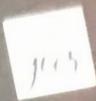


saraiva 

# Miguel Reale Júnior

COORDENADOR

*Alamiro Velludo Salvador Netto*  
*Alexandre Wunderlich*  
*David Teixeira de Azevedo*  
*Eduardo Saad-Diniz*  
*Fábio Guedes de Paula Machado*  
*Filipe Henrique Vergniano Magliarelli*  
*Helena Regina Lobo da Costa*  
*Heloisa Estellita*  
*Janaina Conceição Paschoal*  
*João Florêncio de Salles Gomes Junior*  
*Luciano Anderson de Souza*  
*Mariângela Gama de Magalhães Gomes*  
*Marina Pinhão Coelho Araújo*  
*Miguel Reale Júnior*  
*Renato de Mello Jorge Silveira*  
*Víctor Gabriel Rodríguez*

CÓDIGO PENAL  
COMENTADO

ISBN 978-85-472-0859-2

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

**SOMOS** | **saraiva** educação **jur**

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B  
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

**SAC** | 0800-0117875  
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h  
[www.editorasaraiva.com.br/contato](http://www.editorasaraiva.com.br/contato)

Código penal comentado / Alamiro Velludo Salvador Netto...[et al] ; organizado por Miguel Reale Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Bibliografia

1. Direito penal - Legislação – Brasil I. Salvador Netto, Alamiro Velludo II. Reale Junior, Miguel.

17-0623

CDU 343(81)(094.4)

**Presidente** Eduardo Mufarej  
**Vice-presidente** Claudio Lensing  
**Diretora editorial** Flávia Alves Bravin

**Conselho editorial**  
**Presidente** Carlos Ragazzo  
**Consultor acadêmico** Murilo Angeli Dias dos Santos

**Gerência**  
**Planejamento e novos projetos** Renata Pascual Müller  
**Concursos** Roberto Navarro  
**Legislação e doutrina** Thais de Camargo Rodrigues

**Edição** Deborah Caetano de Freitas Viadana

**Produção editorial** Ana Cristina Garcia (coord.)  
Luciana Cordeiro Shirakawa  
Clarissa Boraschi Maria (coord.)  
Guilherme H. M. Salvador  
Kelli Priscila Pinto  
Marília Cordeiro  
Mônica Landi  
Surane Vellenich  
Tatiana dos Santos Romão  
Tiago Dela Rosa

**Diagramação e revisão** Know-How Editorial

**Comunicação e MKT** Elaine Cristina da Silva  
**Capa** IDÉE arte e comunicação

**Produção gráfica** Marli Rampim

**Impressão e acabamento** Intergraf Ind. Gráfica Eireli

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código penal comentado 343(81)(094.4)

**Data de fechamento da edição: 10-4-2017**

Dúvidas? Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 601872 CAE 570928

## TÍTULO XI DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### CAPÍTULO I

#### Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

##### **Peculato**

**Art. 312.** Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

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

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

##### **Peculato culposo**

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

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

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

**Bibliografia:** BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PAGLIARO, Antônio. *Dos crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. São Paulo: RT, 2005; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008; RIBEIRO PONTES. *Código Penal comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2008. t. I; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000. v. II; SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 4. ed. Buenos Aires: Tea, 1987. v. V; WUNDERLICH, Alexandre. Crimes contra a administração pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em de-*

bate. Rio de Janeiro: GZ, 2012. v. IV; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria do delito*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. IV.

### Considerações gerais

O peculato é previsto nas legislações contemporâneas, porquanto indiscutível a necessidade de intervenção penal na tutela da Administração Pública. Aliás, lembra Bitencourt (2015, p. 37) que “os crimes funcionais não encontram sua proibição só no direito penal, como também no campo do direito administrativo. Todo ilícito penal praticado por funcionário público é igualmente ilícito administrativo. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal, resultando que a única diferença entre ambos é a sua gravidade”. Nesse particular, diante da concepção de existência de uma ilicitude jurídica una, nossa opinião reside na necessidade de diminuirmos o recurso ao Direito Penal e, alternativamente, aumentarmos o espectro do direito sancionador.

