

# DIREITO E JURISPRUDENCIA

## DOCTRINA

### ***Dos crimes contra a administração pública*** (\*)

#### **Peculato — Concussão — Corrupção**

BASILEU GARCIA

*Professor catedrático de Direito Penal  
na Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo*

**A** MATÉRIA do título XI desdobra-se em três capítulos. No primeiro se estudam os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral. O sujeito ativo é, portanto, o funcionário público. Veremos que, em conexão com a ação do funcionário público, também pode aparecer como sujeito ativo o particular. O segundo capítulo diz respeito aos crimes praticados por particular contra a administração em geral; e o terceiro é relativo aos crimes contra a administração da justiça, que tanto podem ser cometidos por funcionários públicos como por particulares.

Há numerosas formas delituosas neste primeiro capítulo, destacando-se três pela sua importância: o peculato, a concussão e a corrupção. Vamos estudar o peculato.

#### PECULATO

O significado etimológico do vocábulo liga-se à palavra *pecus*. Sabem que o gado já serviu como mediador de trocas. Exerceu a função hoje atribuída à moeda metálica e ao papel-moeda. De *pecus* também derivam as palavras *pecúnia* e *pecúlio*.

O peculato foi outrora considerado gravíssimo delito, sujeito à pena capital, como quase todos os fatos delituosos que ofendiam diretamente o Estado e as prerrogativas do soberano.

O Código nos fornece o seguinte dispositivo acerca desse crime: "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". As penas são de "reclusão, de dois

a doze anos, e multa, de cinco a cinquenta contos de réis".

Agente — já frisei — deve ser o funcionário público, e os senhores sabem que o Código Penal nos dá um amplo conceito de funcionário público, sem atender aos ensinamentos do direito administrativo. No art. 327 "considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem embora transitóriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública". E equipara-se, no parágrafo, ao funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

O significado etimológico do vocábulo liga-se à sempre relembram, entre os conceitos de funcionário público, o que era apresentado pelo art. 86, § 1.º, da Constituição do Estado de São Paulo: "Considera-se funcionário público todo aquele que exerce, em caráter efetivo e mediante nomeação de autoridade competente, cargo público criado por lei". De acordo com esse dispositivo, são elementos do conceito de funcionário público a nomeação por autoridade competente, o exercício efetivo do cargo e ter este sido instituído por lei. Nenhum desses requisitos é essencial, no larguíssimo conceito penal de funcionário público.

De várias maneiras pode o agente cometer o crime. Encontramos no art. 312 os verbos "apropriar-se" e "desviar". Na verdade, o funcionário pode apoderar-se de valores ou desviá-los. Desviando-os, estará também praticando uma apropriação, mas de modo especial. Por exemplo: se por

(\*) Preleção proferida no 4.º ano da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1943.

empréstimo cede a um amigo um objeto da repartição. E' um desvio, que afinal também revela o ânimo de apropriar-se, desde que o funcionário esteja dispondo da coisa como se fôra seu dono.

Outros dois verbos encontramos no parágrafo 1.º, a completarem a indicação da materialidade do peculato. Diz êsse parágrafo "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". Só é possível a subtração de valores pelo funcionário, se êle não lhes tiver a posse. Se a tiver, é claro que haverá apropriação ou desvio. Não tendo, porém, a posse, estando os bens confiados a outrem, só poderá apoderar-se dêles subtraindo-os. Nesse caso, cometerá um furto, ao passo que, na conformidade dos dizeres do corpo do artigo, praticará uma apropriação indébita. De qualquer forma, tenha-se uma apropriação indébita ou um furto, o delito se alça à categoria de peculato, em vista da qualidade do agente, — funcionário público.

Às vêzes, porém, se o peculatório não subtrai bens, concorre para que outrem o faça. O simples porteiro de uma repartição pública, que não guarda valores, pode, sem diretamente os subtrair, praticar o crime de peculato; por exemplo, se se limitar a abrir a porta, ensejando a que um larápio entre na repartição para furtar, responderá como réu de peculato. E não importa que os valores conservados na repartição pertençam ou não ao Estado.

Nessas últimas palavras, avento um aspecto que é preciso salientar. Não é essencial, para integrar-se o peculato, que a ação ilícita se exerça sobre valores pertencentes ao Estado. E' bastante que se achem sob a guarda, ainda que transitória, de agentes do poder público. Assim, praticará o crime um carteiro dos Correios que se apodere da importância de um registrado.

