsp 1.745.410-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Acđ. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018). Dessa forma, a interpretação gramatical própria ao princípio da legalidade estrita ceda passo a uma política criminal mais rigorosa e uma interpretação sistemática. **Especificação do ato de ofício.** Descrito no § 1º do art. 317 do CP, discute-se se exige a necessidade de especificar qual seria o ato de ofício. Afinal, se há um comércio, há um ato de ofício a ser feito, não feito ou retardado. Normalmente, o corruptor não se interessa em gratificar o funcionário público se não existe um ato de ofício que o funcionário público estiver envolvido. O debate foi reacendido na operação Lava-jato, envolvendo ex-presidente, onde inexistiria especificação de qual seria esse ato. Nesse caso, houve entendimento da dispensabilidade de especificar esse ato de ofício. O ato de ofício deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico, bastando, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal, que o ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente (STF, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22/04/2013). Porém, na doutrina clássica, sempre se atentou para a necessidade de se especificar esse ato de ofício: “Na corrupção passiva, é indispensável que a acusação aponte na denúncia, sob pena de trancar-se a ação penal por falta de justa causa, em que consistiria a venalidade do ato de ofício...” (RT 761/592). **Vantagem.** Não se tratando de crime contra o patrimônio, a vantagem pode ser de qualquer natureza. Essa é a opinião de FRAGOSO, MIRABETE e DAMÁSIO. P. ex. de vantagem patrimonial é o do carcereiro solicitar vantagem sexual para advogada, em troca de arrumar “clientes” (crime de corrupção própria, já que seria uma prática ilegal). **Outra vantagem.** HUNGRIA, todavia, entende que a vantagem deve possuir natureza patrimonial (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 878). Todas as condutas focam a mercancia do agente com a função pública (Rogério Sanches Cunha, *Manual de direito penal, parte especial*, p. 875). Diferentemente da “carteirada”, que não abrange sequer a contraprestação (Rogerio Sanches Cunha, ob. cit., p. 875). **Pequenas gratificações.** Não há crime nas pequenas gratificações e nos agrados de “boas-festas” (Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernest Führer, *Resumo de direito penal, parte especial*, p. 209). Manzini, citado por Fragoso, exclui das incriminações pequenas doações ocasionais (RT, v. 389, p. 95). Se não é aceitável que alguém presenteie um magistrado com um apartamento ou automóvel, não se pode falar em corrupção se alguém recebe uma garrafa de vinho ou uma cesta de natal (Bitencourt, *Tratado...*, vol. 5, p. 81). Na doutrina moderna, existiria no caso falta de lesão ao bem jurídico, caracterizando-se atipicidade material. Assim, a frequência é bom indicador da ocorrência do crime ou não. Se o agente recebe coisa de pequeno valor, mas de forma frequente, o delito pode vir a se caracterizar. **Modalidades:** 1. **corrupção passiva própria:** quando a vantagem visa que o funcionário realize ou deixe de realizar ato ilegal. Exemplo de ato ilegal: prender em flagrante quem não está sob as condições do art. 302 do CPP. Ex.: coordenador jurídico de uma procuradoria da República sugere a um autor de requerimento que lhe dê um presente a pretexto de influir em informação a ser prestada em procedimento administrativo por subordinado seu (24º Concurso de Procurador da República); 2. **corrupção passiva imprópria:** quando a realização é de ato legal. Exemplo: receber dinheiro o policial para fazer