Simplificadamente, o tipo legal de crime é retratado na hipótese de o funcionário público apropriar-se ou apossar-se de coisa alheia móvel do Estado, ou de particular, que possui em razão de seu cargo. É uma espécie de enriquecimento ilícito do funcionário<sup>268</sup>, pela apropriação de bem do Estado – *furto de coisa estatal (res publicae)*. A figura jurídica do art. 312 do CP estabelece quatro modalidades de peculato: o *caput* disciplina o (a) *peculato-apropriação* e o (b) *peculato-desvio*; os §§ 1º e 2º tipificam o (c) *peculato-furto* e o (d) *peculato-culposo*, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência aceitam, ainda, a atipicidade pela figura do (e) *peculato-uso*.

Sobre o conceito de peculato, Hungria (1959, p. 334-336) é atual: “o fato do funcionário público que, tendo, em razão do cargo, a posse de coisa móvel pertencente à administração pública ou sob a guarda desta (a qualquer título), dela se apropria ou a distrai do seu destino, em proveito próprio ou de outrem (...) o legislador achou de bom aviso eliminar qualquer dúvida sobre a existência do peculato ainda quando se trate de coisas eminentemente fungíveis ou restituíveis pelo tantumdem, e ainda que solvável o agente”.

Em todas as hipóteses típicas, o *sujeito ativo* é o funcionário público que pratica a conduta em *razão do cargo que ocupa*, seguindo Delmanto (2010, p. 891), pois não é suficiente “a mera qualidade de funcionário público”. Em regra, o *sujeito passivo* é o próprio Estado e, eventualmente, um terceiro-particular pode vir a ser prejudicado.

<sup>268</sup> O conceito jurídico de funcionário público para fins penais está previsto no art. 327 do CP, tratando-se daquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. 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.

O objeto material é amplo e abrangente. Ribeiro Pontes (2000, p. 513) ensinou que “o objeto deste crime pode ser dinheiro, documentos, títulos de crédito, efeitos e quaisquer outros bens móveis públicos – federais, estaduais ou municipais – ou particulares, confiados à guarda, depósito, arrecadação ou administração dessas entidades ou pessoas jurídicas”. Não por outra razão, Soler (1987, p. 223) sublinhou a existência de uma relação do funcionário com a Administração, um vínculo de confiança que constitui a base do peculato: “que es una ofensa contra la fe pública, identificada con la trufa en el sentido toscano de retención indebida”.

O crime é *pluriofensivo*, pois resguarda o interesse de preservação da *res mibilis* ao tempo que também tutela o interesse de que o funcionário público não abuse de sua função, visando benefício pessoal ou de terceiro. É a conclusão de Hungria (1959, p. 345), ao afirmar que “convergem no peculato a violação do dever funcional e o dano patrimonial (...). Poderá dizer-se que é punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexecução no desempenho do cargo público; mas é absolutamente indispensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial”.

Na mesma linha, mais recentemente, Prado (2008, p. 441-442) adverte que “aflora não só o interesse em preservar o patrimônio público, mas principalmente a finalidade de resguardar a probidade administrativa, cuja importância, inclusive, foi cristalizada pela Constituição da República de 1988 (art. 37, *caput* e § 4º) (...). Defende-se, ainda, que a tutela penal deve ser enfocada sob dois aspectos, um de caráter genérico e outro de caráter específico. No tocante ao primeiro, objetiva-se velar pelo normal funcionamento da administração, enquanto no segundo há o interesse específico em se proteger os bens móveis de propriedade do erário e o dever do funcionário em velar pelo patrimônio público”. Bitencourt (2015, p. 40) sublinha que “o peculato ofende princípios fundamentais do *pacto social democrático*”.

Em razão do objeto jurídico, nas múltiplas formas em que o delito de peculato se apresenta, defendemos que existe uma *concepção dualista*: um aspecto moral, que impõe dever funcional de fidelidade e probidade com o Estado, e um aspecto patrimonial, espécie de tutela em favor do patrimônio da Administração Pública. Em nossa visão, esses interesses, moral e patrimonial, se relacionam e convivem no âmago da norma penal.