Apenas sobre bens móveis pode recair o delito. A propósito, a lei faz uma enumeração exemplificativa desnecessária, referindo-se a "dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel". O peculato não se pode exercer sobre imóveis. Êstes, ligados ao solo como se acham, não são passíveis de apropriações ou de furtos, a que em essência se reduz o peculato. Não é impossível que um funcionário público, especialmente se desempenha algum alto cargo, se apodere de bens imóveis do Estado. Nesse caso, entretanto, não estará agindo como pecula-

tário, mas sim, tais sejam as circunstâncias, como falsário, engendrando documentos, contrafazendo escrituras públicas, etc.

Como adverti inicialmente, em concurso com o funcionário público, o particular também pode ser sujeito ativo do delito. Sê-lo-á, no exemplo que acabo de indicar: o de facilitar o funcionário público o crime de outrem, o qual se prevalece de facilidades assim obtidas para ingressar na repartição. Entretanto, mesmo com abstração dessa hipótese, poderemos afirmar a tese do cabimento de criminalidade por peculato a particulares, tendo em vista regras gerais do Código Penal. Atenderemos não só ao princípio capital sobre a co-autoria (art. 25); mas particularmente ao art. 26, que se refere à comunicabilidade das circunstâncias do delito. Êsse artigo declara: "Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementos do crime". A regra é que as *circunstâncias de caráter pessoal, as que concernem* à pessoa do agente, não se transmitem de uns a outros participantes do delito para agravar-lhes ou favorecer-lhes a situação perante a lei penal. Mas dá-se a comunicabilidade quando elas representam elementos da infração. Ora, a qualidade de funcionário público é elemento do crime de peculato, de forma que todo indivíduo, sem função pública, que concorrer para o peculato, se considera também peculatório.

Uma das questões mais interessantes sobre o peculato é a relativa ao momento consumativo do crime. Reveste-se de dificuldade em certas hipóteses. Vamos imaginar que, numa coletoria do Interior, chegue inesperadamente um funcionário da Secretaria da Fazenda, para tomar as contas do coletor, e verifique estar ausente dos cofres o dinheiro arrecadado. Pergunto: a apuração do fato, nesses termos, habilita a justiça a ter como consumado o crime de peculato? Distingamos, para suscitar a dúvida: o funcionário não consegue repor imediatamente os haveres, e pode acontecer que se ponha a campo, com a maior rapidez possível, e traga de casa, ou do bolso dos amigos, o dinheiro com que pretende salvar a situação.

E assim como figurei que essa tomada de contas seja efetuada imprevistamente, sem atinência aos prazos fixados pelas leis, regulamentos e códigos de contabilidade pública, poderei também admitir que se realize em oportunidade previamente estabelecida.

Entendo que não oferece importância indagarmos se o funcionário foi ou não surpreendido pelos seus superiores. Ele não tem direito a ver fiscalizada a sua honestidade ou desonestidade de acordo com datas fatais. Os prazos, prefixados em benefício da regularidade do serviço público, não o isentam da pena cabível, desde que se apure a existência do crime.

Entretanto, a meu ver é praticamente relevante a circunstância de conseguir fazer a reposição sem demora. Tratando-se de bens fungíveis, de que é exemplo característico o dinheiro, já vimos no estudo da apropriação indébita que a restituição do equivalente, no momento de serem prestadas as contas, evita a concretização do crime. Há quem diga que em relação ao peculato a mesma regra não deve ser aplicada: que o funcionário não pode, nem por um instante, distrair haveres pertencentes ao Estado e que, fazendo-o, incorre nas penas do peculato. Acho que nesse entendimento há rigor excessivo, que deve ser evitado em direito penal, sob pena de fracasso das normas punitivas: rigor demais acaba em rigor nenhum... Embora seja possível dizer-se que o crime estava completo, quando o funcionário, sem demora, efetuou a reposição, acredito que as autoridades administrativas não promoveriam a responsabilização criminal do funcionário, satisfazendo-se com as providências de caráter disciplinar. E está bem que assim seja.

Cumpre, de resto, frisar que o próprio Código Penal nos insinua a solução que estou indicando. A reparação do dano, em matéria de peculato, tem a sua importância. No § 3.º do artigo 312, fala-se positivamente na reparação do dano, com influência liberatória sobre a pena. E' verdade que se cogita de tal influência em matéria de peculato culposo, e não de peculato doloso. Em todo caso, é um critério que concorre como subsídio para a solução benigna que aponte.

Causa-lhes espécie, provavelmente, a expressão "peculato culposo", visto que estamos tratando de lesão patrimonial. Uma única vez deparamos, no longo assunto dos crimes contra o patrimônio, modalidade culposa. Foi quando vimos o crime de receptação. No art. 174, encontramos, também, numa espécie de estelionato, aquela expressão de sentido duvidoso "sabendo ou devendo saber", acerca da qual se admite a possibilidade de entender-se o elemento subjetivo culpa. Mas, de forma clara, até aqui só deparamos referência à culpa,

quanto a delitos patrimoniais, na receptação. Agora, encontramos-a no peculato. Fêz bem o legislador. E' uma realidade o peculato culposo. Consiste no fato de, por negligência, concorrer o funcionário para que outrem assalte o patrimônio público ou o patrimônio de particular confiado ao Estado. E' quase uma peculiaridade do nosso Código. Raros são os estatutos criminais que encerram semelhante disposição. Ela é a seguinte: "Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena — detenção, de três meses a um ano".

