

A função pública e a lei penal

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

Vamos tratar hoje de um dos aspectos mais interessantes e menos estudados do regime jurídico do funcionário: o penal.

Existem certas infrações que, pela sua configuração e tendo em vista aqueles que participam na sua prática, têm caráter específico porque, tirando a qualidade do seu autor, não se pode verificar a figura do delito. São os crimes chamados funcionais.

E, por isso mesmo que têm caráter específico, os crimes funcionais permitem uma agravação no regime repressivo, certo vigor na qualidade e quantidade da pena.

Todas essas infrações estão compreendidas no Código Penal e na Consolidação das Leis Penais sob o título geral — “Dos crimes contra a boa ordem e a administração pública” — onde se incluem as seguintes espécies de delito:

- a) prevaricação;
- b) falta de exação no cumprimento do dever;
- c) peita ou suborno;
- d) concussão;
- e) peculato;
- f) excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções públicas;
- g) irregularidade de comportamento.

Acrescentariamos as diversas modalidades de falsidade previstas em outro capítulo do mesmo título, bem como a revelação dos segredos do Estado (artigo 192 e segs. e 322 § 2.º da Consolidação) etc.

O projeto de Código Criminal da Comissão Legislativa (Sá Pereira, Evaristo de Moraes, Bulhões Pedreira) distinguiu expressamente os cri-

mes dos particulares contra a administração pública e os crimes funcionais. Estes últimos se desdobram em:

- a) usurpação e abuso do poder;
- b) condescendência criminosa;
- c) infidelidade do interesse público;
- d) interesse privado em negócio público;
- e) concussão;
- f) exigência indébita;
- g) corrupção passiva;
- h) desvio da coisa depositada;
- i) peculato em suas diversas modalidades;
- j) sigilo funcional.

O projeto Alcantara Machado, não define mas distingue as diferentes modalidades de infrações funcionais, incluindo-as todas dentro do Capítulo geral — “Dos crimes praticados por funcionários contra a administração em geral”.

Deve-se, no entretanto, observar que está hoje assentado que as disposições previstas no capítulo especial também se devem aplicar a certas categorias de indivíduos que, embora não sejam rigorosamente, dentro da técnica administrativa, funcionários públicos, acham-se em relação de dependência perante a administração, a ela ligados pela natureza das suas funções.

Viveiros de Castro já havia advertido, em sua “Jurisprudência Criminal” (1): “Em minha opinião, tem o caráter de funcionário público, para os efeitos da lei penal, o cidadão que agiu no exercício de uma função pública, qualquer que seja a sua espécie e natureza”.

(1) Pág. 321.

E, em outro tópico :

"A expressão deve ser tomada em sentido largo e não restritivo. O fim da lei é "evitar a venalidade da administração e da justiça, a corrupção dos prepostos do Estado. Estão, portanto, compreendidos na expressão — funcionário público — todos aqueles em caráter público, quer em desempenho dos deveres do cargo, quer no cumprimento de uma missão de que foram encarregados".

Este é o conceito, aliás, dos autores franceses, como Garraud (2), e dos autores italianos, como veremos adiante.

Verifica-se, entretanto, uma tendência acentuada para, em matéria de aplicação da lei penal, fugir à definição legal de funcionário público, para levar em consideração, antes de tudo, a função pública, a relação entre a atividade funcional e as suas dependências com os fins do Estado.

Assim (*jure constituendo*), não é preciso que o responsável esteja de todo integrado nos serviços propriamente da administração do Estado para que incida na classificação dos crimes funcionais.

Um exemplo desta orientação nova encontra-se na legislação penal italiana.

Enquanto que o antigo Código Penal (art. 207) usava de um critério discriminativo das situações em que se poderia caracterizar o crime funcional em relação ao seu autor, o novo Código Penal preferiu usar de termos que exprimem um conceito mais amplo.

Assim, pelo seu artigo 357, são funcionários públicos, para o efeito da lei penal :

1) os empregados do Estado ou de outra entidade pública que execute, permanente ou temporariamente, uma função pública legislativa, administrativa ou judiciária ;

2) qualquer outra pessoa que execute, permanente ou temporariamente, gratuitamente ou com retribuição, voluntária ou obrigatoriamente, uma função pública, legislativa, administrativa ou judiciária.

Os artigos 358 e 359 do aludido Código estendem ainda mais esse conceito, conforme veremos adiante.

O dispositivo citado, portanto, caracteriza o funcionário, para o efeito da aplicação da lei penal, pela natureza de suas funções, pelos serviços que presta ao Estado, pela situação de dependência

com o poder público, quer esta se verifique na órbita legislativa, administrativa ou judiciária.

A superioridade técnica deste processo sobre o anterior é evidente porque as infrações cometidas pelos tabeliães, pelos agentes da força pública, pelos jurados, pelos árbitros, pelos peritos, intérpretes ou testemunhas, ou são definidos pelo Código de acordo com a sua natureza específica e caracterizados dentro do quadro de cada uma daquelas atividades, ou se compreendem dentro do sentido genérico dos crimes funcionais.