## Considerações nucleares

### a) Peculato-apropriação – dolo específico

O *caput* do art. 312 do CP estabelece a hipótese de *peculato-apropriação*, quando o dinheiro/moeda, valor ou qualquer outro bem móvel é apropriado ou aposado pelo funcionário. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, o que exigirá uma discussão sobre o conjunto fático-probatório. Afinal, sabe-se que é das condições objetivas que se extrai o elemento subjetivo. No peculato, Soler (1987, p. 224) sustenta que “debemos analizar cada uno de los elementos que contribuyen a la

calificación de un hecho como peculado: la calidad de los bienes; la calidad de la persona y la naturaleza de la relación que media entre el sujeto y dichos bienes”. São tais circunstâncias que projetam o *animus* do agente, “esas condiciones actúan como presupuestos de la acción que constituirá malversación”.

Questão nuclear é estabelecer se o tipo de peculato exige o *dolo genérico* ou *dolo específico*. A jurisprudência é controvertida. Em nosso sentir, exige-se, por parte do agente, um elemento subjetivo, que é a consciência do especial fim de agir, no sentido de apossar-se – definitivamente –, do bem, em benefício próprio ou de terceiro. A expressão *definitivamente*, que aparece na doutrina e em inúmeros julgados, não é utilizada por acaso, e serve para exigir esse *plus*, que ultrapassa os contornos do *dolo genérico* (WUNDERLICH, 2012, p. 24).

O Direito Penal deve atingir as condutas graves que lesem bens jurídicos de relevância social. Assim, diante da resposta do tipo de *peculato-apropriação*, devemos impor condições rigorosas para a configuração do dolo – vontade livre e consciente de causar lesão ao Estado. Apropriação pressupõe uma intenção, que é *definitiva*, de não restituição da coisa, logo, é indispensável o *animus* de tê-la para si. Não se pode optar por um *dolo genérico*, pelo qual o Julgador reproduz burocraticamente o texto da lei. Ao contrário, a falta de comprovação do elemento anímico-volitivo deve conduzir ao juízo absolutório.

#### b) Peculato-desvio – desvio sem o *animus rem sibi habendi*

O *caput* do art. 312 do CP prevê a hipótese de *peculato-desvio*, quando o funcionário desvia ou altera o destino de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. É o caso do funcionário que dá outro curso ao dinheiro estatal, desviando-o de seu destino natural. Nesta espécie, o tipo se configura na modalidade dolosa, ainda que sem o *animus rem sibi habendi*. O dolo é representado pela consciência e livre vontade de dar ao bem do Estado outra finalidade, um especial fim de agir, que é coroado na obtenção do proveito próprio ou alheio. Ou seja, no *peculato-desvio*, é importante que, além do tradicional *dolo genérico* (vontade de empregar a coisa em finalidade diversa), exista também o *dolo específico*, representado na intenção final de proveito próprio ou de outrem.

Questão nuclear aparece quando o funcionário público, sem autorização legal, mas premido por determinadas circunstâncias, mormente pela situação caótica de sua repartição, *desvia* o bem em favor do próprio Estado, optando por uma adequação que pensa ser conveniente, em favor da melhoria da prestação do serviço público. Nestes casos excepcionais, mesmo havendo o *desvio* material, trata-se de ilícito administrativo, sendo o fato atípico em razão da falta de dolo específico e de prejuízo ao Estado.

#### c) Peculato-furto

A figura jurídica do art. 312, § 1º, do CP, fixa os limites do *peculato-furto*, também conhecido como peculato impróprio. Ocorre uma específica forma de

furto, quando o funcionário subtrai dinheiro, valor ou bem, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da própria facilidade do cargo. De igual modo, existe *peculato-furto* quando o funcionário facilita ou auxilia o terceiro, funcionário ou particular, concorrendo na empreitada de subtração da coisa.