A influência do elemento subjetivo sobre a pena, no peculato culposo, se exerce diferentemente, conforme as circunstâncias. Num caso é total, noutro é parcial. Livra-se totalmente da pena o negligente, se ressarcir o dano antes que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível. Portanto, a lei dá muito tempo para reparar o dano. Se a indenização é efetuada pelo funcionário quando já está definitivamente condenado, a pena se reduz à metade. E' o que está escrito no § 3.º: — "No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a culpabilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta". Como causa extintiva da punibilidade, já consideramos o ressarcimento do dano no peculato culposo quando, no ano passado, estudamos o artigo 108 do Código Penal.

GALDINO SIQUEIRA, a propósito da repercussão do ressarcimento sobre a punibilidade do peculato culposo, manifestou o desejo de que o dispositivo tivesse sido alongado pela legislação (e assim se externava ao tempo da Consolidação das Leis Penais) à hipótese do próprio peculato doloso. Mas não tinha razão. O peculato doloso é muito mais grave. Existe acentuada má fé do agente. Ele trai, deliberadamente, a confiança que lhe é depositada pela administração pública. Revela-se indivíduo de péssimo caráter e reúne as condições que tornam aplicável uma pena severa. Haveria ilogismo em tal extensão, porque a pretendida eficácia eximente da pena não existe para os atentados contra o patrimônio particular. Se a reparação do dano não impede a punição pelo roubo, furto, apropriação indébita, estelionato, porque haveria de impedi-la na hipótese de sofrer o prejuízo a administração pública? Então o Estado — descumprindo o dever social de punir —

dá importância à reparação da ofensa ao seu patrimônio, e não a dá em se tratando do patrimônio particular? Em termos análogos NELSON HUNGRIA teve oportunidade de assinalar essa incongruência, criticando a proposta daquele projecto criminalista.

O que, parece, se poderia ter feito — e nisso não haveria mal algum — era outorgar-se à reparação do dano uma influência relativa no peculato doloso, mas não só nesse crime, senão em todos os crimes contra o patrimônio. Então, sim, não haveria incongruência. Sempre que o agente de crime contra o patrimônio, público ou particular, desse provas cabais de arrependimento, satisfazendo o dano, teria uma grande diminuição da pena. Não haveria prova mais sincera e eloqüente de arrependimento do que a reparação do dano. Assim se criaria um estímulo ao ressarcimento, em benefício das vítimas, pondo-se em prática postulado de suma importância no direito penal moderno.

Uma inovação encontramos, na disciplina do peculato, no art. 313: "Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem: Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de um conto a dez contos de réis".

A hipótese poderá ser, entre outras, a de um funcionário público que recebe, por exemplo, quantia maior que a devida como vencimentos, por engano da repartição pagadora. O Tesouro costuma enganar-se contra o funcionário e não a favor. Mas pode ser que algum dia se engane a favor. A favor é uma expressão imprópria, no caso, porque o funcionário, se não devolve o que lhe foi pago a mais, vai para a cadeia... Comete peculato.

Está sempre sujeito o peculatório não só às penas aqui estipuladas, como também a outras medidas de defesa social. Uma delas é a pena acessória consistente na perda da função pública. Na parte geral do Código existe cominação dessa penalidade a todos os casos em que se revele, no delito, infração a dever funcional. Cabe, portanto, em todo este capítulo dos crimes contra a administração pública. Além disso, verificado o desfalque, está sujeito o peculatório a prisão administrativa até três meses, decretada por autoridades da administração pública. Dessa medida de carácter compulsório, que visa obrigar à reposição, se ocupam as leis desde o Império. Ainda recentemente, o Decreto-lei n.º 3.415, de 10 de julho de 1941, esten-

deu a medida coercitiva ao particular que se apodere de haveres do erário público. Da prisão administrativa também tratam o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e o do Estado.

*As figuras dos artigos 314 e 315* — O Código apresenta, a seguir, algumas formas delituosas que não exigem demorados reparos. Assim, a do artigo 314: "Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente". As penas são de reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave. Suponha-se que alguém, para fugir à responsabilização criminal por abusos funcionais, incendeie, com os livros, a própria casa em que eles se acham, dissimulando dêsse modo as circunstâncias denotadoras da sua culpabilidade. Então, teremos, no incêndio, um crime mais grave que o do art. 314.