No primeiro caso, torna-se desnecessária qualquer definição genérica, porque a legislação penal proverá a determinação das infrações que podem ser cometidas por cada uma daquelas categorias funcionais ; no segundo caso, deve a definição abranger, em toda a sua amplitude, todos quantos exercem funções públicas, compreendida esta expressão em seu sentido mais amplo (3).

Evidentemente que o segundo critério não exclue o primeiro, por isso que a definição genérica do funcionário público, em relação à lei penal, não exclue a classificação dos crimes funcionais de acordo com o sistema adotado pelo legislador, classificação que, como vimos, é muito variável. Mas, si não exclue a caracterização de certas categorias de infrações consideradas em seu sentido específico, pelo menos permite que não escapem da classificação genérica de funcionário aqueles que se acham em relação de dependência com o Estado e, nesta qualidade, infringem a lei penal.

O projeto de Código Criminal (Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira), depois de definir as diversas modalidades de crimes funcionais contra a administração pública, a que já nos referimos, dispõe em seu artigo 352 :

"Para os efeitos penais previstos neste capítulo, aos funcionários públicos se equiparam os particulares por qualquer título encarregados de cobrar, guardar ou administrar bens, direitos, impostos, taxas e rendas do Estado.

Para os efeitos do artigo 341, na sua disposição se compreendem os arbitradores, peritos, tradutores e intérpretes, qualquer que seja a autoridade perante que funcionem" (4).

(3) Sobre o conceito da função pública ver nosso "O funcionário público e o seu Estatuto".

(4) O artigo 341 refere-se, no projeto, ao crime de exigência indebita de gratificação, emolumentos ou prêmio não devidos por lei.

O projeto Alcantara Machado é mais impreciso, ora se refere explicitamente ao — funcionário público — ora silencia sobre a qualidade do agente, caracterizando entretanto, nitidamente, o crime funcional.

Para exemplificar, veja-se o artigo 154: "Receber para si ou para outrem, diretamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou utilidade de outra espécie, retribuição indébita, ou aceitar direta ou indiretamente promessa de tal retribuição, afim de praticar ato do ofício, conforme aos deveres funcionais" (5).

Não nos satisfazem as duas modalidades. O primeiro projeto, isto é, o da Comissão Legislativa, procurando ampliar o conceito do funcionário para o efeito da lei penal incorre, afinal, na exemplificação, processo sempre sujeito a erros e de uma precariedade evidente.

A discriminação só abrange os casos ali especificados, restringe um conceito que, dentro do alargamento da estrutura administrativa do Estado moderno, deve ser, por natureza, irrestrito, ilimitado, permitindo uma ampliação progressiva, acompanhando a evolução da organização política e administrativa do Estado.

O sistema do projeto Alcantara Machado peca pela sua imprecisão, pela falta de definição da qualidade do agente, caracterizando-se a natureza funcional e específica da infração penal, apenas pelos elementos integrantes do delito, excluindo, como dissemos, a qualidade do agente.

E' um processo seguidamente usado pelo projeto Alcantara Machado que, no entretanto, em outros casos, se refere expressamente a "funcionários públicos", sem procurar definir quais sejam aqueles que merecem esta denominação.

O processo dêste último projeto é, aliás, o mesmo do nosso Código Penal vigente.

Mas a denominação "funcionário público" tem hoje um sentido legal um pouco restrito, o que leva a excluir das sanções penais certas categorias de servidores do Estado.

Por outro lado, devemos considerar que a extensão das atividades do Estado e sua ramificação pelos numerosos serviços descentralizados, que gozam de personalidade jurídica própria, exigem uma definição mais elástica do crime funcional, devendo se compreender na definição todos quan-

(5) Deve-se notar que o dispositivo é semelhante àquele que se encontra no artigo 214 da Consolidação das leis penais em vigor.

tos contribuam para a execução de serviços públicos, mesmo aqueles que, rigorosamente, não devem ser considerados essenciais às finalidades do Estado.

Por isso é que o nosso Viveiros de Castro (6), tratando do suborno escreve:

"Estão, portanto, compreendidos na expressão "funcionários públicos" todos aqueles que agem em caráter público, quer em desempenho de deveres do cargo, quer no cumprimento de uma missão de que foram encarregados. Assim, são funcionários públicos: 1.º todas as autoridades administrativas, o Presidente da República, os ministros, os governadores e presidentes de Estados; 2.º as autoridades policiais, os chefes de polícia, delegados e sub-delegados; 3.º os magistrados; 4.º os representantes do Ministério Público; 5.º os empregados públicos, federais, estaduais e municipais; 6.º os agentes da administração, como os inspetores seccionais, os guardas fiscais, os oficiais de justiça etc.; 7.º os militares, desde as mais graduadas patentes até as praças de pret; 8.º os particulares encarregados de um serviço público, os árbitros, os avaliadores, os peritos, os cidadãos chamados a auxiliar o serviço público em épocas de crise, como os inspetores sanitários extraordinários.