#### d) Peculato-culposo

O art. 312, § 2º, do CP disciplina o *peculato-culposo*, espécie diferente das demais, no que tange, obviamente, ao elemento subjetivo. É a hipótese de violação do dever objetivo de cuidado pelo funcionário público, que, agindo em uma das modalidades da culpa (negligência, imperícia ou imprudência), concorre para que um terceiro se aproprie, desvie ou subtraia dinheiro, valor ou bem públicos – *concorre culposamente para o crime de outrem*. No caso do *peculato-culposo*, por disposição prevista no § 3º, a reparação integral do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

#### e) Peculato-uso

O *peculato-uso* é atípico. Há casos em que o funcionário público alega que utilizou do dinheiro ou do bem para pagamento de dívida pessoal, mas que tinha a intenção de repô-lo – *ánimo de restituir*. É a situação, também, do motorista da repartição pública que se apropria de uma peça de veículo e, antes de ser flagrado utilizando a coisa, realiza a devolução. Nestas hipóteses, o fundamental é perceber se o agente inverteu a titularidade da posse, passando a comportar-se com *animus domini*.

No exemplo do funcionário que utilizou o dinheiro para pagamento de dívida particular, se o uso do valor não ocorreu por uma circunstância excepcional e se não foi repostado aos cofres estatais, de forma rápida e eficaz, constitui-se o delito de *peculato-apropriação*, não se confirmando a hipótese de atipicidade. Aliás, em regra, o *peculato-uso* pressupõe que a coisa seja *infungível*. A mera intenção de restituir não descaracteriza o crime.

No exemplo do motorista que utiliza uma peça em seu veículo particular, de forma transitória, e que logo é devolvida, resta provada a ausência do *animus rem sibi habendi*, devendo ser afastada a figura típica, pois, além da falta de dolo, não houve qualquer prejuízo à Administração Pública.

Pensamos que o delito se consuma “com a efetividade concreta da apropriação ou desvio da *res mobilis*” (HUNGRIA, 1959, p. 343). Em trabalho anterior sobre o *peculato-uso*, defendemos que, para haver atipicidade, o uso deve ser momentâneo, circunstancial e a *res* usada deve ser restituída nas mesmas condições em que se encontrava antes, na linha do pensamento de grande parte da doutrina, exposta por Silva Franco e Stoco (2000, p. 3825).

A tese do *peculato-uso* não se presta aos servidores que desprezam o *múnus público* que a lei lhes impõe, não sendo aplicada àqueles que abusam do poder e violam dever funcional, descumprem normas de ordem ética e causam danos ao Estado (WUNDERLICH, 2012, p. 8-9).

### f) Peculato e insignificância penal

Nossa opinião sobre o princípio da insignificância foi registrada quando do exame dos crimes contra o direito do autor – art. 184 do CP. É, pois, uma causa supralegal de exclusão do tipo. Excluem o tipo as ações insignificantes e socialmente toleradas de um modo geral (ROXIN, 2008, p. 296).

Tornam-se, então, atípicas todas as condutas que não coloquem em risco ou não atentem significativamente contra o bem jurídico protegido. Na esteira de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2010, p. 229), advogamos que o princípio da insignificância tem uma *finalidade de contenção*, um papel dogmático relevante, que permite a exclusão da tipicidade em diversas hipóteses fáticas em concreto.

Os Tribunais tinham maior resistência à aplicação, fundamentalmente em razão da falta de previsão legal e de perímetros bem definidos para sua operacionalização. O *leading case* do STF no ano de 2004, HC 84.412, de relatoria do Ministro Celso de Mello, abordou definitivamente o assunto. Se, por um lado, a insignificância acabou consagrada pelo STF, por outro, o acórdão paradigma criou quatro vetores de aplicação que são marcados de subjetividade: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Seguindo a orientação do STF, uma vez presentes os vetores sugeridos, é aplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, não sendo razoável a vedação da aplicação em razão do bem jurídico – *concepção dualista*, aspecto moral e outro patrimonial.