A propósito de incêndio, podemos figurar o peculato associando-se a tal crime. Um coletor de rendas poderá ter a idéia de incendiar a coletoria para consumir as provas de um desfalque.

No Interior, há alguns anos um coletor foi acusado de simular um crime, para acobertar a delapidação de dinheiros públicos. Fêz uma viagem levando uma valise, em que dizia transportar os valores sob a sua guarda, e apareceu depois ferido, com as vestes amarrotadas e rasgadas, dizendo ter sido vítima de um roubo.

A sua narrativa desmentida por expressivo conjunto de indícios, não foi levada a sério. Do hospital, êle foi para a cadeia; e da cadeia, para a rua. Perdeu o cargo.

Se o caso fôsse atual, êsse coletor poderia ser processado por alguma outra infração, além do peculato? Entre os delitos contra a administração da justiça se inscreve o do art. 340, intitulado "comunicação falsa de crime ou de contravenção". O seu procedimento enquadrar-se-ia nesse dispositivo, que é, aliás, deficiente. Devia ter sido completado por outro, que prevísse, a exemplo do Código italiano, o crime chamado "simulação de crime". No art. 340, é essencial que o agente *comunique* à autoridade crime inexistente, provocando-lhe a ação repressiva. Mas há casos em que o agente cria os sinais de um crime inexistente, para comprometer alguém, sem que realize comunicação alguma. A figura de simulação de crime aten-

deria à conveniência de impor-se uma pena nessa hipótese.

E' também crime contra a administração pública (art. 315) "dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei". Não acreditam muito na punição dêsse crime...

#### CONCUSSÃO

Pela ordem de colocação no capítulo, e também pela de importância, após o peculato cumpre-nos focalizar preferencialmente a concussão. Trata-se de uma forma especial de extorsão, executada por funcionário público. Oferece semelhança com o crime de corrupção, que antigamente se chamava peita ou suborno. Ao passo que a corrupção, sob forma ativa e sob forma passiva, costuma apresentar-se como crime bilateral, porque se considera o procedimento de um funcionário corruptível ou corrupto e de um agente corruptor, — o delito de concussão é unilateral, porque o particular aparece exclusivamente como vítima.

Integra-se o crime como "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida". Consistindo o delito em exigir, fica desde logo esclarecido existir um delito formal, que se perfaz com independência da efetivação de um resultado. Pela mera exigência consuma-se o crime, embora nenhum proveito ilícito consiga o funcionário desonesto com as suas manobras coercitivas.

A exigência da vantagem indevida pode ser feita direta ou indiretamente. Em pessoa, o funcionário se apresenta ao sujeito passivo e pratica essa especial extorsão, ou então se serve de um parente ou amigo, que vai em seu nome reclamar a desejada utilidade econômica. Um particular poderá, pois, na qualidade de co-autor, ser também responsabilizado por êsse delito.

E' necessário que o crime se dê em razão de função pública, mas não importa saber se a exigência de vantagem indevida se relaciona à prática de atos normais do ofício ou atos ilícitos. Quer faça o funcionário a exigência para realizar o que pode realizar honestamente, quer prometa uma imoralidade, será responsável pelo crime.

Completemos o estudo do delito de concussão. A palavra liga-se ao verbo latino *concutere*, sacudir fortemente. Empregava-se o termo especialmente

para alusão ao ato de sacudir com força uma árvore para que dela caíssem os frutos. Semelhantemente procede o agente dêsse crime: sacode o infeliz particular sobre quem recai a ação delitosa, para que caiam frutos, não no chão, mas no seu bolso.

A afinidade entre a concussão e a extorsão é, por isso mesmo, evidente. Mas convém salientar também a diferença. Ao conceituar a concussão, o nosso legislador criminal não emprega aquelas palavras "violência" e "ameaça" do texto concernente à extorsão. Emprega, porém, o verbo "exigir". Na exigência há sempre, como é óbvio, alguma influência intimidativa sobre o particular que tem assuntos a tratar na repartição e que depende da boa-vontade do funcionário em causa. Se dessa forma concluímos que na exigência há necessariamente algo de coercitivo, não é, porém, indispensável, para que se integre o crime, chegue a atitude do funcionário ao extremo do emprêgo da força física ou da grave ameaça de que cogitamos ao tratar da extorsão propriamente dita. Assim, concluiremos que a concussão é uma forma especial de extorsão, em que o meio de constrangimento empregado não necessita revestir-se de alarmante intensidade.

Por outro lado, é preciso não confundir exigência com solicitação, porque se houver da parte do funcionário mero pedido, o crime será outro: corrupção passiva.