Convém notar, porém, que esta enumeração é exemplificativa e não taxativa. Em minha opinião, tem o caráter de funcionário público, para os efeitos da lei penal, o cidadão que agiu no exercício de uma função pública, qualquer que seja a sua espécie e natureza".

A dificuldade consistê apenas em conciliar essa tendência para ampliar o conceito do funcionário com a definição legal que lhe atribue o Estatuto.

Não obstante, porém, as dúvidas até agora suscitadas sobre este assunto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (é verdade que anterior ao Estatuto) tem considerado como funcionários públicos os empregados das Caixas Econômicas (7).

E assim também temos entendido (8).

E' que as relações que existem entre as entidades autárquicas e o Estado são de tal ordem

(6) "Jurisprudência Criminal" — Pág. 321.

(7) Ver nosso livro "O funcionário público e o seu Estatuto", pág. 97.

(8) Ver nosso parecer publicado nesta *Revista* — Ano I — Vol. II — N. 2 — Maio de 1938 — Pág. 47.

que não se poderá considerar os seus empregados sem levar em consideração a natureza da função, a finalidade peculiar àquelas entidades, verdadeiros serviços públicos descentralizados.

E' o conceito do Otto Mayer (9), de Fleiner (10) e também — conquanto aqui se exija de maneira mais formal o ato de nomeação, a investidura legal — o do Código Penal Argentino (11).

Muitas razões podem justificar a divergência entre os dois conceitos — administrativo e penal.

No primeiro caso, é preciso ter em consideração a relação jurídica entre o funcionário e o Estado, o seu regime jurídico, as consequências que decorrem dêste laço de direito entre o Estado e os seus servidores.

No segundo caso, trata-se apenas de responsabilidade, da caracterização de certas infrações específicas da lei penal e de estabelecer um regime de sanções que não se confunde com os demais.

Os crimes funcionais estão compreendidos dentro de um capítulo próprio e inconfundível, como vimos.

Como punir as infrações funcionais sinão considerando precipuamente a função, e deixando para outro plano secundário a definição legal?

O que se torna necessário é ter em vista o conteúdo da infração e a qualidade do agente, de acôrdo com as funções que exerce.

Por isso mesmo, temos como passíveis de responsabilidade aqueles que infringem a lei penal, no exercício de função pública, compreendida esta expressão em seu sentido mais amplo; entendemos ainda que estas infrações devem ser incluídas entre aquelas classificadas como "crimes contra a administração pública".

(9) *Droit Administratif Allemand* — I — Pág. 301.

(10) *Droit Administratif Allemand*, pág. 177.

(11) Ver — Bielsa — *Derecho Adm.* — II — pág. 18.

De acôrdo com a teoria que temos sempre sustentado, as entidades autárquicas constituem serviços públicos descentralizados, são verdadeiras repartições administrativas que se desintegram do organismo do Estado para se constituírem em órgãos autônomos.

Mas esta desintegração tem um caráter apenas formal, obedece a razões de ordem técnica e formal e a uma tendência descentralizadora, que não tiram a essas entidades o caráter público e os caracteres inerentes aos órgãos do Estado.

Nada justifica, portanto, que os administradores e funcionários dêses serviços descentralizados, quando incidam nos dispositivos legais aplicáveis aos funcionários públicos, não sofram também as mesmas penalidades.

Da mesma forma, deve-se considerar a situação das pessoas que, embora não sejam, dentro da técnica legal, "funcionários públicos", entretanto a êles sejam equiparados quanto à natureza de suas funções.

Reconhecemos, contudo, que, de acôrdo com a doutrina preponderante, a interpretação extensiva da lei penal só é aplicável na segunda hipótese, ou quando os bens subtraídos pertençam ao Estado.

Seria, todavia, de boa política que o novo Código Penal, em elaboração, permitisse a extensão da aplicação da lei penal mesmo às entidades descentralizadas, desde que se trate de crime contra a administração pública.

Viria evitar que se negasse, por exemplo, o caráter de peculato ao desvio de valores pertencentes às entidades autárquicas, como ocorreu no Loide Brasileiro, que é uma empresa autônoma mas dirigida por pessoa de direta confiança e nomeação do Governo.

O Código Penal italiano, a nosso ver, resolveu a contento o assunto, reunindo nos seus artigos 357-358 e 359 as diversas categorias de pessoas que podem praticar crimes funcionais.

E' o que vamos examinar em seguida.

SEJA SUCINTO E CLARO EM SUA REDAÇÃO : É MAIS
SÁBIO O QUE DIZ POUCO, MAS DIZ TUDO
O QUE É PRECISO