A vedação da aplicação do princípio da bagatela, quando a conduta do funcionário público não atinge de forma significativa o bem jurídico, não tem sentido de ser. Não é possível a restrição de aplicação do princípio em razão de uma espécie de preservação moral da Administração Pública. Em nosso juízo, a busca da moral administrativa não torna inviável a aplicação da bagatela. A insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à dignidade do bem protegido, mas fundamentalmente em relação à intensidade da lesão ou da ameaça de lesão ao próprio bem jurídico. Outras questões relevantes também devem contribuir para a aplicação do princípio, como, por exemplo, (a) a falta de violação de preceitos da Administração Pública e (b) a imposição de sanção ao funcionário por prática de ilícito administrativo.

### Considerações finais

Os meios de comunicação em massa constantemente divulgam que ainda há uma má compreensão dos limites do que é “público” e do que é “privado”. Muitas vezes, existe sofisticação no cometimento dos crimes contra a Administração Pública e uma espécie de sistematização que visa burlar sistemas de controle e de conformidade. É fato. Entretanto, o que não se pode admitir é que, a partir da criação desse cenário midiático, surjam condenações apressadas ou desprovidas de

provas, com o fito de atender certos reclamos sociais. O peculato está inserido no contexto de expansão do Direito Penal, uma vez que é crime próprio de funcionário contra a Administração, e o exame da tipicidade merece especial atenção, sobretudo em casos de repercussão.

A ação penal é pública incondicionada, sendo que os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, trazidos pela Lei Federal n. 9.099/95, só terão cabimento na hipótese prevista no § 2º do art. 312 do CP (*peculato-culposo*), cuja pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Em todas as hipóteses de crimes contra a Administração Pública que serão examinadas poderão incidir as causas de aumento previstas no art. 327, §§ 1º e 2º, do CP, uma vez que são tipos praticados por funcionários públicos definidos legalmente pelos contornos ofertados no art. 327 do mesmo diploma normativo.

### **Peculato mediante erro de outrem**

**Art. 313.** Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

### **Inserção de dados falsos em sistema de informações**

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

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

### **Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações**

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

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

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

**Bibliografia:** BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV; COELHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. São Paulo: Atlas, 2014; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PAGLIARO, Antônio. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; DEL-

MANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1965. v. IV; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2014; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2014. v. VII.

### Considerações gerais

O peculato mediante erro de outrem ocorre quando o funcionário público se apropria de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de um terceiro. É uma espécie de *peculato-estelionato*, em que pese não haver igualdade entre as duas figuras típicas. Para a configuração do juízo de tipicidade, é elementar que a entrega do bem tenha sido feita ao agente em virtude do cargo que desempenha, e que o erro se relacione com a sua função pública, como leciona Fragoso (1965, p. 1081).

Atendendo à postura de *reserva de codificação*, pela qual todas as alterações são introduzidas no bojo do Código Penal, duas novas figuras foram agregadas ao tipo penal de origem – a *inserção de dados falsos em sistema de informações* e a *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações* –, pela Lei Federal n. 9.983/2000. Essas figuras vêm tutelar um bem jurídico importante na sociedade complexa em que vivemos, a segurança e a certeza dos sistemas computacionais, dos programas informáticos, das bases ou dos bancos de dados que armazenam milhões de informações pertencentes ao Estado, sobretudo nas agências de controle do governo, como a previdência social, as polícias, os órgãos de fiscalização de tributos etc.

Todas as três figuras jurídicas – (a) *peculato-estelionato*, (b) *inserção de dados falsos em sistema de informações* e (c) *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações* – são crimes *próprios* e *dolosos*. O bem jurídico tutelado em cada figura difere minimamente, sendo que a figura do peculato por erro de outrem tutela o patrimônio público e a moralidade administrativa; a proibição da inserção de dados falsos e da modificação ou alteração não autorizada em sistema de informações protege a segurança, imparcialidade e correção das informações da Administração Pública, sem que isso impeça a tutela da própria probidade administrativa (COELHO, 2014, p. 977-983; PRADO, 2015, p. 1058; BITENCOURT, 2015, p. 67).