A lei se ocupa particularmente com os funcionários fiscais e fazendários. Em relação a êles, pode mais facilmente surgir a acusação, pela natureza das suas funções. Mas todo e qualquer funcionário que pratique o fato previsto no artigo 316 responderá pelo crime. Não é por outro motivo que a referência a "impôsto" e "taxa" (§ 1.º), que faz pensar em pagamento a funcionários da fazenda, não se encontra na parte principal do artigo, referente a funcionário em geral. Poderá praticar o crime de concussão, por exemplo, o serventuário de cartório que exigir custas indevidas.

Pode parecer estranho (e porisso convém se esclareça êsse ponto) que o legislador puna o funcionário da fazenda, ainda que, na sua exigência, esteja visando a obtenção de rendas para as arcas do Tesouro. E' o que está expresso no artigo 316, § 1.º: — "Se o funcionário exige impôsto, taxa ou emolumento que sabe indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza". Basta que, na

realização da exigência, o funcionário use meio vexatório ou gravoso não autorizado por lei, para que, independentemente da destinação a dar às rendas auferidas, se integre o crime. É claro que, se ele se apoderar das importâncias ou valores, o crime será muito mais grave. E no § 2.º se cogita da hipótese, cominando-se penas elevadas, que podem alcançar, sob o aspecto da privação da liberdade, o limite máximo de 12 anos.

Cogita, no entanto, o legislador, da hipótese referida, de desejar o funcionário, empregando meios vexatórios, gravosos na cobrança, beneficiar o Estado, — pelo menos por dois motivos: em primeiro lugar, porque o Estado não pode apadrinhar arbitrariedades, embora se destinem ao incremento das suas rendas. Há, no caso, um abuso funcional que requer corretivo. Em segundo lugar, porque, embora a vantagem pecuniária se enderece ao Tesouro, o funcionário fiscal ou fazendário geralmente se beneficia de maneira indireta, através de porcentagens, comuns no sistema de arrecadação dos tributos.

#### CORRUPÇÃO

A semelhança entre o crime de corrupção e o de concussão aconselhou colocar-se a matéria em textos vizinhos. Cotejemos os termos das respectivas definições legais. A diferença essencial existente entre as duas figuras está em que a ação do funcionário, no caso da concussão, representa uma exigência, seguida ou não do recebimento, e no caso de corrupção passiva representa uma solicitação, de igual modo seguida ou não do recebimento. Entre solicitar e exigir, entretanto, a diferença às vezes é quase imperceptível, de forma que dúvidas poderão aparecer na caracterização prática do fato.

O crime de corrupção existia na Consolidação das Leis Penais sob nome diverso. Intitulava-se “peita ou suborno”. Embora as palavras fôssem empregadas como sinônimas, enunciavam, realmente, duas modalidades. Já era assim no Código Criminal do Império. No velho estatuto de 1830 havia a peita quando recebesse o funcionário dinheiro ou (acrescentava alternativamente o texto na colorida linguagem da época) “ou algum donativo”. Suborno ocorria, quando se deixasse corromper o funcionário por influência ou (é textual) “outro peditório de alguém”. Ora, verificamos que a hipótese das vantagens materiais está localizada no art. 317, na cabeça do artigo e no

seu § 1.º, e deparamos no § 2.º a alusão à influência de outrem, o que vem caracterizar o suborno, tal qual era previsto no Código Criminal do Império. Temos, portanto, peita e suborno no artigo 317 e seus parágrafos.

O suborno ou peita, ou, para usar a denominação vigente, o crime de corrupção, apresenta geralmente aspecto bilateral. Como acusados figuram na mesmo processo, quase invariavelmente, um corruptor e um corrupto ou corruptível. Este é o funcionário; aquêle é o estranho à repartição. Essa bilateralidade pode ser indicada como um dos traços diferenciais que separam a concussão da corrupção, porque a primeira só pode ser unilateral.

A bilateralidade não é, entretanto, requisito indispensável da corrupção. Pode apresentar-se de maneira unilateral. Por isso o legislador cogitou da corrupção em duas formas autônomas: corrupção passiva, que está no art. 317, e corrupção ativa, que está no art. 333. Outro motivo ainda determinou a separação: a matéria dos crimes contra a administração pública se divide em vários capítulos, o primeiro dos quais trata dos crimes praticados por funcionários públicos. É natural que nesse capítulo apareça a corrupção passiva, ou seja aquela em que é réu o funcionário público. É natural também que, havendo um segundo capítulo, cuja rubrica declara tratar-se de crimes praticados por particulares, aí apareça a corrupção ativa, aquela de que é agente o estranho à repartição.

Se a matéria se nos apresenta por essa forma bipartida, convém, todavia, que a estudemos em conjunto. Isso me parece vantajoso para a compreensão dos problemas que êsse interessante assunto proporciona. É o que vamos fazer.

Começo traçando uma classificação. As classificações, muitas vezes, não oferecem utilidade prática: revelam um cuidado mais ou menos ocioso pela simetria. Na hipótese, contudo, a classificação tem conseqüências práticas, e por isso eu a menciono.

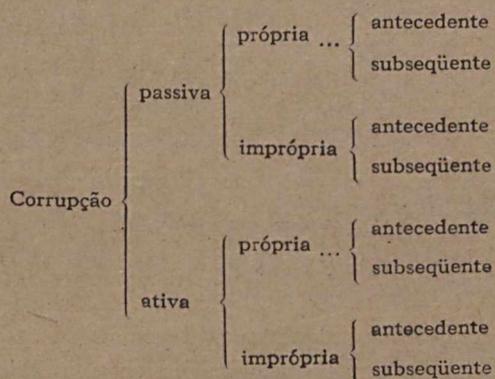
Dividimos a corrupção em *ativa* e *passiva*. Ativa é aquela de que é agente um particular, que exerce no funcionário a influência perversiva. Passiva é a corrupção em que figura como autor do crime o funcionário público. Faço em caráter provisório essas afirmações sobre o agente desses dois tipos de delitos. Cada uma das formas de corrupção se divide em *própria* e *imprópria*. Há corrupção propriamente dita quando o abuso consistente na soli-

tação, recebimento, oferecimento ou promessa de vantagem indevida se dá para que o funcionário pratique um ato ilícito. Ao invés, temos corrupção imprópria quando o funcionário se vende para praticar aquilo que êle pode regularmente praticar.

Assim, não nos importa saber, para a responsabilização do funcionário público, se o tráfico da função pública visou ou não ato ilícito. Muita gente ignora isso e supõe ingênuamente que não é crime receber dinheiro ou outra utilidade indevida, em conexão com a prática *legal* de atribuições funcionais. E' um engano ledo e cego.

Seja ativa ou passiva, seja própria ou imprópria, a corrupção pode ser ainda *antecedente* ou *subseqüente*. E' antecedente, quando a vantagem é oferecida, prometida, solicitação ou recebida antes da realização do ato (que poderá ser, como acabamos de ver, lícito ou ilícito). E' subseqüente a corrupção quando o oferecimento, a promessa, a solicitação ou o recebimento da vantagem se dá depois de realizado o ato.

A divisão, fixada pela doutrina, pode reduzir-se ao seguinte esquema :



Vejam os se essa variada nomenclatura tem consistência jurídica, em face do nosso direito objetivo. Atentemos ao texto do artigo 317, e havemos de concluir que tôdas as modalidades possíveis e imagináveis de corrupção passiva (aquela de que é acusado o funcionário) estão aí incluídas, e são, portanto, perfeitamente puníveis. "Solicitar ou receber, — diz a lei — para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". Basta que o funcionário solicite ou receba a vantagem *em razão* da função. Não se diz que o crime só existe se o funcionário pedir ou receber

para *praticar* um ato. Muito menos o texto evita a incriminação se o recebimento ou pedido se der depois de praticar-se o ato funcional. Não se entra em distinções. A vantagem foi solicitada ou recebida *em razão* da função pública? Há um nexo entre a solicitação ou recebimento e o exercício do cargo? Se a resposta fôr afirmativa, concluir-se-á que o funcionário cometeu o crime de corrupção passiva.

Evidentemente, porém, a lei não pode manter-se de todo indiferente aos pormenores agravadores, e é dêles que cogita o § 1.º, quando diz: "A pena é aumentada de um têtço, se, *em consequência* da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional". Temos, agora, a corrupção própria, porque o ato funcional se segue ao entendimento desonesto. Na cabeça do artigo figura-se a corrupção imprópria, para punir-se por si mesma a venalidade do funcionário, independentemente de haver êle praticado atos proibidos no exercício do cargo. Mas se êle infringe dever funcional, inclusive por omissão, — quando retarda ou deixa de praticar ato de ofício, — terá a sua pena agravada, porque agora a hipótese é de corrupção propriamente dita.

A lei é clara. Não deixa dúvida de que, ainda que o ato relacionado à combinação inescrupulosa coresponda aos deveres funcionais, o crime se integra. Assim, a corrupção passiva, quer seja própria, quer seja imprópria, é punível. E é punível quer seja antecedente, quer seja subseqüente, não importando saber se a vantagem é recebida ou solicitada antes ou depois da prática de ato imoral.

Vejam os agora a corrupção ativa. Diz o artigo 333: "Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena — reclusão, de um a oito anos, e multa, de um conto a quinze contos de réis. Parágrafo único — A pena é aumentada de um têtço se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional".