Nas três hipóteses jurídicas, o crime é *próprio* e *instantâneo*, sendo *material* na primeira figura e *formal* nas duas outras. O *sujeito ativo* é sempre o funcionário público ou o funcionário autorizado que pratica a conduta em razão do exercício do cargo. O *sujeito passivo* é o próprio Estado e, eventualmente, um terceiro-particular pode vir a ser prejudicado. Assim como nas demais hipóteses de peculato, vistas no exame do art. 312 do CP, o *objeto jurídico* possui uma *concepção dualista*; um aspecto moral, que impõe dever funcional de probidade com o Estado, e um aspecto patrimonial, espécie de tutela em favor do patrimônio da Administração Pública.

## Considerações nucleares

### a) Peculato por erro de outrem

A hipótese do art. 313 disciplina uma espécie de apropriação de dinheiro ou qualquer coisa móvel por parte do funcionário público, desde que este tenha recebido a *res* por erro de outrem (seja funcionário ou não). É, em resumo, apossar-se de algo que pertence ao Estado, ou até de particular, de que o funcionário não tinha a posse prévia, e que recebeu por um equívoco de terceiro e no exercício do cargo. O mero recebimento do dinheiro ou da utilidade não é suficiente para que exista tipicidade, sendo necessário que esse recebimento, por erro de outrem, ocorra *no exercício de cargo público*, e não *em razão do cargo*, como é o caso do art. 312, bem nos termos da lição de Bitencourt (2015, p. 26).

É irrelevante a motivação do erro enquanto falsa representação da realidade, bem como quem o tenha praticado, uma vez que a tipicidade decorre da ciência do equívoco por parte do funcionário e, a partir disso, da apropriação indevida de dinheiro ou de qualquer outra utilidade. Certo está Bitencourt (2015, p. 30), ao afirmar que é absolutamente irrelevante a causa do erro, seja ignorância, desconhecimento, confusão, desatenção, desde que se tenha originado espontaneamente, sem qualquer intervenção provocativa do sujeito ativo. Para Prado (2015, p. 1056), o erro é pressuposto do delito, mas não pode ser provocado pelo agente, pois, se for, a conduta só encontra tipicidade no art. 171 do CP. Como destaca o autor, é essencial que a entrega e o recebimento da *res* estejam sedimentados no erro de outrem. É o caso, por exemplo, do funcionário que se apropria dos vencimentos que recebeu a mais do que lhe era devido, por *erro* na anotação da quantidade de horas trabalhadas por parte de seu superior hierárquico. Também é o caso quando, por engano, o agente recebe um auxílio-moradia ao qual não faz jus. O *erro* pode ser em relação à essência ou à quantidade do dinheiro ou da *res*, mas sempre será elementar típica.

### b) Inserção de dados falsos em sistema de informações

Os sistemas informatizados e as bases ou bancos de dados recebem especial importância na sociedade contemporânea, fundamentalmente diante da necessidade de armazenamento de uma complexa rede de informações, que servem para diversas espécies de controles do Estado, e vão desde os registros criminais, as informações fiscais de cidadãos até *os sistemas de controle de estoques nas empresas públicas*, por exemplo. A figura jurídica veio preservar sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública, seja sistema automatizado ou informacional e computadorizado, seja, ainda, sistemas manuais de armazenamento de dados e/ou informações.

Em realidade, o tipo tutela conjuntos de informações armazenadas, coleções de dados ou de informações úteis e relevantes para o Estado. Assim, o funcionário que inserir, colocar ou facilitar, auxiliar, desimpedir a inserção de dados falsos, ou

seja, inidôneos, alterar, modificar ou excluir, deletar, eliminar indevidamente dados corretos e com relevância nos sistemas públicos, pode ser responsabilizado. Sublinhe-se que, na forma de facilitação de inserção de dados, o *funcionário público* não realiza a conduta pessoalmente, pois a inserção é feita por outra pessoa, funcionário público ou não. Pensamos como Prado (2014, p. 91), no sentido de que inserir dado falso consiste em alimentar o banco de dados ou outro sistema informatizado com informação não correspondente com a sua real representação fática, ainda que de que forma parcial. Facilitar a inserção consiste em auxiliar outra pessoa – funcionário ou não – para que alimente o sistema com dado falso ou inidôneo. A facilitação pode ocorrer de inúmeras formas, que vão desde o auxílio material na entrega da chave da porta da repartição até o fornecimento do cartão de identidade funcional, do *token* da conta bancária ou da senha de acesso ao *software*.