Temos novamente a corrupção própria e imprópria. Própria no parágrafo, e imprópria no corpo do artigo. Própria no parágrafo, porque o vergonhoso negócio visa uma conduta ilícita da parte do funcionário, que é solicitado a cometer uma ilegalidade ou uma irregularidade. Imprópria

no artigo, porque menor é a torpeza: o funcionário lucrará indevidamente para praticar algo das suas normais atribuições.

Mas vejamos se tem importância o momento em que o particular oferece ou promete a vantagem: — esse momento, tomado em relação ao ato funcional desejado pelo corruptor. Note-se que a lei fala em oferecimento ou promessa para determinar o funcionário a agir. Isso nos está mostrando, com toda clareza, que o particular não é alcançado pela repressão criminal quando ofereça ou prometa vantagem, ou a entregue efetivamente, ao funcionário, depois de ter êle praticado o desejado ato.

Um gesto de liberalidade que tenha, então, o particular, ainda que possa representar uma imoralidade, não constituirá crime de corrupção ativa. Mas o funcionário praticará o crime de corrupção passiva, se aderir ao particular.

A classificação que apresentei oferece interesse, portanto, para inferirmos que a lei não cogita de todas as formas doutrinariamente delineadas de corrupção ativa. Pune-se a ativa antecedente, seja própria, seja imprópria. Mas não se reprime a ativa subsequente. E' o que resulta da locução "para determiná-lo".

O Código Penal italiano encerra textos muito semelhantes a estes que estamos examinando. Imitando-os, o nosso legislador procurou ser mais conciso, mais lacônico, evitando as frases derramadas que são muito do gosto peninsular. A expressão "para determiná-lo", que tem tanta importância na exegese que estamos fazendo, também consta no Código italiano, através das palavras "per indurlo". Pois bem: os comentadores do Código Rocco não discrepam em afirmar que o estatuto de seu país não cogita da corrupção ativa subsequente imprópria. Acham possível incriminar a corrupção ativa subsequente só quando fôr própria. Fazem, portanto, distinção quanto à licitude ou ilicitude do ato funcional desejado pelo particular.

Acho que nem mesmo essa distinção é nos nossos textos cabível, porque a expressão "para determiná-lo" está indicando que a oferta, a promessa ou o pagamento feito pelo particular acusado dêse crime deve sempre anteceder à realização do ato funcional. Se o funcionário já realizou o ato, não há *determiná-lo* 317<sup>er</sup> alguma cousa, como exige o nosso artigo 33<sup>o</sup> *indg* conceituar a corrupção ativa.

Entretanto, ainda aqui tem importância a distinção entre corrupção ativa própria e imprópria, porque se se tratar de corrupção própria, os elementos probatórios convergirão, por via de regra, a demonstrar a existência de uma combinação prévia. E' pouco provável que um funcionário pratique um ato ilícito em benefício de alguém, que depois oferece ou entrega vantagem, sem que tenha havido uma promessa prévia. Ora, a promessa é suficiente para, sob o aspecto material, integrar a figura delituosa. Todavia, se há promessa prévia, não temos corrupção subsequente, mas corrupção antecedente, que é alcançada pelo dispositivo penal.

Explica-se a solução dada pelo legislador. Interessa muito mais ao Estado a honestidade do funcionário público do que a do particular. E' muito mais grave a falta do funcionário corrupto do que a do estranho corruptor. Constitui sempre uma traição ao dever de seriedade no exercício do cargo receber o funcionário, em razão de serviço público, vantagens que não lhe são devidas. Eis porque o legislador amplamente incrimina a conduta do funcionário, sem indagar se o seu pedido ou o recebimento antecedeu ou se seguiu à realização do ato funcional. Quanto, porém, ao particular, a sua atitude deve ser incriminada (e é o que faz o legislador) quando êle, com as suas sugestões corruptoras, *induz* o funcionário a agir de certo modo, seja ou não um modo certo... Mas se a dádiva oferecida, prometida ou entregue pelo particular já encontra consumado o ato que o preocupa, não está êle corrompendo o funcionário. Não está, segundo a lei, realizando corrupção ativa.

Nenhuma das modalidades de corrupção admite tentativa. Quanto ao funcionário, será punido como réu de crime consumado, se se limitar a pedir. Mesmo que não receba o ilícito provento, está perfeita a infração. No que toca ao particular, consumará o delito ainda que se restrinja a um oferecimento, repellido ou não. Pode dar-se que o oferecimento não seja repellido e, no entanto, não chegue a converter-se em aceitação, por motivos alheios aos interessados no conchavo. Perante a lei, o delito estará consumado.