Em qualquer circunstância, é fundamental que tenha atuado com a finalidade especial de obter um benefício, uma vantagem indevida para si ou para outrem, ou de causar dano ao Erário ou a terceiro. Para a conformação típica, exige-se *dolo específico* e não se admite a forma culposa. Evidente que, como diz Delmanto (2010, p. 899), para que haja crime, a modificação ou alteração deve ser juridicamente relevante e ter potencialidade lesiva.

### c) Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

O art. 313-B estabelece a figura penal comissiva praticada pelo funcionário público que modifica ou altera o sistema de informações ou programa de informática, sem autorização ou solicitação de autoridade competente. A modificação ou alteração pode ocorrer em um dado concreto objetivo ou no próprio fluxo do conjunto de informações do sistema ou do programa. Entende-se por sistema de informações ou programa de informática o *software* ou o sistema de programas ou conjunto de dados informatizados de qualquer modelo, pertencentes à Administração Pública. O tipo é doloso e não admite forma culposa, exigindo-se um especial elemento normativo, “sem autorização ou solicitação de autoridade competente”. Seguimos Bitencourt (2015, p. 41), no sentido de que “a falta de autorização ou solicitação não representa mera irregularidade administrativa, mas constitui a própria ilicitude da conduta, representando um elemento normativo constitutivo negativo do tipo penal”. Logo, “a existência de autorização ou solicitação de autoridade competente não só afasta eventual ilicitude da conduta, como também afasta a própria tipicidade”.

### Considerações finais

Em todas as hipóteses típicas a ação penal é pública incondicionada, sendo que, dos institutos despenalizadores, a transação penal (art. 76 da Lei Federal n. 9.099/95) só tem cabimento no caso do art. 313-B; enquanto a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei Federal n. 9.099/95) é cabível nos casos dos arts. 313 e 313-B. No caso do crime do art. 313-B, as penas são aumentadas de um

terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

### **Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento**

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

**Bibliografia:** BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV; COELHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. São Paulo: Atlas, 2014; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PAGLIARO, Antonio. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1965. v. IV; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2014; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

### **Considerações gerais**

As condutas típicas do funcionário público estão representadas em extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo, ou sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente. A materialidade consiste em *extraviar*, fazer desaparecer, sonegar, ocultar, ignorar a localização, não o apresentando quando obrigado a fazê-lo. De igual modo, *inutilizar*, tornar inútil ou impréstável, *tornar inidôneo*, total ou parcialmente, livro oficial ou *documento*, de que tem a guarda em razão do cargo, na clássica dicção de Fragoso (1965, p. 1084).

Para Prado (2014, p. 100), o núcleo do tipo é representado pelos verbos *supra*, sendo que *extraviar* expressa a ideia de desviar do destino, de desaparecimento; *sonegar* implica conduta omissiva na apresentação do livro ou documento exigido ou solicitado; enquanto *inutilizar* denota ação de tornar determinada coisa impréstável ao fim destinado (delito de conteúdo variado).

É um crime *próprio*, *instantâneo* e *material*. O *sujeito ativo* é sempre o funcionário público que tem a guarda do livro oficial ou do documento, em razão do cargo. O *sujeito passivo* é o próprio Estado e, eventualmente, um terceiro-particular pode vir a ser prejudicado. O *objeto jurídico* mantém *concepção dualista*; um aspecto moral, que impõe dever funcional de probidade com o Estado, e um aspecto patrimonial, espécie de tutela em favor do patrimônio da Administração Pública. O objeto material é livro oficial ou o documento de natureza pública ou privada.