Acêrca do agente de ambas as formas delituosas eu fiz afirmações provisórias. Cumpre elucidar agora as exceções. Um funcionário pode ser autor do crime de corrupção ativa e o particular pode sê-lo do crime de corrupção passiva. Quanto à corrupção passiva, a lei adverte que o crime se

poderá dar através de pedido ou recebimento indiretamente efetuado. Suponha-se que o funcionário relapse se utilize dos préstimos de um intermediário, que poderá ser outro funcionário, como também um particular. O nexo de co-autoria o vinculará à responsabilidade do principal protagonista. Pode dar-se, também, que determinado servidor do Estado assedie outro, para obter dêle a prática de algum ato funcional mediante remuneração: aí teremos como réu de corrupção ativa um funcionário.

Colocado entre o corrupto e o corruptor, o intermediário será co-autor dêste ou daquele, — do funcionário ou do particular? A questão é relevante, porque, na punição dos crimes de corrupção ativa e passiva, variou o legislador no montante da pena pecuniária, estabelecida com rigor maior na corrupção passiva. A prova deverá encaminhar-se, então, no sentido de esclarecer se o intermediário representava, nas suas propostas, o funcionário ou o particular. Será co-autor do delinqüente de cuja torpeza se tornou porta-voz.

(Conclui no próximo número)

## PARECERES

### ESTRANGEIROS EM CARGOS PÚBLICOS — APOSENTADORIA — DEMISSÃO — NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS — NACIONALIDADE BRASILEIRA — FORMAS DE SUA AQUISIÇÃO.

— A nomeação para cargos públicos sempre foi, entre nós, por força de dispositivo constitucional, privilégio dos cidadãos brasileiros.

— A nomeação de estrangeiro para cargo público não é um "ato jurídico", é um "ato aparente" que não vincula a administração.

— A sanção contra a autoridade faltosa, por si só não esgota as conseqüências da posse sem o preenchimento de condições de investidura. O ato, se em desconformidade com a lei, não produz efeitos, não vincula a administração que, a qualquer tempo, pode repudiá-lo.

— Interpretação do art. 115 da Constituição.

— *Idem* dos arts. 13 n. I e 28 do E.F.

\*  
\* \*

#### DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

##### PARECER

1 — S. M., nascido em 25-1-1875, ocupa o cargo de servente, classe D, do Quadro Suplementar do Ministério da Educação e Saúde. Completou 68 anos de idade e como a prova desta fôsse a certidão de batismo, realizado em Portugal, a Seção competente exigiu dêle o título de naturalização. Ciente da exigência declarou não possuir o título reclamado.

2 — Não consta do processo quando foi nomeado ou empossado no cargo público, nem se preencheu os requisitos para a naturalização tácita ou a obtenção do título declaratório (Constituição de 1891, arts. 69, ns. 4 e 5; Const. de 37, art. 115, c) isto é, se estando no Brasil aos 15 de novembro de 1889 não declarou, dentro de seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem, ou, ainda, se aqui residindo, sem manifestar a intenção de não mudar de nacionalidade, possuía, antes de 16 de julho de 1934 (Const. de 34, art. 106, c), bens imóveis no Brasil e era casado com brasileira ou tinha filhos brasileiros.

No caso da chamada grande naturalização, sendo então menor, militar em seu favor a naturalização tácita do país, como entendem a doutrina e a jurisprudência (Ac. do Sup. Trib. Fed. de 20-7-29, no Rec. Extr. n. 2.136 — "Pandectas Brasileiras", vol. VII, pág. 359; "Rev. Crít. Judiciária", jan. de 1930; "Revista Forense", vol. 80, página 61; "Rev. de Jur. Brasileira", vols. 6, pág. 40 e 9, pág. 416; "Arq. Judiciário", vol. 39, pág. 190; "Arquivos", I, 1943, pág. 131, n. 4; "Rev. dos Tribunais" (S.P.), vol. 93, pág. 142).

Na segunda hipótese, preenchidos os requisitos constitucionais, com ou sem título declaratório, teria adquirido a nacionalidade brasileira. Também, assim têm entendido os intérpretes: "O título declaratório não é o que confere a qualidade de cidadão brasileiro: é a Constituição. O título é um meio de prova" (Ac. do Sup. Trib. Fed. de 12 de junho de 1940, no Rec. Extr. 2.299; "Revista de Direito", vol. 140, fascs. de maio e junho de 1942, pág. 281; PONTES DE MIRANDA — "Comentários à Constituição de 1937, Tomo III, pág. 314, n. 11).

Também a nomeação ou designação para cargo público federal ou estadual, ou a posse de título eleitoral, obtidos antes de 12 de dezembro de 1907, em face do disposto no art. 71 do Decreto 6.948, de 1908 "equivaliam ao título declaratório da nacionalidade brasileira" ("Arquivos", I, 1943, pág. 127; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., pág. 312, n. 9; Lei 904, art. 12, 2.º; Lei 1.805 de 12-12-907, art. 5.º; Dec. 6.948, art. 11).